



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون اداري
بعنوان:

إبرام الصفقات العمومية بالتراضي في إطار وباء كورونا

إشراف الأستاذ:
- بدايرية يحي

إعداد الطالبة
- صيقع أمينة

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
حملة عبد الرحمان	أستاذ مساعد -أ-	رئيسا
بدايرية يحي	أستاذ محاضر -ب-	مشرفا
إلياس خير الدين	أستاذ محاضر -أ-	مناقشا

السنة الجامعية: 2020-2021



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون اداري
بعنوان:

إبرام الصفقات العمومية بالتراضي في إطار وباء كورونا

إشراف الأستاذ:
بدايرية يحي

إعداد الطالبة
- صيقع أمينة

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
حملة عبد الرحمان	أستاذ مساعد -أ-	رئيسا
بدايرية يحي	أستاذ محاضر -ب-	مشرفا
إلياس خير الدين	أستاذ محاضر -أ-	مناقشا

السنة الجامعية: 2020-2021



الكلية لا تتحمل أي مسؤولية

على ما يرد في هذه المذكرة

من آراء

شكر وعرّفان

الحمد لله الذي منا علينا بالوصول إلى هذه المنزلة التي ما كنا لنبلغها

إلا بفضلہ، و الذي ألهمنا الصبر والثبات ومدنا بالقوة والعزم

على مواصلة مشوارنا الدراسي صدقاً لقوله تعالى :

«لئن شكرتم لأزيدنكم».

نتقدم بجزيل الشكر و خاص التقدير إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة

وأخص بالذكر:

الأستاذ "بدايرية يحي"

عن إشرافه على هذا العمل و على نصابه و توجيهاته.

وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع

لكم منا جزيل الشكر والعرّفان

إهداء

وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب ومشقة
..وها أنا ذا أختتم بحث تخرجي بكل همّة ونشاط،
وأمتنُّ لكل من كان له فضل في مسيرتي، وساعدني ولو
باليسير، الأبوين، ورفيق الدرب ،
وكل من ساعدني في اعداد هذا العمل
.. أهديكم بحث تخرجي.

مقدمة

مقدمة:

الجائحة وباء ينتشر بين البشر في مساحة كبيرة مثل قارة مثلاً، وقد تتسع لتشمل كافة أرجاء العالم، ويعتبر (كوفيد-19) جائحة جديدة تنسب فيه سلالة جديدة من الفيروسات التاجية "كورونا" المعدية، التي تؤدي الى التهاب الجهاز التنفسي الحاد، والذي قد يؤدي بدوره الى الوفاة، اكتشف المرض في ديسمبر 2019 في مدينة ووهان بالصين، وفي جانفي 2020 اعلنت منظمة الصحة العالمية حالة طوارئ صحية عالمية وذلك بعد تضاعف عدد الدول المتضررة من انتشار هذا الوباء، الذي صنفته على أنه جائحه لتعلنه بعدها في 11 مارس 2020 كجائحة عالمية، جعلت منه ينتقل من ازمة صحية الى ازمة عامة مست مختلف المجالات، وكان وقعها على المجال القانوني واضح الأثر من خلال الترسانة القانونية التي صاحبت تطور الجائحة، والتي حاولت مسايرة وتكييف القواعد العامة التي كانت موجودة سابقا لجعلها تساير وتتكيف مع الجائحة.

ومن جهة اخرى انجر عن هذه الوضعية الوبائية ركود اقتصادي عالمي بسبب توقف سلسلة الانتاج العالمي، صاحبه انخفاض في اسعار النفط التي تعتبر المدخول الرئيسي للجزائر، كذلك رافقته تأثيرات اخرى سلبية ووخيمة والتي كان لها تأثير بارز خاصة في مجال المالية العمومية التي أثرت بدورها على مجال ابرام الصفقات العمومية، فلجأت الحكومة الجزائرية الى اتخاذ جملة من الاجراءات للتقليل من التأثيرات السلبية لهذه الجائحة وضمان التمويل والسير العادي للمؤسسات العمومية والخاصة، حيث تعد الصفقات العمومية الدعامة القانونية للنشاطات الصناعية والتجارية، تستخدمها الدولة كأداة مثلى للإنفاق والقيام بأعباء مختلف المرافق العمومية على تعددها وتنوعها، كما تستعملها لأجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بتحفيز المقاوله وتشجيع الاستثمار، واعادة توزيع المواد وتنشيط الحركة الاقتصادية، وعليه جاء المرسوم الرئاسي 20-237 المؤرخ في 2020/08/31 بتدابير واجراءات مكيفة لإبرام الصفقات العمومية

في اطار الوقاية من انتشار فيروس وباء كورونا (كوفيد-19) والحد من انتشاره، حيث اجاز ابرام الصفقات العمومية عن طريق اسلوب التراضي البسيط الذي يعد استثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في طلب العروض الذي يعرف طولاً في اجراءاته جعل من المستحيل ان يواكب تدابير مكافحة الفيروس، وذلك مع احترام المبادئ والضمانات التي نص عليها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وخاصة مبدأ المنافسة والشفافية .

أهمية الموضوع:

يعتبر مجال الصفقات العمومية موضوع هام جداً، وهذا لارتباطه بالظروف التي تعيشها البلاد والعالم معاً، فلا بد للدولة ان تلجأ لإبرام عقود الصفقات العمومية تلبية للاحتياجات المرتبطة بعملية مكافحة انتشار فيروس كورونا، لكن الأجال والاجراءات الشكالية المعقدة التي يتطلبها ابرام الصفقات العمومية جعلتها لا تتكيف لتضمن تلبية احتياجات الوبائية مما تطلب اتخاذ العديد من التدابير على جميع المستويات من اجل ابرام هذه الصفقات خصوصاً التراضي البسيط في الحالات التي أقرها القانون.

أسباب ودوافع اختيار الموضوع:

قبل المغامرة بالبحث في موضوع ما، فإن الامر يقتضي أولاً وجود دوافع وأسباب ذاتية مشفوعة بوجود عوامل موضوعية قوية داعمة، ومن هنا انطلقت في اختيار موضوع الدراسة هذا، فقد اثار في نفسي فضولاً علمياً كون ان الموضوع جديد ولم يكن محل دراسة من قبل، وذلك لكونه مرتبط بظرف حالي واستعجالي الا وهو وباء كورونا، كذلك الرغبة في استكشاف هذا المجال واستدراك اهم المستجدات القانونية، وكطالبة قانون لطالما راودني الحلم بإثراء المكتبة القانونية بدراسات لمواضيع تحتاج البحث والاستكشاف.

وناهيك عن الأسباب الذاتية هناك أسباب موضوعية تمثلت في كون موضوع ابرام الصفقات العمومية بالتراضي في إطار وباء كورونا محل الدراسة موضوع لم يحظى بالدراسة الكافية من طرف المختصين في الصفقات العمومية وكذلك المهتمين بها، الأمر الذي دفع بنا إلى المبادرة بدراسته والتعمق فيه والتعرض لجهود المشرع الجزائري المبذولة في هذا الباب لسد الثغرات القانونية والنقائص التي قد تواجهها المصلحة المتعاقدة .

إشكالية البحث:

من منطلق المعادلة الصعبة بين الحفاظ على تكريس مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية في طرق ابرام الصفقات العمومية واللذان سعى المشرع لتكريسهما وتفعيلهما عبر جميع القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، وبين ترخيص ابرام الصفقات العمومية بالتراضي وتبسيط الإجراءات وتكييفها تماشياً وتعاملاً مع وباء كوفيد المستجد، تبلورت لدينا الإشكالية التالية:

إلى أي مدى حافظ المشرع على تكريس مبدأي المنافسة والشفافية رغم ترخيصه بإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي وتبسيطه للإجراءات المتعلقة بها في إطار جائحة كوفيد 19؟

وعلى ضوء هذه الإشكالية تدفنا طبيعة الدراسة وعناصرها المتعددة لطرح جملة من التساؤلات أبرزها ما يلي:

- كيف نظم وضبط المشرع الجزائري التراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.

- وكيف جسد المشرع الجزائري تطبيق ابرام الصفقات العمومية بالتراضي في إطار وباء كورونا.

- وهل نجح المشرع في تحقيق التوازن بين الحفاظ على المال العام وتحقيق مبدأ استمرارية المرافق العمومية.

وتهدف دراستنا في مجال موضوع بحثنا إلى البحث والكشف عن أهم الاستثناءات والرخيصات التي خوّلتها المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة، إضافة إلى الكشف عن مدى الفعالية العملية لهذه الإجراءات المكيفة والمبسطة في تحقيق الهدف المنشود منها دون المساس بالمبادئ الأساسية لاحكام التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

المنهج المعتمد في الدراسة:

للإجابة على اشكاليتنا المطروحة انتهجنا المنهج الوصفي والمنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص المرسوم الرئاسي 20-237 المحدد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات ابرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من انتشار فيروس وكورونا (كوفيد-19)، وبعض نصوص المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وخلال قيامنا بدراسة الموضوع واجهتنا بعض الصعوبات ومن اهمها ندرة المراجع المتخصصة والتي تتعلق بالمرسوم الرئاسي 20-237 الذي يحمل في طياته 10 مواد فقط، كذلك انعدام المراجع التي تتناول تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا المرسوم .

الدراسات السابقة:

إن موضوع بحثنا قد يتقاطع في بعض جُزئياته المحدودة مع بعض مضامين هذه الدراسات من باب تحليلها والإسترشاد بها على سبيل إستنتاج أوجه منها فقط لا الخوض فيها وتناول كل تفاصيلها، وعلى حد علمنا فإن موضوع بحثنا وبحسب كيفية إخراجها وتقسيم عناصره بحسب الأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بمجال الصفقات العمومية لغاية سنة 2020، لم نعثر له على دراسات سابقة على هذا النحو إذا ما إستثنينا بعض الأبحاث التي يرتبط معها بطبيعة مجاله في بعض النقاط المرتبطة ببعض جوانب موضوعنا.

صعوبات البحث:

لا يخلو أي بحث من صعوبات تُواجهه عبر جميع مراحلها لكنها لا تُثني الباحث عن مواصلة إنجازهِ وإتمامه بل قد تُحفزه في أحيان كثيرة، ومن الطبيعي فالمذكورة لم تكن لتتجز دون المرور بصعوبات و عوائق، ولعلّ أبرزها على الإطلاق صعوبة الحصول على نماذج لصفات عمومية و الوثائق الخاصة بها كالملاحق واستحالة الحصول على المعلومات « في هذا المجال » نتيجة تكتم و امتناع معظم المسؤولين عليها ، خصوصا في الطرف الإستثنائي الحالي الذي تمرّ به البلاد و مؤسساتها وكذا الوضع الصحي الطارئ.

خطة البحث:

تطلبت معالجة موضوع دراستنا والإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه وجملة التساؤلات المتفرعة عنها تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول للتراضي البسيط كقاعدة إستثنائية لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي، وأما الفصل الثاني فقد تطرقنا فيه لتطبيق إبرام الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في إطار وباء كورونا.

الفصل الأول:

التراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي

المبحث الأول: التاصيل المفاهيمي للتراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.

المبحث الثاني: صور التراضي كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.

يعد تنظيم إبرام الصفقات العمومية من أولويات المشرع الجزائري، لذلك اهتم بتنظيم الأحكام المتعلقة بطرق إبرام الصفقات العمومية، ويظهر ذلك من خلال النصوص القانونية المتعاقبة الصادرة في مجال الصفقات العمومية، لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أولى المناقصة (طلب العروض) بمختلف أشكالها أهمية بالغه باعتبارها القاعده العامه في إبرام الصفقات العمومية، وفقا لإجراءات وشكليات محددده ومفصله،مقابل ذلك اعترف أيضا للمصلحه المتعاقده في حالات وظروف محددده، بالحق في اختيار المتعاقد الذي تتعاقد معه بأسلوب إبرام استثنائي يتمثل في التراضي، هذا الأخير الذي يخرج عن التوجهات والمبادئ العامه في إبرام الصفقات العمومية، ويحررها من كل الشكليات والقواعد الاجرائيه المألوفه في أسلوب طلب العروض.

وعليه سنتطرق من خلال هذا الفصل الى مفهوم التراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي (مبحث اول) وبعدها صور التراضي كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مفهوم التراضي كقاعدة استثنائية في إبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.

إن كان الأصل في إبرام العقود الإدارية هو لجوء الإدارة إلى إجراء الصفقة بمجمل قواعدها، فقد أجاز التنظيم اللجوء إلى التعاقد بالتراضي والتحرر من القيود الإجرائية المعمول بها.

ويعني التراضي لغويا: تفاعل من الرضا ضد السخط، هو الرغبة في الفعل أو القول والارتياح إليه، والتفاعل يدل على الاشتراك أما اصطلاحا يستعمله الفقهاء في نفس المعنى، حينما يتفق المتعاقدان على إنشاء العقد دون كراء أو نحوه، فيقولون مثلا: البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي وفي الآية الكريمة: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)¹.

وللإمام بمفهوم التراضي كقاعدة عامة سنتناول في ما يلي عبر المطلبين التاليين :
التعريف بالتراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية (مطلب اول) وتمييز التراضي عن اجراء طلب العروض في الصفقات العمومية (مطلب ثاني).

¹. سورة النساء، الآية 29

المطلب الأول: التعريف بالتراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية

اهتم المشرع الجزائري بتنظيم الأحكام المتعلقة بطرق إبرام الصفقات العمومية اهتماما كبيرا، ويظهر ذلك من خلال النصوص القانونية المتعاقبة الصادرة في مجال الصفقات العمومية، لاسيما المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أولى طلب العروض أهمية بالغة كونها القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية وفقا لإجراءات وشكليات محددة، وفي مقابل ذلك اعترف أيضا للمصلحة المتعاقدة في حالات وظروف محددة، بالحق في اختيار المتعاقد الذي تتعاقد معه عن طريق أسلوب التراضي، الذي يعد استثنائيا ويخرج عن التوجهات والمبادئ العامة في إبرام الصفقات العمومية، ويحررها من كل الشكليات والقواعد الإجرائية المألوفة في أسلوب طلب العروض.

وعليه نقسم المطلب الى فرعين اساسيين الاول يتضمن التعريف القانوني لاجراء التراضي كقاعدة استثنائية ، والتعريف الفقهي كفرع ثاني .

الفرع الأول: التعريف القانوني لإجراء التراضي كقاعدة استثنائية.

يعد أسلوب التراضي أسلوبا استثنائيا وأكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي ستتعاقد معه، بمعنى أن الإدارة تتحرر فيه من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد، وإن كان موقف المشرع الجزائري سابقا من خلال المراسيم الملغاة قد تباين في تحديد محتوى هذا الأسلوب من ناحية إخضاعه لمبدأ المنافسة في اختيار المرشحين، فكان تارة يلزم المصلحة المتعاقدة التقيد بالإجراءات وتارة أخرى يعطي لها الحرية في عدم إتباع هذا المبدأ.

وقد ظهر موقفه من خلال تطرقه لهذا الأسلوب في مختلف التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، إلا أنه فيما يخص استعمال المصطلح التراضي ليس في محله على غرار التشريعات الأخرى، إذ يعد التراضي أساس كل العقود سواء أكانت

تخضع للقانون الخاص أو للقانون العام حيث يستلزم توافره حتى في الحالات التي تبرم فيها الصفقة تبعا لطلب العروض وحتى الاستشارة الانتقائية والمساابقة مما يجعله محل نظر، حيث بات من الضروري إيجاد مصطلح يتوافق مع الآليات التي تتم بها هاته الطريقة وبالتالي فان انطباق مصطلح يوافق هذه الطريقة هو الاتفاق المباشر أو التفاوض. عرف قانون الصفقات العمومية سلسلة متتالية من التعديلات على مدار عدة سنوات وذلك حرصا من المشرع لإضفاء بعض المرونة عليّة وإكسابه شفافية أكبر من جهة، وحماية المال العام من كل تلاعب وتحايل من جهة أخرى، فتتعدد القوانين المنظمة للصفقات العمومية وكيفية إبرامها، وخاصة أسلوب التراضي فيها.

أولاً: التراضي في الفترة من 1967 إلى غاية 2002.

أورد المشرع الجزائري في الأمر 67-90⁽¹⁾ والمتضمن قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 من خلال المادة 60 في فقرتها الأولى تعريفاً لأسلوب التراضي على أنه: "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنحهم الصفقة لمن تحار منهم"، وباستقراء المادة نجد أن المشرع الجزائري قد منح قدراً من الحرية للإدارة عند تبنيها لاختيار أسلوب التراضي وذلك من أجل اختيار الطرف المتعاقد معها، وهذا بناء على المفاوضات التي تتم بينها وعدد المقاولين أو الموردين، من أجل تخصيص الصفقة لمن يعرض بينهم أفضل الشروط التي تطلبها الإدارة تحقيقاً للأهداف المسطرة لإنجاز مشروع ما .

(1). الأمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخة في 27 جوان 1967.

وبصدور المرسوم رقم 82-145 المتضمن صفقات المتعامل العمومي اورد المشرع تعريفا للتراضي من خلال المادة 27 منه انه "هو إجراء يخص الصفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ولا يستبعد فيه الاستشارة".⁽¹⁾

حيث نجد ان المشرع الجزائري قد حافظ على تطبيق مبدأ المنافسة في أسلوب التراضي وان كان لم يعلن عن ذلك صراحة، اي بدون ان يتحقق الأمر بصفة شكلية اي لا يتبع فيه ذات الإجراءات والوسائل المقررة في طريقة طلب العروض، وانما يتم الأمر وفقا لآليات أخرى كالرسائل المكتوبة التي تحقق الدعوة للتنافس بين المرشحين.

وان كان البعض يعيب على المشرع انه جمع بين نقيضتين في تعريفه للتراضي في هذا المرسوم مما وقع في خلط حيث استعمال عبارة (عدم الدعوة الشكلية للتنافس) وفي نفس الوقت عبارة (عدم استبعاد الاستشارة) أي انه تم من خلال العبارتين الواردتين في نفس المادة إقصاء المنافسة من جهة وعدم استبعاد الاستشارة عن التراضي من جهة أخرى مع العلم إن الاستشارة تعد إجراء من إجراءات المنافسة.⁽²⁾

ونفس الأمر ينطبق على نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 82-145 حيث عند استقراء هذه المادة نجد ان المشرع الجزائري قد ساوى في البداية بين طريقة الدعوة للمنافسة بالتراضي وهذا من خلال قوله بأنه: "يبرم المتعامل العمومي صفقاته تبعا للإجراء الخاص بالتراضي او الإجراء الخاص بالمنافسة".

⁽¹⁾.المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمجها المتعامل العمومي، الجريدة

الرسمية رقم 15، الصادرة بتاريخ 13 افريل 1982.

². حماسة قدوج، عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004،

ص76.

ويمكن الدلالة على الأمر من خلال استعمال المشرع أداة (أو) للفصل بين العبارتين ان المتعامل العمومي وفقا لهذا النص يتمتع بحرية كاملة في اختيار إحدى الطريقتين.

ثم جاء المرسوم التنفيذي 91-434¹، والمرسوم الرئاسي رقم 02-250² المتعلقين بتنظيم الصفقات العمومية، والذي نجد ان المشرع لم يحدث تغيير كبير في تعريفه لأسلوب التراضي، عن ذلك التعريف الذي جاء به من خلال المرسوم رقم 82-145.

غير انه فيما يخص مدى اعتبار هذا الأسلوب قاعدة عامة أو استثناء، فانه سجل استمرار العمل بأسلوب التراضي كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية إلى غاية المرسوم التنفيذي رقم 96-54⁽³⁾، والذي نص على ضرورة اتخاذ المناقصة كأسلوب عام في التعاقد والتراضي كإجراء استثنائي ليؤكد هذا الاتجاه في المرسوم الرئاسي 02-250 والذي بدوره حافظ على نفس المدلول، لكنه ادخل عدة تعديلات مست في مجملها صور التراضي من خلال إحاطتها بالعديد من القيود التي تحد من سلطة المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى أحداها.

اما المرسوم الرئاسي 08-338⁴ لم يأتي بشئ جديد لأسلوب التراضي وبالتالي أبقى على نفس التعريف الوارد في المادتين 20 و22 من المرسوم الرئاسي 02-250.

¹ المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في نوفمبر 1991، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 57.

⁽²⁾ المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 29 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية، رقم 52

⁽³⁾ المرسوم التنفيذي 96-54 المؤرخ في 22/01/1996 المعدل والمتمم للمرسوم 91/434، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 06.

⁽⁴⁾ المرسوم الرئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250 السابق ذكره .

ثانياً: من الفترة 2003 إلى يومنا هذا.

عرفت المادة 27 من المرسوم 10-236 المعدل والمتمم أسلوب التراضي بأنه: "إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة"، وهو ذات التعريف الذي ورد في التعديلات التي حملتها المراسيم المعدلة للمرسوم الرئاسي 10-236 وهذا من خلال كل من المرسوم الرئاسي رقم 11-198¹ والمرسوم الرئاسي رقم 12-236².

ثم جاء المرسوم الرئاسي 15-247 ليعرفه على أنه: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن إن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة"³

من خلال المادة يلاحظ أن التراضي هو إجراء تخصيص لمعامل متعاقد واحد، وأساس التخصيص هو حق الاختيار الذي تحظى به الإدارة المتعاقدة في انتقاء متعامل معها بعد مناقشة بنود التعامل دون إتباع الإجراءات الشكلية للمنافسة، الأمر الذي يجعل هذا الأسلوب يتسم بالمرونة والسرعة في إبرام الصفقات العمومية.

يتبين أيضاً من خلال نص المادة إن هذا المرسوم اكتفى بتعريف التراضي على أنه إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الإشارة إلى أن السبب في اللجوء إلى

(1). المرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرخ في أول مارس سنة 2011، يعدل ويتمم المرسوم المؤرخ في 7 أكتوبر

2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 06 مارس 2011.

(2). المرسوم الرئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ

في 07 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 04 المؤرخة في 26 جانفي 2012.

³ - المادة 47، من المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 16 سبتمبر 2015.

هذا الأسلوب من طرف المصلحة المتعاقدة إنما يعود إلى توافر إحدى حالات التراضي، إذ كان من الأحسن في نظرنا أن يشار في هذا المرسوم إلى عبارة حالات التراضي، وذكر المواد المتعلقة بهذه الحالات حتى يصبح استثناء عن القاعدة العامة للإبرام (طلب العروض)، لأن هذا التعريف اهتم أكثر بإعفاء المصالح المتعاقدة من الإجراءات الشكلية دون الإشارة إلى حالات التراضي في إبرام الصفقة العمومية.

يظهر من خلال نص المادة أنها لم تبين من يمكن له القيام بهذا الإجراء، بمعنى كان من الأفضل أن تنص المادة على أن التراضي هو إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة، وفي هذه الحيثية يرى الأستاذ (النوي خرشى)، انه من الأحسن أن لا يتخذ هذا الإجراء من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة لوحده، بل كان من المجدي الأخذ بكل الاحتياطات والأخذ بمبدأ الاحتراز ولا يترك. هذا القرار بيد شخص ويتخذ من طرف لجنة تفاوض ينشئها مسؤول المصلحة المتعاقدة حتى وان لم يتم تكوينها إلا من معينه لا غير حفاظا على مثل هذا القرار والمال العام لكن نحن نعلم أن تشكيلة او إنشاء لجنة معينة، وفي اي مجال يتطلب العديد من الإجراءات، الأمر الذي يؤدي لتعطيل إجراء التراضي الذي يتطلب السرعة والاستعجال، وحتى لو افترضنا أن هذه اللجنة أنشأت من قبل فالأمر يؤدي إلى ضرورة دعوة أعضاء هذه اللجنة للانعقاد وعقد جلسات وغيرها من الإجراءات فهذا لا شك انه يؤدي إلى إطالة مدة التعاقد عن طريق التراضي الذي تكون حالاته مستعجلة وملحة، نشير إلى أن نص المادة ذكر نوعين اثنين للتراضي: التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة.¹

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية للمرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، جسر للنشر والتوزيع، القسم الاول، الطبعة 5، 2017، ص33.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لأسلوب التراضي.

رغم تعدد التعاريف الفقهية المتعلقة بالتراضي إلا أنها كلها تصب في معنى واحد في كونه إجراء استثنائي في إبرام الصفقة العمومية، وتحرر المصلحة المتعاقدة من كل الشكليات المعتمدة في القاعدة العامة لإبرام الصفقة المتمثلة في طلب العروض، فحسب الدكتور "عمار بوضياف" فإن إطلاق تسمية التراضي كطريقة للتعاقد في مجال القانون العام، هو أن الإدارة تتحرر بواسطته من الخضوع للقواعد المطبقة على إجراء طلب العروض بأشكاله المختلفة، فرضاها واضح انطلاقا من حريتها في اختيار المتعاقد معها، خلافا لطلب العروض أين تفقد هذه الحرية نسبيا¹.

فالتراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في الجزائر هو أسلوب يخرج عن التوجهات والمبادئ العامة في إبرام الصفقات العمومية، وقد سمح هذا الخروج بإمكانية إضفاء الخصوصية عليه، وهذه الخصوصية تمتد لتشمل جملة الضوابط التي تتحكم في هذا الأسلوب، بداية من التعريف إلى غاية إجراءات اعتماده والعمل به.

ومن هنا يجدر الإشارة إلى أهم خصائص إجراء التراضي حيث يتفق العقد الإداري والعقد المدني أن كلا منهما يقوم على أساس توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، ويتمثل هذا الأثر في إنشاء التزامات وحقوق متبادلة بين الطرفين، كما يتفقان من ناحية الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد وهي الرضا والمحل والسبب، إلا أن الاختلاف بينهما يكون عادة في النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، ويعود ذلك إلى أن الإدارة تبرم عقودها باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة،

(1). عمار بوضياف ، المرجع السابق، ص 33.

وبالتالي تكون في موقع مختلف ومتميز عن موقف الأفراد يخولها سلطات خاصة لا يتمتع بها الأفراد العاديين أو الأشخاص الخاصة¹.

فاذا كان أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه - كقاعدة عامة - فإن الأمر يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة طرفا فيه، كما أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير لازم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام إذ لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا، فالأساس في العقود هو مبدأ الرضائية، وهذا ما نصت عليه المادة تسعة وخمسون من القانون المدني بمعنى تلاقي الإيجاب والقبول من الإدارة والمتعاقد معها خلال نصها: "يتم العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وفي هذا الشأن يطبق القضاء الإداري القواعد المعمول بها في القانون المدني².

فمقارنة بالعقود الخاصة التي يسودها مبدأ سلطان الإرادة أساسا فإن حرية الإدارة تتسم بالتنقييد، حيث أن الإدارة العامة ملزمة بإبرام صفقاتها وفق كفاءات وقوابل رسمها لها القانون مسبقا.

(1) ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة

دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008/2009، ص 19

² - نفس المرجع، ص 22 .

المطلب الثاني: تمييز إجراء طلب العروض عن التراضي في إبرام الصفقات العمومية

حدد المشرع الجزائري أساليب إبرام عقود الصفقات العمومية في أسلوبين يمثل الأول المبدأ العام في الإبرام والوارد باسم طلب العروض (الفرع الأول)، ويمثل الأسلوب الثاني الاستثناء، والمتمثل في إجراء التراضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طلب العروض المبدأ العام في إبرام عقد الصفقة العمومية

يعرف المشرع الجزائري طلب العروض في الفقرة الأولى من المادة 40، من المرسوم الرئاسي 15-247، بأنه: "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل اطلاق الاجراء".

أما الفقرة الثانية من المادة 40، فقد حددت حالات عدم جدوى طلب العروض، والملخص في الحالات التالية: عندما لا يتم استلام أي عرض، عندما لا يتم الإعلان عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط بعد تقييم العروض، وعندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

وهنا نشير إلى أن النص المقابل للمادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في تنظيم الصفقات العمومية الملغى رقم 10-236، كان يسمي إجراء طلب العروض بالمناقصة، رغم أن النص الفرنسي للمادة المذكورة يسميها بعبارة "l'appel d'offres" وهي نفس التسمية الواردة في النص الفرنسي للمادة 40 من التنظيم الحالي المنظم لعقد الصفقة العمومية، وهي الترجمة الأكثر دقة للنص من الفرنسية إلى العربية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مصطلح طلب العروض يعتبر أكثر دقة لا سيما مع التعريف التشريعي الوارد لهذا الاجراء والذي يفيد بمنح عقد الصفقة العمومية

للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض، بدل مصطلح المناقصة، الذي يشير معناه اللغوي إلى اتجاه التعاقد مع المتعهد الذي يقدم أقل سعر، وهو أيضا ما يؤكد على نحو صريح تعريف إجراء المناقصة في أولى التشريعات المنظمة لعقد الصفقة العمومية الملغية، كالمرسوم الرئاسي رقم 82-145، و الأمر رقم 67-190، رغم أن ما صدر لاحقا من تشريعات تنظم عقد الصفقة العمومية، وإن أبقى على مصطلح المناقصة فإنها أكدت عند تعريفها على ارساء معيار النوعية المعبر عنه بعبارة "أحسن أو أفضل عرض"، بدل معيار السعر المنخفض المستدل عنه بعبارة "أقل ثمن"، كما في المادة 24 من المرسوم التنفيذي 91-434، والمادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236.

أما عن أشكال هذا الإجراء فقد حددها نص المادة 42، في الأشكال التالية:

أولاً: طلب العروض المفتوح

تعرفه المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأنه: "إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً".

ثانياً: طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

تعرفه المادة 44، بأنه: "إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الاجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، وتخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون

(1). تنص المادة 33 من المرسوم الرئاسي 82-145، السابق ذكره، على أن المناقصة هي: "إجراء يستهدف منح الصفقة للعارض الذي يطلب أقل الأثمان".

متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع".¹

ثالثا: طلب العروض المحدود

تعرفه المادة 45 بأنه: "إجراء لاستشارة انتقائية يكون المترشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمترشحين الذين ستم تقديم تعهد بعد انتقاء أولي بخمسة منهم".²

تنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المترشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة، ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلتين طبقا لاحكام المادة 46 من المرسوم 15-247، وإما على مرحلة واحدة حسب الحالات التي بينها المادة 45 منه، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين المسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي بمناسبة انجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات انتقاء لوازيم خاصة ذات طابع تكراري، وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث سنوات، ويجب أن يتم النص على كفاءات الانتقاء الأولي والاستشارة في إطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط، كما تحدد قائمة المشاريع التي تكون موضوع لطلب العروض المحدود بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.³

¹ - المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

² - المادة 45 من نفس المرسوم .

³ - ياقوتة عليوات، المرجع السابق، ص 22.

كما حددت المادة 46 بعض الاحكام الخاصة الاضافية، لتنفيذ إجراء طلب العروض المحدود والمتعلقة أساسا بكيفيات أو وسائل دعوة المترشحين ومحتوى العروض المقدمة من طرفهم، وكيفيات تنظيم وسير الاجتماعات التوضيحية مع المترشحين¹.

رابعاً: المسابقة

حددت المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تعريف هذا الاجراء بأنه: "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لأختيار بعد أخذ رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، وتلجأ المصلحة المتعاقدة الاعمال هذا الإجراء لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات"، والمسابقة حسب نص المادة 48 من نفس المرسوم، قد تكون مفتوحة أو محدودة، إلا أن مسابقة الإشراف على الانجاز تكون دائماً محدودة وجوباً².

نشير هنا إلى أن تنظيم الصفقات الحالي الساري المفعول الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، قد حذف إجراء "المزايدة" الذي كان مدرجا في ظل التشريعات السابقة المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر باعتباره أحد أشكال أو صور "المناقصة" التي تمثل المبدأ العام في إبرام الصفقة العمومية³

¹ المادة 32 من الأمر 67-90، السابق ذكره.

² المادة 46 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر .

³ المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر .

الفرع الثاني: الأسلوب الاستثنائي في إبرام عقد الصفقة العمومية.

وقد عرفته المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، وحددت أشكاله في نصها التالي: "التراضي هم إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي شكل التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

وباعتبار أن أسلوب التراضي أسلوب خاص واستثنائي للإبرام، يتم اللجوء إليه دون الدعوى الشكلية للمنافسة، على عكس إجراء طلب العروض، القائم أساسا على الدعوى الشكلية للمنافسة¹، وذلك بكل ما يحتويه تنفيذ هذا الإجراء من مراحل وما تتضمنه تلك المراحل من شكليات للتعاقد.

يشكل التراضي البسيط القاعدة لاستثنائية إبرام عقود الصفقات العمومية ولا يمكن إعماله إلا في الحالات الستة (6 حالات)، التي حددتها المادة 49 من هذا المرسوم على سبيل الحصر، ووفقا للشروط والضوابط التي تضمنتها المادة 50 منه، والتي يجب على المصلحة المتعاقدة الالتزام بها واحترامها.

أما التراضي بعد الاستشارة فقد حددت حالاته المادة 51 في خمس (5 حالات) حصرا، في حين حددت المادة 52 التالية لها شروط وضوابط إعمال هذا الإجراء.²

¹. المواد: 25، 29، 41 من المرسوم التنفيذي 91-434، السابق الذكر.

². سوهيلة فوناس، (عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص: 246.

المبحث الثاني: صور التراضي كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.

يعتبر أسلوب التراضي هو المجال الذي تتمتع فيه المصلحة المتعاقدة بقدر وافر من الحرية التي تتجسد أساسا في انتهاجها لسياسة التفاوض مع المرشحين الذين تختارهم مبدئيا، ولما كان هذا الأسلوب هو الاستثناء الذي يرد على القاعدة العامة، فقد حدد المشرع الجزائي الأشكال التي يمكن ان ترد على هذا التراضي ووضع لهما إجراءات وحالات للرجوع إليهما كما وقد اوردها على سبيل الحصر. و عليه تم تقسيم المبحث الى مطلبين ، يتضمن (المطلب الأول) التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي ، والتراضي بعد الاستشارة كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.

لدراسة التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي، تم تقسيم المطلب الى فروع ، تضمن (الفرع الأول) تعريف التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، وتضمن (الفرع الثاني) شروط التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية ، اضافة الى الحالات المبررة للجوء للتراضي البسيط (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية.

يعتبر إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية في إبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات المحددة في المادة 49 من المرسوم 15-247، يلزم المصلحة المتعاقدة إتباع إجراءات الدعوة الشكلية للمنافسة، وتمنح الصفقة للمتعامل بعد دراسة وتقدير لمؤهلاته وقدراته، والتفاوض حول الأسعار ومواعيد التنفيذ والضمانات وغيرها من العناصر الجوهرية¹، وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يكون المشرع قد حسم وأكد نقطة قانونية ذات أهمية بالغة وهي الطابع الاستثنائي والنطاق الحصري لأسلوب التراضي البسيط وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 41²، كما انه تم إضافة مادة في المرسوم 15-247 تحدد الشروط الواجب التقيد بها في إطار إجراء التراضي البسيط³.

الفرع الثاني: شروط التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية

طبقاً لمبدأ الشفافية والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، فقد تحددت كما أسلفنا الذكر في المادة 50 من المرسوم 15-247 وتتمثل في:

- تحديد الحاجيات من قبل المصلحة المتعاقدة في ظل احترام المادة 27 من هذا المرسوم إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

¹ -BENNADJI Cherif, Marchés publics et corruption en Algérie,Revue D'études et de Critique Social, N° 25, Alger, 2008 , p.140

² -تنص المادة 41 فقرة 02 على: "أن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم " بينما المادة 39وردت غير دقيقة وحاسمة بحيث ذكر التراضي دون الحسم في طبيعته القانونية فيما إذا كان مبدأ أو استثناء .

³ -المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 ،السابق ذكره.

- يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي، التقنية والمهنية والمالية كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم¹ التي تقابلها المادة 36 من المرسوم الرئاسي 10-236 حيث تم إضافة الفقرة 2 إلى المادة 54 التي أكدت على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وعدم التمييز بينهم وشفافية الإجراءات لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال العقلاني للمال العام، وهذا ما سيؤدي إلى تكريس قيم الشفافية وتعزيز المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

- يجب أن تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم (مثل اختيار العرض الأقل ثمنا بين العروض المالية للمرشحين الذين تم اختيارهم...)

- يجب أن تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة 52 من نفس المرسوم، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، وهنا يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

- يجب أن تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

ما يلاحظ من خلال المادة 50 انها وضعت الضوابط والشروط الواجب احترامها من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط.

الفرع الثالث : الحالات المبررة للجوء للتراضي البسيط

وتم تحديد الحالات الحصرية لأسلوب التراضي البسيط في المادة 49 كما اشرنا سابقا وستة حالات تتمثل في مايلي:

¹ - المادة 54 من المرسوم الرئاسي 15/247، السابق ذكره .

أولاً: حالة المتعامل المحتكر الوحيد:

وردت أحكام هذه الحالة في المادة 01/49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ويتعلق الأمر بتواجد المصلحة المتعاقدة في وضعية تحتم عليها التعاقد مع متعامل اقتصادي يحتل وضعية إحتكارية في السوق، تكسبهمركز قوة من الناحية الاقتصادية¹، أو تتعاقد لاعتبارات تقنية وفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

هذه الفقرة جاءت أكثر تفصيلاً وتوضيحاً من نص المادة 43 في المرسوم الرئاسي السابق لسنة 2010 حيث أورد المشرع الإعتبارات الثقافية والفنية ولم يتم النص عليها في المرسوم السابق لسنة 2010.

والواضح أن الطابع الإحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي على اعتبار أن الخدمة لا يلبها إلا مؤسسة إحتكارية واحدة، وبالتالي لا داعي أن تلجأ الإدارة إلى الإعلان والخضوع لإجراءات الشكلية في حين أن هناك متعهد واحد يتوفر على القدرات الفنية التي تشترطها المصلحة، وبهذا يكون المشرع قد أحسن عند تحريره للإدارة من الخضوع إلى إجراءات طلب العروض بل وحتى تحرير الإدارة من الاستشارة طالما أن هناك محتكر وحيد يستجيب لشروط التعاقد و يلبى الخدمة المطلوبة.

ثانياً: حالة الاستعجال الملح والمعلل

جاء في الفقرة 2 من المادة 49 انه في حالة الاستعجال الملح والمعلل بوجود خطر يهدد ملك أو استثمار المصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، أو خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، وأن تداركه لا ينسجم مع المواعيد والإجراءات المقررة في

¹-أنظر المادة 3 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

المنافسات، نظرا لطول المواعيد في هذه الأخيرة، وتعقيد إجراءاتها، ولهذا يسمح للإدارة باللجوء لأسلوب التراضي البسيط

كما أنه وطبقا للفقرة 2 من المادة 49 من نفس المرسوم الرئاسي يشترط لصحة التعاقد وفقا لهذه الحالة أن تبرر المصلحة المتعاقدة حالة الضرورة والاستعجال تبريرا كافيا ومثبتا لعنصرين قانونيين مألوفين في القواعد العامة وهما:

- ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، ويفسر ذلك باستحالة التوقع حتى ولو بذلت المصلحة قصار جهدها وإمكاناتها، لأن إمكانية التوقع تفسر إمكانية اتخاذ التدابير الوقائية لمواجهة الخطر الداهم وتأمين الملك المهدد من كل الأخطار.

- ألا تكون الظروف المسببة لحالة الاستعجال نتيجة مناورات قادتها المصلحة المتعاقدة من أجل المماطلة إلى أن يتعرض الملك أو الإستثمار للخطر مما يدفعها للتعاقد بدافع المحاباة أو تحقيق مصلحة شخصية.¹

ثالثا: حالة تموين مستعجل ذي شروط خاصة

ورد النص على هذه الحالة في الفقرة الثالثة من المادة 49²، يتضح من نص المادة أن هذه الحالة هي حالة خاصة ومختلفة عن سابقتها، لأنها تستوجب بعض الشروط الخاصة وتطبق في مجال محدد ودقيق، حيث نصت صفته الفقرة على: "... في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من

¹ - أمينة لميز، التراضي كأسلوب في إبراز الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الجامعة، جامعة أمجد بوقرة بومرداس، ص 540.

² - المادة 49 فقرة 3 "... في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها...".

طرفها...¹، فهي تخص مجال في غاية الحساسية وهو مجال التموين، ، ويتعلق الأمر بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد وهو ما تم التعبير عنه "بتوفير حاجات أساسية للسكان" فكأنما نحن أمام حالة ميدانية تتطلب من الإدارة السرعة، والاستعجال بغرض ضمان حسن التوزيع وحسن التموين لتوفير حاجة السكان، كالقمح أو أي مادة أولية وأساسية، أو كأن يتعلق الأمر بزلزال أو فيضانات² أصابت منطقة معينة وفي هذه الحالة الإدارة لا يمكنها إتباع إجراءات طلب العروض بمختلف أنواعه لأن ذلك يعرقل رد الفعل المستعجل الذي يجب أن تقوم به المصلحة المتعاقدة لمواجهة الحالة الاستعجالية، ولصحة هذه الحالة أقرت الفقرة 3 من المادة 49 نفس الشروط السارية على حالة الاستعجالّ الملح والمعلل، بحيث استعملت عبارة "غير متوقعة و" استعملت عبارة "مناورات" حتى لا تستغل المصلحة المتعاقدة (الإدارة) الأحكام الاستثنائية.

رابعاً: حالة مشروع استعجالي ذي أولوية وأهمية وطنية.

استحدثت هذه الحالة لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، وأكد عليها المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 الذي استحدثت الإجراء المتعلق بطلب الترخيص من مجلس الوزراء او مجلس الحكومة حسب القيمة المالية للمرسوم.

تناول المشرع هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث نصت على: "عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعاً استعجالياً، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة

¹ - المادة 49 من المرسوم 247/15 السابق ذكره

² - تطبيقاً لهذه الحالة قرر مجلس الوزراء المنعقد يوم 28/12/2003 اعتماد صيغة التراضي طبقاً للمادة من 37 المرسوم الرئاسي رقم 02/250 وذلك في إطار البرنامج الوطني الذي يهدف إلى إنجاز 20.000 عشرين ألف، سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولايتي الجزائر بومرداس.

المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة، 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) والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، ...¹،

وعليه فإن المشرع في هذه الحالة أن يكون تنفيذ المشروع ذو طابع استعجالي حفاظا على المصلحة العمومية، ولضمان الحياد والشفافية يشترط ألا يكون للمصلحة المتعاقدة يد لإحداث هذه الحالة أو توقع حدوثها، ثم لا بد من الحصول على موافقة مجلس الوزراء إذا كانت قيمة الصفقة تتجاوز 10 ملايين دينار، وموافقة مجلس الحكومة إذا كان المبلغ أقل، وعند ربط هذه الفقرة بمثلتها في المرسوم الرئاسي لسنة 2010 الواردة في المادة 43 نجد أن الاضافة المقدمة في مرسوم 15-247 هو ذكر بلغ الصفقة والعتبة المالية حيث جاءت عبارة " يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار أو يقل عنه، "وهذا ما لم يتم ذكره في المادة 43 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 المعدل والمتمم.

خامسا: عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج

ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 5 من المادة 49 من خلال هذه الفقرة يتضح انه إذا تعلق الأمر بترقية الإنتاج والأداة الوطنية وفي حال توفر الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة المتمثلة في تحقيق الحد أو المبلغ المالي، وتمت الموافقة من الجهات المخول لها ذلك المبينة أعلاه (في الحالة الرابعة) فإن المصلحة المتعاقدة تلجا مباشرة إلى إجراء التراضي وذلك أمن جل تمكنها من إبرام الصفقة في وقت قصير ويسير وهذه الحالة تشبه الحالة المذكورة في الفقرة 4 من نفس المادة والتي تشترط هي الأخرى الموافقة المسبقة بعد إعداد تقرير مفصل من طرف الوزير المعني وهذا راجع لأهمية هذا النوع من الصفقات وتعلقها بترقية الأداة الوطنية والمشاريع ذات الأهمية الوطنية.

¹ - أمينة لميز، مرجع سابق، ص 541.

يبرز الهدف واضحا من هذه الطريقة لأن الأمر يتعلق بعصرنة وتحسين وسائل الإنتاج داخل الجزائر من أجل الرفع من مستوى الأداء للمؤسسات الوطنية.

سادسا: حالة تنفيذ خدمة عمومية من قبل مؤسسة عمومية وطنية

طبقا للفقرة 6 من المادة 49 فان للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقات وفقا لأسلوب التراضي مع مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذا وجد نص قانوني أو تنظيمي يخول لها حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو إذا سبق أن أنجزت هذه المؤسسات كل نشاطاتها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

هذه المادة مقارنة بمثلتها في المادة 43 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 حددت نوع المؤسسة العمومية بعبارة "مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري" على عكس الفقرة 5 من المادة 43 التي اكتفت بعبارة المؤسسة العمومية، من خلال هذه الفقرة المشرع أعطى أولوية لهذه المؤسسات ومصدر هذه الأولوية هو النص التشريعي او التنظيمي في مجال محدد، لكن الشيء الملاحظ أن هذه الفقرة تخل بمبدأ المساواة الذي نصت عليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 وجسدته مواد كثيرة كما أنها تمس بالمبدأ الدستوري الذي ينص على حرية الاستثمار والتجارة في المادة منه 43 التي تنص على ان " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون.¹..."، وحسب الدكتور عمار بوضياف فانه يرى انه كان من الأفضل لى المشرع الجزائري أن لا يمنح هذه المؤسسات طابع امتيازي أو حق حصري بل كان عليه أن يترك هذه المؤسسات أن تثبت وجودها وسط عالم كله منافسة وحرية في الوصول إلى الصفقة لا أن تحظى فيه مؤسسة

¹ - عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 231.

بعينها بامتياز أو حق حصري وأولوية، وهو ما يفرضه حقيقة التوجه الاقتصادي الحر للدولة.

نشير إلى أن هذه الفقرة لا تشبه بتاتا الفقرة الأولى من نفس المادة السالفة الذكر المتعلقة بالاحتكار وإنما الفرق يكمن في كون أنه في الفقرة الأولى لا يوجد سوى متعامل أو متعهد وحيد في وضعية الهيمنة، أما الفقرة السادسة فان المؤسسات الصناعية و التجارية عديدة وتعمل في نفس المجال لكن الصفقة تخصص لإحدهما دون الأخرى بموجب نص تشريعي أو تنظيمي بصفة الحق الحصري.

ومن خلال استقراء المادة 49 من المرسوم 15-247 نجد أن المشرع قد حدد هذه الحالات على سبيل الحصر وذلك بذكره لكلمة "فقط" مما يدل على تأطير وتحديد هذه الحالات بدقة ووضوح، ومن ثم لا يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى طريق التراضي البسيط لإبرام الصفقات العمومية، وحرية اختيار المتعامل المتعاقد إلا في هذه الحالات لا غير.

المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي

حيث تم التطرق من خلال هذا المبحث الى تعريف التراضي بعد الاستشارة (الفرع الاول) ، ثم الحالات المبررة للجوء للتراضي بعد الاستشارة (الفرع الثاني) ، و إجراءات إبرام صفقة التراضي بعد الاستشارة (الفرع الثالث).

الفرع الاول: تعريف التراضي بعد الاستشارة

التراضي بعد الاستشارة هو إجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، يسمح للإدارة باختيار المتعاقد، إذا توفرت الحالات المنصوص عليها حصرا، حيث يختلف التراضي

بعد الاستشارة عن التراضي البسيط عن كونه يضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط، وهذا الأخير يتم بالتفاوض مع شخص يعينه دون غيره، فان التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة مع مجموعة من الأشخاص. وتكون فيه المنافسة محدودة لأن المؤسسات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة هي مؤسسات معروفة.¹

وعليه فالتراضي بعد الاستشارة هو أسلوب يقوم على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها

بإقامة المنافسة بين المرشحين تدعوهم خصيصا للتنافس، حيث تعرض الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للمناقصة، يتحدد أساسها القانوني بمضمون المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي نصت على: "يكتسي التراضي... أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة"

لا تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة إلا في الحالات المحددة حصرا في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بحيث لا يجوز تجاوزها أو القياس عليها، أو محاولة الربط بينها وبين حالات قريبة ومشابهة لها معمول بها في أسلوب التراضي البسيط.

الفرع الثاني: الحالات المبررة للجوء للتراضي بعد الاستشارة

تتمثل حالات التراضي بعد الاستشارة في النقاط التالية في:

¹ - وهيبة لعي، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكر ماستر، جامعة بسكرة، 2015، ص

اولا - عندما يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

تم النص على هذه الحالة في الفقرة الأولى¹ من المادة 51 من المرسوم 247/15 تقابلها المادة 44 من المرسوم 236/10، لكن السؤال الذي يطرح متى نكون أمام حالة عدم جدوى طلب العروض؟ هذا التساؤل أجابت عليه المادة 52 من نفس المرسوم 247/15 في الفقرة 7، حيث انه يعلن عن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أي لا تتمكن المصلحة المتعاقدة من اختيار أي عرض فتعلن عدم جدوى الإجراء، هذا ونشير إلى أن حالات عدم الجدوى في المادة 44 من المرسوم 10-236 كانت أربع حالات أما في المادة 52 من مرسوم 15-247 تم اعتماد حالتين فقط.²

ثانيا - حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تنسجم طبيعتها مع طلب العروض:

حيث تحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات، وردت هذه الحالة في الفقرة 2 من المادة 51، وهنا إذا لجأت الإدارة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة وقع عليها عبء إثبات وتبرير عدم لجوئها إلى طلب العروض.

ونشير إلى أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال وإنما فقط الدراسات واقتناء اللوازم والخدمات، كما أن المصلحة المتعاقدة لها كل الحرية في اختيار المتعاقد معها

¹ المادة 51 فقرة 1 من المرسوم 247/15 السابق ذكره.

² أمينة لميز، التراضي كأسلوب في إبراز الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الجامعة، جامعة أمجد بوقرة بومرداس، ص 11 .

دون اللجوء إلى الإشهار و المنافسة وغيرها من الإجراءات لكنها مقيدة بالطابع الخصوصي للصفقة كالطابع السري مثلاً. إلا أن الغموض الذي يكتنف هذه الفقرة هي عبارة "ضعف المنافسة"

أي أن لجنة فتح وتقييم العروض بعد تقييمها للعروض وصلت إلى نتيجة ضعف المنافسة وهنا يطرح السؤال: ما هو الفرق بينها وبين عدم جدوى طلب العروض، "لان هذه الأخيرة حسب الدكتور عمار بوضياف يمكن أن ينجر عنها استخلاص نتيجة الضعف بعد التقييم من طرف اللجنة أما عبارة الطابع السري فيمكن استيعابها وتبريرها نظراً لخصوصية بعض القطاعات والخدمات.

ثالثاً - حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادة في الدولة:

يتم تحديد قائمة هذه الأشغال بموجب قرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية وذلك ما أكدته الفقرة 03 من المادة 51 السابقة الذكر 1، هذه الفقرة جاءت مطلقة دون تحديد وضبط مما يدعو للتساؤل هل مثلاً قطاع الدفاع أو قطاع العدل، لا يمكنهما إجراء طلب العروض في إبرام الصفقة وتكتفيان فقط بالتراضي بعد الاستشارة؟ يبقى هذا السؤال مطروح إلى غاية صدور القرار الوزاري عن وزير المالية كما تم ذكره في الفقرة الأخيرة من المادة 51 .

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، جسور للنشر والتوزيع، القسم الأول، طبعة 5، 2017، ص 234

رابعاً- حالة الصفقات الممنوحة والتي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع
أجال طلب عروض جديد:

وردت هذه الحالة في الفقرة الرابعة 14 من المادة 51 وهي فقرة جديدة لم تكن موجودة ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 في نص المادة 44 منه وهي من مستجدات المرسوم الرئاسي الساري المفعول، وفي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة تلجا لإجراء طلب العروض أولاً سواء تعلق الأمر بصفقات الدراسات و اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الأشغال وإنه تم اختيار العارض لكنه ولأسباب موضوعية تم الفسخ، وإذا كان المشروع لا يتحمل إجراءات جديدة والإشهار مرة أخرى بالكيفية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي فإنه تم الترخيص لها بالتعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة.

خامساً - حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، والعلاقات الثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات:

تم النص على هذه الحالة في الفقرة الخامسة (5)² من المادة 51 و قد وردت حرفياً في المرسوم الرئاسي 10-236 في الفقرة 4 من المادة 44 منه، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الأحوال الأخرى.

من خلال هذه المادة نصل إلى أن أسلوب التراضي بعد الاستشارة ينطوي على عدة مزايا محققة لفائدة المصلحة المتعاقدة من حيث تمكينها من الإطلاع والتأكد من القدرات

¹ - تنص الفقرة الرابعة من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر على انه "...في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلائم مع أجال طلب عروض جديدة...".

² - المادة 51 من المرسوم 247/15 السابق ذكره.

والمؤهلات التقنية والمالية لكل الأطراف المدعوة للتنافس وطنية وأجنبية في حدود ما يتطلبه تنفيذ الصفقة، وقد مكنها المشرع من بعض الوسائل المادية التي تسهل مهمتها خصوصا استعانتها بالبطاقات الوطنية والقطاعية الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة¹.

الفرع الثالث: إجراءات إبرام صفقة التراضي بعد الاستشارة

ان المشرع ورغم اعترافه للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة لإبرام صفقاتها في حالات محددة ومحصورة وقليلة الوقوع، إلا أنه لم يترك لها الحرية المطلقة في كيفية اختيار المتعامل المتعاقد الذي ينفذ موضوع الصفقة بل ألزمها بإجراءات ومراحل تتبعها حتى لا تعد أعمالها باطلة، إذ نجد الفقرات الأولى والثانية والثالثة من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247² قد نصت على الإجراءات التي يجب اتباعها عند أعماله في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، بينما الفقرتين 4 و5 فقد كان موضوعها إجراءات الإبرام في الحالات الأخرى التي تبيح للمصلحة المتعاقدة استعمال هذا الأسلوب، أما الفقرات المتبقية من نفس المادة فقد عالجت الإجراءات والضوابط المشتركة بين كل الحالات، والملاحظ أن المشرع لم يربط الإجراءات بالحالة بصياغة صريحة وإنما تم استنتاج ذلك.

حيث تقسم هذه الإجراءات إلى ثلاث :

¹ - أمينة لميز، مرجع سابق، ص 548.

² - المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره.

أولاً: تنظيم الاستشارة (الدعوة للتعاقد)

نصت المادة 52¹، على الإجراءات المتبعة عند إبرام صفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة خاصة فقط بالإجراءات على عكس المرسوم السابق، حيث كانت المادة التي تنص على الحالات هي ذاتها التي تبين الإجراءات المتبعة

يقصد بالاستشارة في مفهوم هذا النص أن تقوم المصلحة المتعاقدة بدعوة المتعهدين الراغبين في الظفر بالصفقة إلى تقديم عروضهم من أجل تقييمها واختيار أحسنها من حيث المزايا الاقتصادية وفق معايير تضعها المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن هذه الاستشارة.²

ويمكن التمييز بين حالتين هما الاستشارة بعد إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، والاستشارة في الحالات الأخرى المتعلقة بالمطام 2،3،4 و5 المذكورة في المادة 51³.

1- الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

بينت المادة 52 في فقرتها الأولى أن الاستشارة تخص في الأصل العام المؤسسات التي شاركت في طلب العروض الذي أسفر عن عدم جدوى، والميزة هنا أن هذه المؤسسات اعلم بالمشروع من غيرها، وعبرت عن اهتمامها به من خلال طلب العروض المقدم وهو ما ينم عن جديتها ورغبتها بالظفر بالصفقة.⁴

¹ - نفس المادة، من نفس المرسوم .

² - المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره.

³ - المادة 51 من المرسوم رقم 15-247 السابق ذكره.

⁴ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 310.

1 - كيفية الاستشارة:

تتم استشارة المؤسسات المشاركة في طلب العروض الذي أسفر عن عدم الجدوى، برسالة استشارة وهو أول إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة بعد إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، حسب نص المادة 152¹.

توجه المصلحة المتعاقدة خطاب الاستشارة مشتملا العناصر الأساسية في التعاقد، في شكل استدعاء كتابي أو تدعوهم شفاهة بالاتصال المباشر مع من سبق وقدموا تعهدات²، وهو ما يقابل الإعلان في طلب العروض، من أجل الحصول على عدد من العارضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة³، وجاء في الفقرة الأولى من المادة 52 على: "تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، وبنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض"، فمن خلال نص المادة تكون المصلحة المتعاقدة معفية من الدعوة الشكلية للمنافسة، لذلك هي حرة في اعتماد أي وسيلة تراها مناسبة لدعوة المتعاقدين وجلب العروض⁴.

يمكن الملاحظة أن المشرع قد بين أن الإجراء الموالي هو الاستشارة غير أنه لم يحدد الزمن الفاصل بين الاجرائين⁵، ويرى الأستاذ خرشي النوي أن المدة الواجب مراعاتها

¹ - المادة 1/52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السابق ذكره.

² - منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال في الجزائر، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2017، ص 50.

³ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 101.

⁴ - المرجع نفسه، ص 199.

⁵ - بوزيد بن محمود، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد6، المجلد 7، المركز الجامعي تامنغست، 2018، ص 199.

يجب أن لا تتعدى ثلاثة أشهر وهي المدة التي تبانها المشرع كحد لاستقرار الأسعار باعتبار ان عدم جدوى طلب العروض تم في ظروف اقتصادية ولو أنها تغيرت لكان محتملا أن يكون مجديا وبالتالي فان مرور فترة أطول من ثلاثة أشهر دون القيام بإجراء الاستشارة يجعل اللجوء إلى التراضي غير مبرر.¹

ب- ظوابط الاستشارة:

إن رسالة الاستشارة حسب المادة 64 من المرسوم الرئاسي 15-247 يجب أن تحتوي جميع المعلومات الضرورية التي تمكن المتعاملين المتعاقدين من تقديم عروض مقبولة سيما:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة.
- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية حسب الحالة.
- المعلومات أو الوثائق التقنية المطلوبة من المتعهدين.
- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصاحبها.
- كفاءات التسديد وعملة العرض، اذا اقتضى الأمر.
- كل الكفاءات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة.

- الأجل الممنوح لتحضير العروض.

- اجل صلاحية العروض والأسعار.

- تاريخ واخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيها.

¹- النوي خوشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، الطبعة 01، 2018، ص 196.

- تاريخ وساعة فتح الاظرفة.

- العنوان الدقيق حيث يجب أن توضع التعهدات.

ج- وسائل اعلان الاستشارة:

إن وسائل الاستشارة ليست منظمة بالمرسوم الجديد المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بل هي متروكة للمصلحة المتعاقدة تختار الوسيلة الأنسب والتي تراها فعالة ومجدية من اجل استدراج اكبر عدد من العروض لأجل المفاضلة بينها والظفر بأفضلها ومن بينها نجد الفاكس، الوسائل الالكترونية.

ثانيا - استشارة المؤسسات التي لم تشارك في طلب العروض:

لقد سمحت المادة 52 في الفقرة الثانية¹ للمصلحة المتعاقدة بتوسيع الاستشارة إذا رغبت في ذلك شريطة نشر إعلان الاستشارة وفق الشكليات المنصوص عليها في المرسوم.

إن هذه الفقرة بإدراجها لإمكانية استشارة المؤسسات التي لم تشارك في طلب العروض إنما يدل على حرص المشرع على تكريس مبدأ المنافسة بحيث يسمح لأكبر عدد من المرشحين المحتملين من تقديم تعهد، وهو ما يسمح أيضا للمصلحة المتعاقدة من الظفر بأحسن عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية كلما كان عدد العارضين اكبر.

ان إلزامية القيد الزمني المتمثل في الإعلان عن الاستشارة بنشرها يهدف إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري حيث يتم إعلام المعنيين (المقاولين، الموردين) مما يفسح المجال للمنافسة بينهم ويسمح للمصلحة المتعاقدة اختيار أفضل العروض والمرشحين.²

¹ - المادة 2/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره.

² - فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد5، 2009، ص 118.

1- ظوابط الاستشارة في الحالة الثانية (المؤسسات الغير مشاركة):

على عكس حالة استشارة المؤسسات المشاركة في طلب العروض الغير مجدي فان الإعلان عن الاستشارة في حالة المؤسسات غير المشاركة يكون إلزاميا طبقا لنص الفقرة 2 من المادة 52: "وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فانه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص في هذا المرسوم".

وهي الحالة التي قصدتها المشرع بقوله: " التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء " المشار إليها في المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 وبالتالي يكون الإشهار الصحفي إلزامي والذي من ضوابطه:

- أن يحتوي البيانات المنصوص عليها في المادة 62¹.
 - أن يخضع للإجراءات المنصوص عليها في المادة 65².
 - أن يحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الاقل.
 - أن ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي
 - ان ينشر في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني
- ان الزامية الاعلان عن الاستشارة هو شيء جديد في المرسوم ومنصوص عليه في القوانين المقارنة.³

2- أحكام مشتركة تتعلق بالاستشارة:

¹ - راجع المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره.

² - راجع المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكره.

³ - بوزيد بن محمود، مرجع سابق، ص 200

• 1 - الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط:

إن المصلحة المتعاقدة ملزمة بدفتر الشروط الذي استعملته في طلب العروض مع حذف الأحكام والبنود التي تضمنها الدفتر والخاصة بطلب العروض والتي تعتبر من أخص خصائصه مثل كفالة العرض والزامية نشر طلب العروض، لأن الأحكام المتضمنة في الدفتر المخصص لطلب العروض تختلف عن تلك الخاصة بالتراضي بعد الاستشارة مما استوجب استبعادها دون المساس بالبنود الأخرى، وأشارت الفقرة 01 من المادة 152¹ أن الدفتر لا يمر على رقابة لجنة الصفقات المختصة من جديد، وهذا منطقي لأنه سبق وعرض على لجنة الصفقات المختصة.

ومعروف أن دفتر الشروط² هو الوثيقة الرسمية التي تضعها المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، حيث تحدد بموجبها الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة وبمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها بإرادتها مستعملة خبرتها الداخلية المؤهلة.³

غير أنه إذا أرادت تغيير بعض أحكام التي لها علاقة بالمنافسة فهي ملزمة بإعلان طلب عروض جديد وليس إبرام صفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة مع تقديم دفتر الشروط إلى اللجنة المختصة بالرقابة

¹ - المادة 1/52 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره.

² - المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره.

³ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ص: 142-143.

ويرى الأستاذ خرشي النوي أن عدم تغيير دفتر الشروط عند القيام بالاستشارة بعد إعلان عدم الجدوى هو مضيعة للوقت¹، لكن الأصل أن تغييره يؤدي إلى تغيير ملامح الصفقة مما لا يبرر عدم القيام بطلب عروض جديدة.²

ب - تقليص مدة تحضير العروض:

أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة حسب نص المادة 52³، أن تقلص في مدة تحضير العروض شريطة عدم المساس بمبدأ حرية اللوج للطلب العمومي، وهو ترخيص منطقي لأن المؤسسات المشاركة على علم بتفاصيل المشروع ومحتوياته فاختصار الأجل هو مطلوب في هذه الحالات بغية الإسراع في إنجاز المشاريع، غير أن المؤسسات غير المشاركة في طلب العروض المسفر عن عدم الجدوى لا تكون لها نفس الحظوظ فيما يخص مدة التحضير.⁴

ثالثا: الاستشارة في الحالات الأخرى للتراضي بعد الاستشارة .

تنص الفقرة 5 من المادة 52 من نفس المرسوم على: " يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها في المطات 2 و 3 و 4 و 5 من المادة 51 أعلاه، برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع، قبل الشروع في الإجراء، لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة" . باستقراء هذه الفقرة فإن مبرر اللجوء إلى إبرام صفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة هو توافر إحدى الحالات من المطة 2

¹ - النور خرشي، مرجع سابق، ص 200.

² - عائشة خلدون، بولرباح حمايدي، طرق إبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 10، جوان 2018، ص 301.

³ - المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره.

⁴ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 311.

إلى غاية المطة 5 من المادة 51¹، وتتم هذه الاستشارة عن طريق رسالة استشارة دون التقييد في الشكليات التي تتم بها استشارة المتعاملين المتعاقدين ولا حتى طريقة الاتصال بهم، فكما يبدو جليا فإن المصلحة المتعاقدة حرة في طريقة التواصل مستعملة في ذلك كل الوسائل المكتوبة الملائمة بما في ذلك الوسائل الالكترونية

ترسل المصلحة المتعاقدة رسالة الاستشارة إلى المتعاملين الذين قررت استشارتهم والذين تختارهم انطلاقا من بطاقتها²، وحسب المادة 58³ فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة مسك بطاقة للمتعاملين المتعاقدين وتحيينها بانتظام، أما عن محتوى هذه البطاقة وشروط تحيينها فتحدد بموجب قرار من وزير المالية

إن المصلحة المتعاقدة في المرسوم الرئاسي 15-247 ليست ملزمة باستشارة عدد معين من المتعاملين المتعاقدين، على عكس المرسوم السابق 10-236 والذي كان يحددها بثلاثة على الأقل، غير أنها ملزمة باحترام مبادئ المادة 05⁴ واختيار أفضل العروض من الناحية الاقتصادية وتبرير اختيارها عند كل رقابة تمارس عليها، كما أنها ملزمة باختيار المتعامل المتعاقد الذي تعتقد أنه الأقدر على تنفيذ الصفقة، إن كل هذه الأحكام وغيرها تجعل المصلحة المتعاقدة تتوخى الموضوعية عند تحديد العدد الأدنى للمتعاملين الذين تقرر استشارتهم مما يقلل من تعسفها لأن المشرع لم يلزمها بعدد معين.

ومن الناحية العملية لا نتخيل أنه دائما هناك العديد من المتعاملين المتعاقدين الذين يستجيبون لموضوع الصفقة بل أنه في بعض الأحيان يصعب إيجاد متعامل متعاقد واحد قادر على تنفيذ موضوع الصفقة.

¹ - المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره.

² - المادة 52 من نفس المرسوم.

³ - المادة 58 من نفس المرسوم .

⁴ - المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره.

يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر شروط خاص بالصفقة المزمع إبرامها يخضع لتأشيرة لجنة الصفقات العمومية المختصة، قبل إرسال رسالة الاستشارة التي تحدد بياناتها بناء على هذا الدفتر المعد خصيصاً لهذه الصفقة.¹

¹ - المادة 5/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق نكوه.

خلاصة الفصل

ما يمكن حوصلته مما سبق أن التراضي في شكله يشكل استثناءات على القاعدة العامة وهي إجراء طلب العروض، إلا أن شكلا التراضي يختلفان فيما بينهما، وذلك أن شكل التراضي البسيط هو الذي تنتفي فيه المنافسة نهائيا، أما التراضي بعد الاستشارة فلا تنتفي فيه المنافسة نهائيا بل توجد ولكنها لا تصل إلى المنافسة التي تتم في إجراء طلب العروض بل تبقى منافسة محدودة وذلك باستشارة عدد محدود من المتعهدين، غير أن الصفة في هذه الحالة تمنح للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

كما أن المشرع الجزائري نجده قد منح المصلحة المتعاقدة إجراء التراضي ولكن في مقابل ذلك حدد الحالات التي تلجأ فيها لهذا الإجراء بالإضافة إلى وضع مجموعة من الشروط في كل حالة من حالات التراضي بشكله (التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة)، كما قيد أيضا ورسم الحدود القانونية في التراضي بشكله، هذا إن دل فإنه يدل على حرص تنظيم الصفقات العمومية الجديد على حماية المنافسة في الصفقات العمومية، واحترام المبادئ المنصوص عليها في نص المادة 05 منه.

الفصل الثاني

تطبيق ابرام الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء
كورونا

المبحث الاول: الاحكام المنظمة لصفقات العمومية بالتراضي البسيط في
اطار وباء كورونا.

المبحث الثاني: تكريس مبداي المنافسة والشفافية في الاجراءات
المكيفة لابرام الصفقات العمومية في اطار وباء كورونا عن طريق
التراضي البسيط.

امام الظروف الغير عاديه الناجمه عن جائحه كوفيد 19 والتي شكلت تحديا غير مسبقا دوليا واقليميا ووطنيا، ترجمته الدولة الجزائريه على اتخاذ تدابير خاصه مكيفه لاجراءات ابرام الصفقات العموميه في اطار الوقايه من انتشار فيروس كورونا كوفيد-19، ومكافحته، ف جاء المرسوم الرئاسي رقم 20- 237 بتاريخ 31 اوت 2020، ليضع اطار تنظيمي خاص يسمح بتكليف قواعد منح الصفقات العموميه المتعلقة بالعمليات المبرمجه مع هذه الوضعيه غير المسبوقة، واداره التعامل معها بصفه سلسه وسريعه وشفافه، لتسهيل مهمه الادارات. والمؤسسات العموميه هذه التاثيرات السلبيه كانت لها تاثيرات وخيمه على الحياه الاقتصاديه خاصه في مجال الماليه العموميه التي اثرت بدورها على مجال الصفقات العموميه، لذلك لجأت الحكومه الجزائريه لوضع تدابير استثنائية مكيفه لاجراءات ابرام الصفقات العموميه من خلال المرسوم السالف الذكر لتسهيل عملية ابرام الصفقات العموميه، بتكليف قانون الصفقات العمومي 15-247، وجعله يساير المرحله الصحيه الصعبة، من خلال تراخيص جديده تتمثل في الشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل ابرام الصفقة العموميه وذلك حسب المادة 02 منه، وكذلك بالترخيص للمصلحه المتعاقدة القيام بعدة طلبات من نفس الطبيعه بمقرر معل مع نفس المتعامل حسب المادة 3، وكذا الترخيص بالتسوية الماليه قبل ابرام صفقة التسوية حسب المادة 05، وكذلك الترخيص باللجوء الى التراضي البسيط في اطار الوقايه من انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته لابرام الصفقات العموميه من خلال نص المادة 06 وهو موضوع دراستنا في هذا الفصل، اضافة الى اجراءات خاصه اخرى مثل الاجال، وبالحاله لتطبيق احكام المرسوم الرئاسي 15-247 التي لا تتعارض مع المرسوم 20-236، نجد ان ابرام الصفقات العموميه لا بد ان يكون وفق مبادئ نص عليها المشرع اساسها المنافسه والشفافية وهو ما سنتطرق اليه من خلال (المبحث الثاني) من هذا الفصل، لكن قبل ذلك سنتطرق الى تكوين الصفقات العموميه بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا (المبحث الاول).

المبحث الاول: الاحكام المنظمة لصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا

التراضي البسيط كما تمت الاشارة اليه سالفا هو احد انواع التراضي الذي يبرم دون الدعوة الشكلية للمنافسة وقد حدد تنظيم الحالات التي يجوز فيها للمصلحة المتعاقدة اللجوء الى التراضي البسيط وهي حالات محدده على سبيل الحصر فهو يعتبر اسلوب من اساليب التعاقد يتميزانه يعفي الادارة من الخضوع للاجراءات الطويلة التي تفرضها طريقه طلب العروض ولقد سمح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة باللجوء للتراضي البسيط في التعاقد في حالة ما ارتبط موضوع الصفقة العمومية بالوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته وذلك بموجب مرسوم الرئاسي وهو ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال مطلبين، (الاول) الحالات الاستعجالية المبررة لابرام الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا و (المطلب الثاني) بعنوان الاجراءات المكيفة لابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط في اطار وباء كورونا .

المطلب الاول: الحالات الاستعجالية المبررة لابرام الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا.

نصت المادة 07 من المرسوم الرئاسي 20-237¹ السالف الذكر على: "يمكن المصلحة المتعاقدة اللجوء الى التراضي البسيط لابرام صفقات عمومية في اطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته،ويمكن ان تتم المفاوضات على اساس الاسعار المتداولة في السوق".

¹ - المادة 07 من المرسوم الرئاسي 20-237، المؤرخ في 12 محرم 1442 الموافق ل31 غشت 2020، يحدد التدابير الخاصة المكيفة لاجراءات ابرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 31 غشت 2020.

حيث سمح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بابرام الصفقات عن طريق التراضي البسيط، لكنه اشار الى ان للمفاوضات يمكن ان تتم على اساس الاسعار المتداولة في السوق وذلك لتقييد المصلحة المتعاقدة فيما يخص سعر الصفقة فلا يتم التحجج بحالة الاستعجال التي سببها الوباء لتضخيم المقابل المالي للصفقة العمومية بما يلحق اضرار بالخرينة العمومية والمال العام، لكن عبارة "يمكن" تفيد بإمكانية عقد صفقات بالتراضي البسيط وتكون الاسعار فيها اكبر من الاسعار المتداولة في السوق¹، ويمكن تبرير ذلك بان حالة الاستعجال التي تفرضها الحالة الوبائية قد يظهر معها ارتفاع في اسعار المتطلبات المرتبطة بالوقاية من انتشار الوباء ومكافحته، وهذا ما حدث فعلا خلال الاشهر الاولى من الوباء الذي سببه فيروس كورونا، و الذي تضاعف معه الطلب على بعض المنتجات² مما تسبب في ارتفاع اسعارها بشكل كبير جدا³، ولكن حتى نضمن الحفاظ على المال العام كان من المستحسن لو قيد المشرع المصلحة المتعاقده بان تتم المفاوضات في صفقات التراضي التي تبرمها لهذا الغرض على اساس الاسعار المتداولة في السوق وفي حاله تعذر ذلك تبرم صفقه ترفقها بمقرر معلل تبرز فيه سبب ارتفاع اسعار الصفقه ويعرض على هيئه الرقابه المختصة حتى تضمن عدم الافراط في استعمالها هذه الرخصه بما يضر الصالح العام .

وتم تحديد الحالات الحصرية لأسلوب التراضي البسيط في المادة 49 كما اشرنا سابقا، ومن بين الحالات التي ذكرتها المادة والتي يمكن ان تنطبق عليها الظروف الحالية المتميزة

¹ - رقية برياوي، اثار جائحة كورونا على اجراءات ابرام الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 3 خاص (2020)، 25-12-2020، ص 215

من اهم المواد التي ازداد الطلب عليها خلال فترة جائحة كورونا منتجات التعقيم، ومواد التنظيف، والاقنعة الواقية، والقفازات الطبية، وانواع المعينة من الادوية المرتبطة بعلاج المرض، وبعض المكملات الغذائية، والمواد الغذائية الواسعة الاستهلاك،² وغيرها من المواد .

³ يخضع السوق لقانون العرض والطلب

بمكافحة جائحة كوفيد -19 ، وعليه تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، حيث سنتناول الحالات المستعجلة (الفرع الاول) والحالات الاخرى (الفرع الثاني) :

الفرع الاول: الحالات المستعجلة .

اولا -حالة الاستعجال الملح و المعل :

جاء في الفقرة 2 من المادة 49 انه في حالة الاستعجال الملح والمعل بوجود خطر يهدد ملك أو استثمار المصلحة المتعاقدة أوالأمن العمومي، أو خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، وأنتدركه لا ينسجم مع المواعيد والإجراءات المقررة في المناقصات، نظرا لطول المواعيد في هذه الأخيرة، وتعقيد إجراءاتها، ولهذا يسمح للإدارة باللجوء لأسلوب التراضيالبسيط، بشرط انه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال ، وان لا تكون نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها، كما هو الحال بالنسبة لجائحة كوفيد -19،ويقع عبئ تبرير واثبات هذه الحالة على المصلحة المتعاقدة، عندكل رقابة تمارس على عملية ابرام الصفقة العمومية .

ثانيا-حالة تموين مستعجل ذي شروط خاصة: ورد النص على هذه الحالة في الفقرة الثالثة من المادة 49¹، يتضح من نص المادة أن هذه الحالة هي حالة خاصة ومختلفة عن سابقتها، لأنها تستوجب بعض الشروط الخاصة وتطبق في مجال محدد ودقيق، حيث نصت صفته الفقرة على: "... في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الاساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها..."² فهي تخص مجال في غاية الحساسية وهو مجال التموين، ويتعلق الأمر بمواد أو منتجات هي تخص مجال في غاية الحساسية وهو مجال

¹ - المادة 49 فقرة 3 "... في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها..."

² - المادة 49 من المرسوم الرئاسي ، 247/15 السابق ذكره

التموين، ويتعلق الأمر بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد وهو ما تم التعبير عنه "بتوفير حاجات أساسية للسكان فكأنما نحن أمام حالة ميدانية تتطلب من الإدارة السرعة، والاستعجال بغرض ضمان حسن التوزيع وحسن التموين لتوفير حاجة السكان، ومثال ذلك تموين السوق والصيدليات بالأدوية والأجهزة الكاشفة لمجابهة الوباء، ومثال ذلك ENAD chemica التي تزود المستشفيات بمواد التعقيم وكل ما يتبع ذلك من كمادات طبية، وقفازات طبية وغيرها .

ثالثا - حالة مشروع استعجالي ذي أولوية وأهمية وطنية:

تتاول المشرع هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 حيث نصت على: "...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 للمماثلة من طرفها، وفي هذه الحالة، 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 اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، ..."¹،

وعليه فإن المشرع في هذه الحالة أن يكون تنفيذ المشروع ذو طابع استعجالي حفاظا على المصلحة العمومية، ولضمان الحياد والشفافية يشترط ألا يكون للمصلحة المتعاقدة يد لإحداث هذه الحالة أو توقع حدوثها، ثم لا بد من الحصول على موافقة مجلس الوزراء إذا كانت قيمة الصفقة تتجاوز 10 ملايين دينار، وموافقة مجلس الحكومة إذا كان المبلغ أقل، ومثال ذلك بناء مستشفى في مناطق نائية ، او اضافة اقسام خاصة لعلاج المرضى بالكورونا وحجرهم على سبيل المثال .

¹ - لميز أمينة، مرجع سابق، ص 541.

الفرع الثاني: الحالات الاخرى.

اولا - حالة المتعامل المحكر الوحيد:

وردت أحكام هذه الحالة في المادة 01/49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ويتعلق الأمر بتواجد المصلحة المتعاقدة في وضعية تحتم عليها التعاقد مع متعامل اقتصادي يحتل وضعية إحتكارية في السوق، تكسبه مركز قوة من الناحية الاقتصادية¹.

والواضح أن الطابع الاحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي على اعتبار أن الخدمة لا يليها إلا مؤسسة احتكارية واحدة، وبالتالي لا داعي أن تلجأ الإدارة إلى الإعلان والخضوع لإجراءات الشكلية في حين أن هناك متعهد واحد يتوفر على القدرات الفنية التي تشترطها المصلحة، ومثال ذلك LINDE Gas حيث تعمل هذه الشركة بنشاط على المستوى الوطني مع 09 وحدات انتاج وتكييف للغازات الصناعية والطبية، وهي معززة بشبكة تضم اكثر من 50 تاجرا ووكلاء معتمدين منتشرين في جميع انحاء التراب الوطني لضمان تغطية السوق الوطنية، والتي لجأ تاليها المستشفيات في ظل الجائحة لتزويدها بالغازات الطبية اهمها الاوكسجين .

ثانيا - عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج

ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 5 من المادة 49 من خلال هذه الفقرة يتضح انه إذا تعلق الأمر بترقية الإنتاج والأداة الوطنية وفي حال توفر الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة المتمثلة في تحقيق الحد أو المبلغ المالي، وتمت الموافقة من الجهات المخول لها ذلك

¹- أنظر المادة 3 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، السابق ذكره.

المبينة أعلاه (في الحالة الرابعة) فإن المصلحة المتعاقدة تلجا مباشرة إلى إجراء التراضي وذلك أمن جل تمكنها من إبرام الصفقة في وقت قصير ويسير وهذه الحالة تشبه الحالة المذكورة في الفقرة 4 من نفس المادة والتي تشترط هي الأخرى الموافقة المسبقة بعد إعداد تقرير مفصل من طرف الوزير المعني وهذا راجع لأهمية هذا النوع من الصفقات وتعلقها بترقية الأداة الوطنية والمشاريع ذات الأهمية الوطنية.

يبرز الهدف واضحا من هذه الطريقة لأن الأمر يتعلق بعصرنة وتحسين وسائل الإنتاج داخل الجزائر من أجل الرفع من مستوى الأداء للمؤسسات الوطنية، وهذا فعلا ما حدث خلال هذه الجائحة ، حيث ظهرت عدة مصانع جزائرية والمشاريع المصغرة متخصصة في صناعة الكمادات الطبية والمعقمات على المستوى المحلي ، والذي تم تصديرها حتى الى الخارج ، اضافة الى تصنيع الادوية والمكملات الغذائية والفيتامينات من المخابر الصيدلانية الجزائرية .

ثالثا - حالة تنفيذ خدمة عمومية من قبل مؤسسة عمومية وطنية:

طبقا للفقرة 6 من المادة 49 فان للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقات وفقا لأسلوب التراضي مع مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذا وجد نص قانوني أو تنظيمي يخول لها حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو إذا سبق أن أنجزت هذه المؤسسات كل نشاطاتها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

ومن خلال استقراء المادة 49 من المرسوم 247/15 نجد أن المشرع قد حدد هذه الحالات على سبيل الحصر وذلك بذكره لكلمة "فقط" مما يدل على تأطير وتحديد هذه الحالات بدقة ووضوح، ومن ثم لا يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى طريق التراضي البسيط لإبرام الصفقات العمومية، وحرية اختيار المتعامل المتعاقد إلا في هذه الحالات لا غير.

إن اختيار التراضي البسيط دون التراضي بعد الاستشارة تفرضه حاله الاستعجال التي تفرضها جائحه كورونا، وذلك لوجود اجراءات شكلية محدده بموجب التنظيم للقيام بهذا النوع من الاستشارة¹ بما يجعل هذا النوع من التراضي لا يستجيب لحالة الاستعجال التي يفرضها الوباء .

وحتى تدخل الصفقة حيز التنفيذ تخضع للرقابة التي تمارسها اللجان المختلفه للرقابه،وفي هذا الاطار اوجب المشرع اعطاء هذا النوع من الصفقات اولويه وعنايه خاصه بسبب طابعها الاستعجالي، وحتى لا تشكل هذه الهيئات وسيله لتاخير بدايه تنفيذ الصفقه المعجل بها للوقايه من فيروس كورونا وهذا ما حددته الماده الثامن من نفس المرسوم الرئاسي رقم 20- 236 الذي جاء نصها كما يلي: " يجب على هيئات الرقابه القبليه اعطاء اولويه وعنايه خاصتين في معالجه الملفات المعجل بها في اطار الوقايه من انتشاروباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته " .

المطلب الثاني: الاجراءات المكيفة لابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط

في اطار وباء كورونا

نصت المادة 11 من المرسوم الرئاسي 20-237، على ضرورة تطبيق احكام قانون الصفقات العمومية 15-247 التي لا تتعارض مع هذا المرسوم الذي حاول ايجاد تدابير استثنائية مكيفة لاجراءات ابرام الصفقات العمومية في ظل جائحة كورونا (كوفيد-19)، وعليه تطبق اجراءات ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط الذي اجازت اللجوء اليه المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 في اطار الوقاية من انتشار وباء كورونا، التي نص عليها المرسوم الرئاسي 15-247

¹ المادة 52 فقرة 05، من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر

ان كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية لم تتضمن اي مادة تبين الاجراءات التي يجب على المصلحة المتعاقدة اتباعها عند اعتمادها لاسلوب التراضي البسيط، عدا بعض الاجراءات الالزامية المتمثلة اساسا في الحصول على رخصة بالتعاقد من الجهات المخولة قانونا بالنسبة لبعض الصفقات والمذكورة على سبيل الحصر، عندما تصل قيمة الصفقة مبلغ معين، فيما عدا ذلك لا يوجد اي الزام صريح باي اجراء اخر، غير انه من خلال الاراء الفقهية واقتراحات الباحثين والخبراء وكذا الممارسات التطبيقية نجد ان الإدارة قد دأبت على اتباع ثلاثة مراحل اساسية تتمثل في دعوى المتعاملين (الفرع الاول)الذين ترغب في التعاقد معهم اولاً، ثم في مرحلة ثانية،تناقش وتتفاوض معهم من اجل الحصول على احسن عرض (الفرع الثاني)، وفي المرحلة الاخيرة تقوم بالتعاقد مع من ارتات انه الاقدر على تنفيذ الصفقة (الفرع الثالث)، هذا بالاضافة إلى مرحلة استصدار الرخصة والتي لا تعني الا نوعين من الصفقات.¹

الفرع الاول: مرحلة استصدار الرخصة

تعد هته المرحلة من القيود التي ترد على حرية المصلحة المتعاقدة لما لهذه الصفقات من اهمية ولما يترتب عنها من اثار هامة تتعلق بموارد رئيسية في الدولة او بالمصالح العليا والامن القومي للبلاد، ويترتب البطلان المطلق للعقد المبرم في حالة عدم الحصول على الرخصة.²

وتكون في حالة مشروع ذي اولوية واهمية وطنية يكتسي طبعاً استعجاليا، او في حالة تعلق الأمر بترقية الانتاج او الاداة الوطنية للانتاج، وهي الحالات المنصوص عليها في المطتين

¹ - رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الاداري، كلية الحقوق، عين شمس، دون سنة ، ص 6.

² - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 7.

الرابعة والخامسة من المادة 49¹، لذلك فان المصلحة المتعاقدة وقبل الشروع في دعوة اي متعامل للتعاقد يجب ان تحصل على رخصة بالتعاقد من الجهات المختصة حسب مبلغ الصفقة.

الفرع الثاني: مرحلة الدعوة إلى التعاقد

رغم ان اسلوب التعاقد بالتراضي البسيط لم يضبط له تقنين الصفقات العمومية الاخير² اجراءات محددة وهو ما يمنح المصلحة المتعاقدة حرية اكبر مقارنة بالتراضي بعد الاستشارة، غير انه فيما يخص حالات الاحتكار والحق الحصري وفي تقديم الخدمة العمومية، فان المصلحة المتعاقدة تكون مضطرة للجوء مباشرة إلى المتعامل المتعاقد الوحيد، ولا يبقى امامها الا امكانية التفاوض والمساومة حول بنود العقد والسعر، اما الحالات الاخرى فلا يمكنها اعمال هذا الاسلوب الا بدعوة المتعاملين لتقديم عروض بغية التعاقد معها وذلك استنادا إلى انها ملزمة بالبحث عن عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية حسب نص المادة 50 من القانون.³

ويتم مراسلة هؤلاء باي وسيلة اتصال ابتداء من من البطاقة التقنية التي تملكها المصلحة المتعاقدة التي تقوم بتحيينها دوريا، او من خلال المتعهدي الذين تعاقدت معهم من قبل ولها دراية بقدراتهم.

فتقوم المصلحة المتعاقدة بتوجيه الدعوة إلى من تراه قادرا على انجاز العملية التي تريد تنفيذها بارسال خطاب له يشمل العناصر الاساسية للتعاقد، بواسطة استدعاء كتابي او

¹ - المادة 49 المطة 4 و 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر .

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، السابق ذكره .

³ - المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر .

شفهيا عن طريق الاتصال مباشرة بالمتعامل الذي سبق وان تعاملت معه او المسجلين لديها في البطاقة التقنية.¹

اما بالنسبة للاستدعاء فهي حرة في استعمال اي وسيلة للتواصل قصد ابلاغ المتعهدين من الحضور وتقديم تعهدات،ومن ثم تحدد تاريخ للتفاوض وهو ما سنتطرق اليه في المرحلة الموالية.

كما ان المصلحة المتعاقدة تضع اعتبارات الامانة والثقة اهتمامها الاول،وتعقد العقد على هذا الاساس مع الشخص الذي تختاره بالذات، فمن مصلحتها ان تتعاقد مع المتعامل القادر على التنفيذ اي الذي يملك راس مال اللازم لتنفيذ المشروع،وليس المتعامل الذي تشك في قدرته على انجاز موضوع الصفقة المزمع ابرامها.²

حيث تجدر الاشارة لانه على المصلحة المتعاقدة الاخذ بعين الاعتبار:

_ اعطاء اهمية إلى المنتج المحلي او الوطني.³

_ رفض العرض المقبول اذا ثبت ان ممارسات المتعهد المعني قد تؤدي إلى الهيمنة على السوق مما يسبب اختلال المنافسة في القطاع المعني

_ رفض العرض اذا كان السعر منخفض بشكل غير عادي ولم يقدم المعني مبرر مقبولا⁴،وهنا يمكن اللجوء للاسعار المتداولة في السوق او اكثر نظرا لانتشار الوباء .

¹ -Brahim Boulifa, Marchés Publics, vol1, Berti edition, Alge, p60.

² - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 84.

³ - المادة 83 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247السبق ذكره.

⁴ - المادة 72 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره.

الفرع الثالث: مرحلة التفاوض

يعتبر التفاوض أهم ميزة لاسلوب التراضي باعتبار ان القاعدة العامة في ابرام الصفقات العمومية يحضر فيها التفاوض¹، وهذه المرحلة اساسية لا يمكن التغاضي عنها لانها هي الي تفرز لنا العرض الذي يستجيب لمتطلبات المصلحة المتعاقدة والعارض الذي سينفذ الصفقة، لذلك يجب ان تحاط بجميع الضمانات التي تجعلها كفيلة بتحقيق اهداف المصلحة المتعاقدة من جهة والمتمثلة في تحقيق نجاعة الطلب العمومي وترشيد النفقات العامة، ومن جهة ثانية تحقيق اهداف المتعامل المتعاقد من خلال الظفر بالصفقة وتحقيق المكاسب المادية، اضافة إلى مكاسب تضاف إلى سجله تتمثل اساسا في الخبرة التي يكتسبها من تنفيذ موضوع الصفقة.

ويتفق الجميع على اهمية مرحلة التفاوض في حالة ابرام العقود باسلوب التراضي، فنجد مثلا مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 10/03/1943 في قضية Danto² Sieur² اين اعتبر المشاورات احدى المراحل التي يمر بها التعاقد باسلوب التراضي.³

اولا - تعريف التفاوض:

وهو امكانية مناقشة مصالح مشتركة بين طرفين أو عدة اطراف بغرض الاتفاق المرجح، وهو الية مطبقة في الطلبات العمومية ويمثل أداة عمل فعالة تسمح بتوافق مصالح متعارضة بالوصول الكلي أو الجزئي لأهداف المتعامل او المصلحة المتعاقدة.¹

¹ - المادة 01/40 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكره.

² - حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 10/03/1943 في قضية sieur danto نقلا عن عائشة خلدون، أساليب التعاقد الاداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 01، 2016/2015. مرجع سابق، ص 315

³ - نادية ثياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وز، الجزائر 2013.

كذلك يعرف بأنه اجراء تقوم به المصلحة مع الطرف الذي يرغب في التعاقد من اجل الأعداد لإبرام العقد او من اجل تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد او تفيذه²، دون المساس بمحتوى الصفقة ومعالمها الاساسية المضمنة في دفتر الشروط الخاص بها.

ان عملية التعاقد الفعالة والناجحة هي التي تبحث ملاءمة ومطابقة عرض المتعامل المتعاقد لاحتياجات المصلحة المتعاقدة، فيجب ان تسمح المفاوضات للمصلحة المتعاقدة بتحديد العرض الذي يقدم احسن توافق بين السعر والجودة.³

يلاحظ ان التفاوض في التراضي يؤدي إلى تحديد من سيظفر بالصفقة على عكس التفاوض في بعض اشكال العروض التي يتم بعد تحديد الفائز والهدف منه التحسين من العرض دون المساس بعناصر المنافسة.

ثانيا :المبادئ التي يجب احترامها عند التفاوض

تم النص على التفاوض في التراضي البسيط صراحة في المادة 450⁴ ، وهو ما لم يرد ذكره في القوانين السابقة بصريح النص، ويجب ان تتم المفاوضات في ظل احترام مبادئ الطلب العمومي مثلما هو منصوص عليه في المادة 52⁵ في فقرتها السادسة، وبالتالي فلا

¹ -association des acheteurs publics, guide de la négociation dans la procédure adaptée, guide rédigé par les membres experts de L'AAP 1 décembre 2017, p08

² - محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 36.

³ -BADRIN adeline, le négociation: un outil adapté aux collectivités locales, institut études politiques de lyon, mémoire DESS management de secteur public, collectivités et partenaires (M.S.P.C.I) 2003/2004, P 57.

⁴ - المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، السابق الذكر.

⁵ - المادة 52 الفقرة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر.

يمكن التغيير الجوهرى في خصائص او شروط تنفيذ الصفقة عما هي عليه في دفتر الشروط ومن اهم هذه المبادئ :

أ- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين : يتعلق هذا المبدأ بكل الصفقات مهما كانت طريقة الابرار، فلا يكمن للمصلحة المتعاقدة ان تتعسف وان تميل لمتعامل دون الاخر بل لها فقط التركيز على تحقيق المصلحة العامة هذا الهدف الذي يستوجب المساواة في معاملة المترشحين

ب- مبدأ عدم المساس بالعرض: الذي يعني عدم المساس بجوهر العرض وعدم تغيير الميزات الاساسية لدفتر الشروط .

ج- مبدأ سرية العروض : ومن خلاله تلتزم المصلحة المتعاقدة بعدم التصريح واعلام المرشحين بمعلومات تؤدي إلى كشف عروض المرشحين الآخرين، كما ان هذه المعلومات محمية بالسرا الصناعي والتجاري¹.

د- مبدأ الشفافية وتتبع الاجراءات: تلزم المصلحة المتعاقدة باعلام المترشحين عند اللجوء إلى التفاوض بالشروط التي تنظمه كشكل التفاوض (مقابلة، تبادل الاقتراحات كتابيا)، وكذا مدة التفاوض

الفرع الرابع: مرحلة التعاقد

تعتبر مرحلة ابرام العقد او التعاقد اقرار شروطه والتوقيع عليه وهو ما يعني اعلان الموافقة على التعاقد²، والمعبر عنه في الصفقات العمومية بمنح الصفقة، هذه العملية تلي مباشرة مرحلة التفاوض التي تتوج بالحصول على انسب عرض، والذي يستجيب لاحتياجات المصلحة المتعاقدة الواردة في دفتر الشروط، فتقوم المصلحة المتعاقدة باسناد الصفقة مباشرة للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد.

¹ -www.aapasso.fr, Association des acheteurs publics, guide de la négociation dans la procédure adaptée, guide rédigé par les membres experts de l'AAP 1edécembre 2017., p16

² - محمد عاطف البنا، العقود الادارية، طبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 120.

تجدر الاشارة إلى ان المصلحة المتعاقدة حتى وان كان لها السلطة التقديرية في اختيار المتعامل المتعاقد فهي ملزمة ان تضع نصب اعينها المصلحة العامة وان تعمل من اجلها، خاصة وان القانون يفرض عليها تبرير اختيارها عند كل رقابة تمارس عليها، لذلك وجب عليها التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، من خلال مراعاة المراحل الضرورية للوصول للاختيار السليم و الصحيح للمتعامل المتعاقد وتحصين المصالح المتعاقدة من الفساد والمفسدين.¹

ان غياب اجراءات اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة بصورة واضحة، حقيقة يؤدي إلى احتمال اختيار المتعامل المتعاقد بناء على اسس ذاتية واعتبارات شخصية ويفتح باب التحايل والتلاعب في عملية التعاقد، لكن فرض المشرع خضوع كل اجراء إلى مختلف الرقابات الممارسة على المصلحة المتعاقدة يعد حدا لحرية الإدارة وقمعا لها من كل تعسف محتمل.²

وتجدر الاشارة الى انه نصت المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 على ان هيئات الرقابة ملزمة باعطاء الاولوية والعناية اللازمه لمعالجة الملفات المعجل بها في اطار الوقايه من انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، وهذا بغرض تسهيل مهمه الادارات والمؤسسات العموميه في مجال ابرام الصفقات العموميه واداره التعامل معها بصفه سلسة وسريعه .

هذه الاولوية والعناية الخاصة التي اوليت بها الصفقات العموميه المبرمه في اطار الوقايه من انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19)، يندرج في اطار الاجراءات الخاصه الجديده التي اتى بها المرسوم الرئاسي 20-237، فتم الزام هيئات الرقابه القبليه بالمعالجه السريعه

¹ - نادية ثياب، مرجع سابق، ص 104.

² - إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2009، ص 24.

لهذه الملفات نظرا لطابعه الاستعجالي من جهة، ومن جهة اخرى سعيها الى تلبية الطلبات العمومية في ظل هذه الظروف الاستثنائية التي تعرفها الجزائر والعالم معا¹.

¹ - مسيكة محمد الصغير، رياض بركات، التدابير الخاصة المكيفة لاجراءات ابرام الصفقات العمومية في ظل جائحة (كوفيد-19) -قراءة في المرسوم الرئاسي رقم: 20-237 المؤرخ في 2021/08/31، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 03 خاص 2020، ص 202/201

المبحث الثاني: تكريس مبداي المنافسة والشفافية في الاجراءات المكيفة لابرام الصفقات العمومية في اطار وباء كورونا عن طريق التراضي البسيط

انطلاقا من الارتباط الوثيق بين الصفقات العمومية والمال العام ،فان حماية حقوق المتعاملين الاقتصاديين من جهة وحرصا على المال العام من جهة ثانية لا يكون الا بتكريس مبادئ تضمن حقوق المتعاملين الاقتصاديين من مبداء حرية المنافسة والذي بدوره يقتضي حتما اخضاع عملية ابرام الصفقات العمومية لمجموعة من المبادئ القانونية المعبر عنها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 ،غير ان الظروف الاستثنائية التي جاءت نتيجة وباء كورونا ،تفرض التعاقد دون مراعاة ذلك ، وبناءا على ذلك تم تقسيم المبحث الى مطلبين، تناولنا في (المطلب الاول) تحديد مبداي المنافسة والشفافية في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط في اطار وباء كورونا ،و تطبيقات هذه المبادئ في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط (المطلب الثاني).

المطلب الاول: تحديد مبداي المنافسة والشفافية في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط في اطار وباء كورونا.

لدراسة هذا المطلب ، لا بد من التطرق لتعريف مبداء المنافسة (الفرع الاول) ، ثم التعريف بمبداء الشفافية (الفرع الثاني):

الفرع الاول: التعريف بمبداء المنافسة

تعد المنافسة محركا ودافعا أساسيا مهما للمؤسسات وللأشخاص على حد سواء نحو التقدم والنمو، ولإدراك اعمق وفهم اوسع لهذا المبداء سنحاول تفكيكه قانونا بالمرور عبر المعنى اللغوي للمصطلح، فقد عرف ابن منظور المنافس بقوله: ونفست عليه الشيء انفسه نفاسة اذا ضننت به ولم تحب ان يصل اليه، ونفس عليه بالشيء نفسا، بتحريك الفاء ونفاسة ونفاسية الاخيرة نادرة: ضن ومال نفيس: مضمون به ونفس عليه بالشيء، بالكسر: ضن به ولم يره يستاهله، وكذلك نفسه عليه ونافسه فيه، وفي الحديث " : اخشى ان تبسط الدنيا عليكم

كما بسطت على من كان قبلكم فتتافسوها كما تتافسوها"¹، وقال الفيروز ابادي: ونافس فيه: رغب على وجه المباراة في الكرم، كتتافس²، وتطلق المنافسة على المبادرة والمسابقة من غير ترتيب اذى او ضرر

وبالتالي نخلص الى ان معنى المنافسة في اللغة يقوم على الرغبة في الشيء، والتسابق والفعالية دون حصول الضرر وهي بذلك تقوم على تعدد اطرافها بسعيهم الحثيث وبذل الجهد للتفوق فهي عماد المبادرة الحرة

اولا: التعريف التشريعي والفقهي لمبدأ المنافسة

1- التعريف التشريعي: رجوعا الى مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالنشاط الاقتصادي او غيره فاننا نجد ان المشرع الجزائري اغفل وضع تعريف محدد ودقيق لمصطلح المنافسة وهو حال اغلب التشريعات اذ نادرا ما عرف المصطلح بعيدا عن ارتباطه بالحرية او النزاهة او المشروعية، ومن هذه التعريفات النادرة ما ذهب له المشرع العراقي في قانون المنافسة ومنع الاحتكار والذي يعتبر التشريع العربي الوحيد الذي عرف المنافسة في متن القانون 14-2010 (باقي التشريعات العربية حددت صور وحالات الاخلال بالمنافسة) حيث عرفها في الفقرة الاولى من المادة الاولى منه بقولها " المنافسة هي الجهور المبذولة في سبيل التفوق الاقتصادي"³، ويتضح من هذا التعريف الارتباط الوثيق بالمنافسة بالنشاط والعمل الاقتصادي، وهو بذلك يتماشى مع التعريف القائل بان المنافسة هي عملية التنافس الاقتصادي بين عدة مؤسسات ومزاحمتها بالسلع والخدمات بهدف اشباع حاجيات متشابهة مع تقارب الحظوظ في الكسب او الخسارة، وعرف مجلس الدولة الفرنسي المنافسة:

¹ - ابن منظور لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، (ن ف س) الجزء 14، ص 322

² - الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ضبطه ووثقه: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان

³ - زيار محمد، ماهية المنافسة في الجزائر، وتيوريسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر

« la concurrence est le mode d'organisation sociale dans lequel l'initiation décentralisée des agents économique est de nature à assurer la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources rares de la collectivité »

بما معناه طريقة للتنظيم الاجتماعي حيث تؤدي بمبادرة الاعوان الاقتصاديين غير المركزة الى ضمان الفعالية المثلى في التخصيص للموارد النادرة.

2- التعريف الفقهي: اختلفت تعاريف فقهاء القانون للمنافسة على خلاف التشريع حيث تعددت وصبت كلها في كون المنافسة ظاهرة انسانية عموما وتجارية على وجه الخصوص، تعني السعي لتقديم الافضل من قبل الاخرين، وذلك عن طريق مزاحمة المشاريع بعضها بعضا، بحثا عن التفوق وسعيا لتحقيقه، فلا يتصور وجود الربح الاقتصادي دون وجود منافسة مع الطرف الاخر الذي يطمح الى تحقيق نفس الهدف والغاية، فكل متعامل اقتصادي يجب ان يكون له دورا مهما مهما كانت قوته او ضعفه¹، وايضا المنافسة هي تعبير عن الحرية يقرها القانون نحو التسابق والتنافس على كسب الزبائن والعملاء ، اذا ومن خلال ما سبق يفهم ان المنافسة هي السعي لتقديم الافضل وهي وان كانت تقوم على تنافس المتعاملين الاقتصاديين بغرض جذب الزبائن بافضل سعر واحسن جودة لتحقيق اكبر ربح

- فإن هذه الغاية لا يتأتى تحقيقها الا بضمان النزاهة والحرية في المنافسة فهما جوهر المنافسة وعماد قوامها، وفي نطاق الصفقات العمومية فان حرية المنافسة تعني حرية الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الادارة وفق الحدود التي يرسمها القانون وذلك من خلال فتح باب التزام الشريف امام كل من يود الاشتراك في المناقصة، فالمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي ان يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز اعطاء ميزة لاحدهم ما لم

¹ - زيبر ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، جامعة مولودمعمري، تيزي وزو، 2011، ص 10

تعطى لاقترانه او على حسابهم ،وفي سياق الصفقات العمومية ايضا يمكن تعريف المنافسة بانها فتح المجال امام الاشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط للتقدم بعروضهم امام احدى الهيئات المؤهلة قانونا قصد ابرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقا، بمعنى ان تقف الدولة ممثلة في المصلحة المتعاقدة الذي هو المرفق العام موقف الحياد ازاء المتنافسين، وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعداها، وقد جاء هذا الامر تأكيدا على الحرية التجارية التنافسية الحرة التي اوضحت ذات قيمة دستورية¹.

ثانيا: علاقة مبدأ المنافسة بمبدأ المساواة وحق تقديم العطاءات

نظرا لاهمية الصفقات العمومية في كونها الية لانفاق المال العام بالنسبة للادارة العامة سواء من حيث الجوانب الاجرائية المتعلقة بالاعداد والابرام او الجوانب والاطر المنظمة لمرحلة التنفيذ، بالنظر لذلك تم الحرص على ضرورة احترام مبدأ المنافسة كعامل اساسي لضمان استغلال المال العام على احسن وجه مع ضمان النجاعة والفعالية في الاداء المالي للمصلحة المتعاقدة، هذا من خلال جملة الاسس التي نصت عليها المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247²، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب ان تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الاجراءات، ضمن احترام احكام هذا المرسوم " وتقابلها المادة 09 من قانون مكافحة الفساد .

¹نادية تياب،تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام، مداخلة في ملتقى علمي،كلية الحقوق،جامعة المدينة،20ماي 2013، ص04.

²- المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 16 سبتمبر 2015

وعليه فان الاستغلال الجيد للاموال العمومية مع شفافية الاجراءات وكذلك حرية الوصول للطلب العمومي، هذه المبادئ المستوحاة من الاهداف العالمية والتي تتعلق بحقوق المواطنة والانسان والمساواة في الفرص، ولعل من اهم الوثائق التي اكدت عليها اتفاقية روما المؤرخة في 25 مارس 1957¹ التي استندت لسياسة مشتركة بين الدول الاعضاء في المجموعة الأوروبية تهدف لعدم الاخلال بالمنافسة في السوق المشتركة لاسيما ضمان سير جيد للموال العامة، وتحقيق منافسة فعالة بين المرشحين في عقود الدولة وعليه سنتطرق لعلاقة مبدا المنافسة بمبدا المساواة التي اقرها المرسوم في المادة السالفة الذكر

1/الحق في المساواة:

تقوم المساواة من حيث المبدأ على ضمان حق كل من يستوفي الشروط المطلوبة قانونا في تقديم العروض او في دراستها وفقا لنفس الاجراءات والاشكال موازاتا لما نص عليه القانون دون اي تمييز من طرف المصلحة المتعاقدة والتي يجب عليها حفظ حق جميع المتعاهدين في معاملة متساوية فيها يخص الشروط والمواعيد والاجراءات المقررة، او هي ان يعامل جميع المتنافسين معاملة متساوية فعلا وقانونا، كما عرفها الدكتور الجبوري محمود خلف بقوله ان مبدا المساواة حق دستوري ويقصد بهذا المبدأ ان كل الاشخاص يجب ان تتم معاملتهم بنفس الطريقة دون اي تمييز، بحيث لا يتم اعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الاخر، او اضافة شروط او حذفها او تعديلها بالنسبة للبعض الاخر، والحكمة من تطبيق هذا المبدأ بين المتنافسين هي ضمان الصلاحية و الكفاءة وهذا ما

¹ اتفقيه روما هي معاهده تم بموجبها تاسيس المجموعه الاورويه الاقصاديه الاولى، حيث تبنت مبادره انشاء سوق اورويه مشتركه لتتطور لاحقا لما يسمى حاليا بالاتحاد الاوروبي، وعقدت الاتفاقية في هضبه كابيتولين بالعاصمه الايطاليه روما، حيث وقعت عليها 6 دول اورويه هي(فرنسا والمانيا وايطاليا وبلجيكا وهولندا ولوكسومبورغ)، وبدا سريانها ابتداء من تاريخ 01 يناير 1958

يهدف الى تحقيق المصلحة العامة واطفاء الشفافية على الصفقة¹، ولضمان نزاهة المنافسة لا بد من تحقيق المساواة بين المتنافسين من خلال الافصاح عن شروط واجراءات الترشيح لكافة الراغبين في التعاقد بالاعداد المسبق لدفتر الشروط و تضمينه كافة المعلومات والشروط المطلوبة في المتنافسين ومعايير اختيار المتعامل المتعاقد، حيث يتم اعلان كل ذلك مسبقا بالوسائل المحددة قانونا وفقا للاجال المنصوص عليها وبشكل يضمن اطلاع المترشحين على نفس المعلومة وفي نفس المساحة الزمنية، بمعنى ان لكل من يملك قانونا ان يتقدم الى الصفقة العمومية، الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع المتنافسين، وليس للادارة ان تقيم اي تمييز غير مشروع بينهم²، وعليه ان كان جوهر المنافسة هو الحرية، فان نجاح ممارسة هذه الحرية يتوقف على حد كبير على مبدأ المساواة، فحتى يمكن ممارسة المنافسة بحرية، فانه يجب ان يكون مختلف القائمين بالنشاط الاقتصادي على قدم المساواة، وان لا يكون احدهم متميزا اكثر من غيره للتدخل في السوق.

2/ حق تقديم العطاءات:

هو مبدأ يقوم على حماية حق جميع المتنافسين ممن تتوفر فيهم الاهلية اللازمة والمزاويلين للنشاط موضوع الصفقة بتقديم ملفاتهم، ويقصد به ايضا فتح مجال المشاركة او المنافسة للعارضين ومنح الفرصة لكل من توفرت فيه شروط المشاركة حسب الاعلان المنشور وبالشروط والكيفية الواردة ايضا في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة من اجل تقديم عروضهم وترشيحاتهم امام المصلحة المتعاقدة، وحق تقديم العطاءات ليس حقا مطلقا ولا حقا مكفولا للجميع بل هو حق مرتبط بمدى توفر شروط محددة من طرف المصلحة المتعاقدة والمفصلة بموجب دفتر شروط والمعلن عنها اختصارا في الاعلان، فمتى توفرت الشروط القانونية والتنظيمية ترتب حق المشاركة ولا يتسنى ذلك بطبيعة الحال الا من خلال استيفاء كافة

¹ محمد خلف الجبوري، العقود الادارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010، 63

² سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص 237

اجراءات الاشهار بالنسبة للجهة المتعاقدة بما يعني دعوة المتنافسين المزاولين لنشاط ما وفقا لشروط معينة لتقديم عروضهم، وهنا تجدر الاشارة الى خاصية مهمة اكدها المشرع الجزائري من خلال المادتين 62 و 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 حين عرضه للبيانات الواجب ادراجها في اعلان طلب العروض وهي السرية، فاذا كان المشرع الجزائري قد اعطى للادارة حرية ابرام الصفقات العمومية باعترافه لها بالشخصية الاعتبارية الا انه من جهة اخرى قد قيدها بضرورة الالتزام بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، حيث يشتمل الاعلان عن طلب العروض مواصفات وشروط تضعها الادارة تتمثل خاصة في تقديم عطاءات من طرف المتنافسين الراغبين في التعاقد معها بحيث يشترط في هذه العطاءات تطبيق مبدأ السرية الذي يتحقق عن طريق وضع جميع العطاءات من قبل المتنافسين في مظاريف مغلقة بحيث يضل مضمونها مجهولا بالنسبة للمتنافسين والادارة الى حين عملية فتح هذه المظاريف من قبل لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض¹، وعليه ان كان حق تقديم العطاءات وحرية الوصول للطلب العمومي يمثل جانبا من جوانب حماية مبدأ المنافسة فية لحقوق المتنافسين في وجه اي محاولة للاستبعاد من ميدان المنافسة او اي عملية اتقاق او تحايل جانبي أو عرضي.

ثالثا: الأساس القانوني لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية:

حرص المشرع على تفعيل روح المنافسة الشريفة في مختلف مستويات التشريع (الدستور، قانون الصفقات العمومية، قانون المنافسة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته)

1- الدستور كاساس لمبدأ المنافسة:

¹ عائشة خلدون، اليات تعاقد الادارة في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، اطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الجزائر، 2016/2015، ص 106.

اختلفت الدساتير الجزائرية واختلف مضمونها واحكامها من مرحلة الى اخرى بالنظر لجملة الظروف السياسية والاقتصادية التي عرفتھا كل فترة، فغداة استقلال الجزائر انتهجت الدولة النهج الاشتراكي في اول دستور لها لسنة 1963 والذي لم يعمر طويلا حيث نصت المادة 10 من الدستور على: "تتمثل الاهداف الاساسية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في... تشييد ديمقراطية اشتراكية..."¹.

وهو ما كرسته التعديلات اللاحقة للدساتير تعديل سنة 1976 و سنة 1988، حيث هيمنت الدولة من خلال هذا النهج على جميع اوجه النشاط الاقتصادي، بل واعتبر مبدء المنافسة مبدءا مخالفا لاحكام السيادة الوطنية، الى غاية التكريس الدستوري بعد صدور دستور سنة 1996 المعدل حيث جاء في المادة 37 منه: " حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في اطار القانون"².

ونظرا للارتباط الوثيق للمنافسة من جهة وحرية التجارة والصناعة من جهة اخرى، لا يتحقق الاعتراف بحرية النشاط التجاري و الصناعي ما لم يضمن حق القيام بهذا النشاط في نظام تسوده المزاومة والتنافس، والمنافسة الحرة تقتض ان يلعب كل متنافس دوره دون اي عوائق او حواجز³، مع فتح مجال واسع امام الاشخاص لممارسة اي نشاط اقتصادي يرون فيه اي مصلحة لهم، وهو ما يفرض على الدولة واجب عدم التدخل لمزاومة الخواص الا في حدود ضيقة و في الحدود الدنيا، وهوكل مايشكل الوجه الاخر للمنافسة،

¹ المادة 10 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1963، الجريدة الرسمية عدد 64، الصادرة في 10 سبتمبر 1963

² المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن اصدار نص تعديل الدستور،

الجريدة الرسمية عدد 76، الصادرة في 08 ديسمبر 1996

³ محمد الشريف كنو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة تيزي

وزو، 2005، ص33

والى جانب المادة 37 التي عبرت بوضوح عن نية المشرع قي تبني مبدا المنافسة وضمن حريتها، فهناك مواد اخرى¹، في نفس الدستور نستشف منها الرغبة في تجسيد هذا المبدأ، والملاحظ انه تم الحفاظ على نفس هته القواعد في التعديلات الدستورية لسنة 2002 و سنة 2010، ومع صدور تعديل سنة 2016 نجد لأول مرة التأسيس الواضح والصريح بعد تفحص مواد الفصل الرابع المعنون ب (الحقوق والحريات) من خلال نص المادة منه 43: " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في اطار القانون

تعمل الدولة على تحسين مناخ الاعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلكين، يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة"²، كما نجد نصوص اخرى داعمة 23/24/25/34 من خلال مختلف مواد الدستور، والتي في معرض نصها حول ضمان المساواة في الحقوق والواجبات بالنسبة للمواطنين والمواطنات فانها شكلت ضمانا لازاحة العقبات التي قد تحول دون المشاركة الفعلية في الحياة الاقتصادية، وهو ما حافظت عليه نفس المادة من خلال التعديل الدستوري لسنة 2020 .

2 - قانون الصفقات كاساس لمبدا المنافسة

حرص المشرع الجزائري على تجسيد فكرة المنافسة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية، قصد دفع المتعاقد الى توفير افضل النوعيات وياقل الاثمان، واتاحة الفرصة امام الادارة لتلبية احتياجاتها من بين العروض المقدمة، وقد ظهر ذلك في كل التعديلات التي مستها ابتداءا من اول قانون متعلق بالصفقات وصولا المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن

¹ المواد 21 و 23 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1963

² المادة 43 من القانون رقم 16-01،

تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، الذي ابقى على ما جاء به المرسوم الرئاسي 10-236 فيما يتعلق بضمان حرية المنافسة، والذي بدوره اكد على ضرورة توفير الضمانات اللازمة لتكريس مبدأ حرية المنافسة، وذلك بادراج احكام جديدة مستوحاة من قانون المنافسة الذي هو في الاصل قانون خاص بالنشاط الاقتصادي¹، حيث كرست المبادئ العامة للصفقات العمومية بشكل واضح وصريح من خلال نص المادة 03 والتي جاء فيها: "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب ان تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول الى الطلبات العمومية معاملة المترشحين وشفافية الاجراءات ضمن احترام احكام هذا المرسوم "

اسس المرسوم الرئاسي 15-247 لاعتبار طلب العروض كقاعدة عامة، وجعل من التراضي الاستثناء ومن خلال الاجراءات والمراحل وحتى اشكال كل طريقة يتحدد مدى تجسيد حرية المنافسة في مجال الصفقات.

3- قانون الوقاية من الفساد ومكافحته كاساس لمبدأ المنافسة:

تعتبر افة الفساد من اكثر الظواهر السلبية التي تمس الاقتصاد، حيث انتشرت مظاهر الفساد المالي والاداري ما ادى بالمنظمات الدولية المختصة والمعنية ومن خلالها الحكومات لدق ناقوس الخطر، وعليه صدر القانون 06-01 في 20 فيفري 2006 والذي اسس لتجريم كافة مظاهر الفساد، ونظرا للارتباط الوطيد بين المال العام والفساد لم يغفل المشرع الجزائري عن ما يمكن ان يلحق الصفقات العمومية من ضرر، لذا اقر هذا القانون جملة من التدابير شكلت اسسا وقواعد متينة تكفل الحماية اللازمة لتسيير الاموال العمومية وفقا لمبادئ الشفافية والمنافسة النزيفة والتي خصها المشرع بعدة مواد حيث جاء في نص المادة 09 منه: " يجب ان تؤسس الاجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد

¹ محمد الشريف كنو، مرجع سابق، ص 74

الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية¹، ومن بين مظاهر الفساد الي تعصف بمبدا المنافسة في الصفقات العمومية تظهر جليا الانحرافات الاجرامية التي يقوم بها الموظف العمومي بمناسبة تحضيره او ابرامه صفقة ما، حيث لا يمكن الحديث عن مظاهر الفساد في الصفقات العمومية دون المرور عبر بوابة الموظف العمومي الذي يعد الفاعل المتفرد في ارتكاب جرائم الفساد الاداري، التي اصبحت تشكل خطرا داهما يهدد النشاط الاقتصادي حقوقا وخدمات، وبالرجوع الى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فقد تم تصنيف الجرائم الماسة بالصفقات الى عدة صور منها جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والذي نصت عليه المادة 26 الفقرة رقم 1 من القانون رقم 06-01، وكذلك جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية والتي نصت عليها المادة 27 من القانون السالف الذكر، وايضا جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية والتي نصت عليها المادة 35 منه².

4- قانون المنافسة كاساس لمبدا المنافسة:

¹ المادة 09 من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 08 مارس 2006 المتمم
² انظر المواد 27/26 و 23 من نفس القانون

يعرف قانون المنافسة على انه " مجموعة من القواعد التي تحكم وتنظم عملية التنافس بين الاعوان الاقتصاديين في عملية التنافس بين الاعوان الاقتصاديين في عملية البحث والاحتفاظ بالعملاء او الزبائن"¹،

وعليه ولازالة اي غموض محتمل حول اخضاع عملية ابرام الصفقات العمومية لم بدا المنافسة من خلال قواعد قانون المنافسة صدر القانون رقم 08-12، حيث نصت- الفقرة 02 من المادة 02 " تطبق احكام هذا الامر على ماياتي: الصفقات العمومية بدءا من نشر الاعلان عن المناقصة الى غاية المنح النهائي للصفقة"²، حيث سعى هذا القانون لخلق جملة من القواعد والاسس التي تهدف بالاساس الى حماية مصالح كل المتدخلين في النشاط الاقتصادي من الافعال والنشاطات المخلة بالمنافسة ذلك بغرض تحقيق مزايا اقتصادية عامة من خلال التنافس النزيه بين المتعاملين الاقتصاديين بتقديم خدمات بجودة عالية واسعار تنافسية وهو المسار الطبيعي، اما في حال حصول العكس من منطلق سوء النية من خلال تصرفات بتقديم خدمات بجودة عالية واسعار تنافسية وهو المسار الطبيعي، اما في حال حصول العكس من منطلق سوء النية من خلال تصرفات منفردة كانت او اتفافية صريحة كانت او ضمنية بهدف الحد من المنافسة او كبحها او الاخلال بها فانها تعبر ممارسات محظورة ترتب البطلان، والممارسات المقيدة للمنافسة مصطلح واسع يتسع ليشمل عدة تصرفات واعمال يمكن ان تدخل ضمنه باعتبارها مقيدة للمنافسة، وغاية المشرع في ذلك وضع حد لكل من تسول له نفسه خرق قواعد واحكام المنافسة الحرة³ .

¹ جلال مسعد،مدى تاثر المنافسة الحرة بالمعاملات التجارية،رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2012

² - المادة 02 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 36،

الصادرة في 02 يونيو 2008

³ . عبد النور زيدان،الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية،مجلة صوت القانون،المجلد الخامس،العدد

01، افريل 2018،ص 200

الفرع الثاني: التعريف بمبدأ الشفافية

اولا - التعريف الفقهي:

لتحقيق الاعتبارات المرتبطة بالعدالة وحماية حقوق الراغبين في الحصول على الصفقات العمومية، لا بد من مراعاة عنصر الشفافية في اجراءات الابرار والذي يعتبر مبدءا قائما بذاته (مبدأ الشفافية) وتتضح اهميته من خلال اختلاف وتعدد تعاريفه، فعرفه سعيد علي الراشدي على انه الوضوح التام في اتخاذ القرارات ورسم الخطط والسياسات وعرضها على الجهات المعنية او هي ببساطة توفير المعلومات اللازمة ووضوحها وتداولها عبر جميع وسائل الاعلام المقروءة والمكتوبة والمسموعة، والتصرف بطريقة علنية ومكشوفة، وبذلك فالشفافية تتضمن وضوح التشريعات ودقة الاعمال المنجزة داخل التنظيمات واتباع التعليمات وممارسات ادارية واضحة وسهلة الوصول الى اتخاذ قرارات على درجة من الدقة والموضوعية، كما عرفت الشفافية بانها القرارات المتخذة مع ضمان تنفيذها بطريقة شفافة ومعلومة وكذا سهولة الوصول الى المعلومات بطريقة مباشرة ومجانية و في متناول المعنيين بالقرار وتنفيذه مع ضمان نشر المعلومات الكافية في وسائل الاعلام بطريقة واضحة وسهلة الفهم في متناول جميع فئات المجتمع وهنا يتضح لنا ان الشفافية تقوم على الكشف على المعلومة اولا، ثم اتاحتها لكل من له مصلحة ثانيا، وهذا ما يستلزم التفريق بين الشفافية كما عرفناها وبين النزاهة التي تعبر عن منظومة القيم المتعلقة بالصدق والامانة والاخلاص والمهنية في العمل، فبالرغم من التقارب بين مفهوميهما الا ان الثاني يتصل بقيم اخلاقية معنوية بينما يتصل الاول بنظم واجراءات عملية، وعليه فقيام الشفافية على علنية الاجراءات خاصة ما تعلق بالاشهار هذا الاخير الذي يعتبر اداة تعبير عن اجراء المنافسة ودعوة للراغبين في التعاقد من خلال وسائل الاشهار والمحددة قانونا هو ما يشكل وجه اقتضاء

شفافية الاجراءات لتوافر المنافسة في ابرام الصفقة¹، وبتعبير اخر فانه لتحقيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا بد من اتباع الاجراءات التي من شأنها تحقيق العلنية في الصفقات فمن خلالها يتم اعلام الفئات المعنية بنوع الصفقة ونوع الخدمات المراد تقديمها ونوع الشروط المميزة لها حتى يتمكنوا من تحضير عروض تؤهلهم الى دخول معترك التنافس لان العلنية من شأنها اضعاف الشفافية على العمل الاداري²

اما -المعنى اللغوي:

الشفافية هي من الفعل شف،كقولهم شف الثوب اذا اذا رق حتى يصف جلد لابسه والشف والشف: الثوب الرقيق، وقيل الرقيق يرى ما وراءه وجمعها شفوف وشف الستر يشف شفوفا وشفيفا واستشف: ظهر ما وراءه، واستشفه هو: رأى ما وراءه

وقال الكسائي: شف الثوب،يشف -بالكسرة شفوفا وشفيفا: اذا رق حتى حكى ما تحته،منه حديث عمر رضي الله عنه: "لا تلبسوا نساءكم الكتان او القباطي فانه الا يشف فانه يصف"، والمعنى: ان القباطي ثياب رقاق غير صفيقة النسيج، فاذا لبستها المرأة لصقت باردافها فوصفتها فنهى عن لبسها،واحب ان يكسين الثغان الغلاظ.³

ثانيا: اهمية مبدأ الشفافية في ابرام الصفقات العمومية

حرص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 على تثبيت مبدأ الشفافية ضمن المبادئ العامة لتنظيم الصفقات العمومية وجاء نص المادة 05 منه بتحديد الهدف الاساسي

¹ محمد خالد المهاني،ليات حماية العام والحد من الفساد الاداري،الملتقى العربي لثالث، منشورات المنظمة العربية للتنمية،الرباط، 2008، ص 36.

² -ريم عبيد،طرق ابرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، / قسم الحقوق، جامعة تبسة، 2002، ص 38

³ ابن منظور،لسان العرب،دار المعارف، القاهرة،ص 101

من وضعه هته المبادئ وهو " ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الجيد للاموال العمومية " .

1- الحفاظ على المال العام ومكافحة الفساد في قطاع الصفقات العمومية:

تعد ظاهرة الفساد الاداري والمالي ظاهرة عالمية بمختلف صورها،وعليه فان الجزائر شأنها شان الدول الاخرى النامية،لم تقوت بدورها هته المعضلة التي اصبحت تمثل خطرا بارزا يهدد اجهزتها الادارية مما يجعلها تتاثر بالسياسة الدولية في مكافحة الفساد التي تعتبر الشفافية السبيل الانجح في ذلك . لاسيما ان ظاهرة الفساد قد حظيت في الاونة الاخيرة باهتمام الباحثين ونشطت عدة منظمات عالمية لمكافحة الظاهرة الخطيرة¹،وكما هو معروف ان اشكال الفساد متعددة باختلاف المجالات التي ينتشر بها لكن الذي يعني هذه هو الفساد الاداري والمالي الذي ينهش قطاع الصفقات العمومية والذي يعرف بانه: "اساءة استعمال السلطة العامة او الوظيفة العامة للكسب الخاص "².

وبالتاكيد ان العاملين على تسيير الادارة العامة في الدولة لهم دور في تفشي هذه الظاهرة،فالفساد المالي والاداري يحتوي على قدر من الانحراف المعتمد في تنفيذ العمل الاداري المناط بالشخص³ .

تتجلى ظاهرة الفساد وممارستها تتم في الخفاء وتحاط بالسرية وبذلك فكلم الشفافية بالتاكيد ستغيب معها المساءلة والنزاهة في ممارسة الاجهزة الادارية العامة، وكلاهما اهم اهم اليات

¹ .فايزة عمايدية، مبدا الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص

قانون الادارة العامة، كلية العلوم السياسية، قسم الحقوق 2012/2013،ص 21

² عنتر بن مرزوق، الرقابة الادارية ودورها في مكافحة الفساد الاداري في الادارة الجزائرية، دراسة ميدانية لولاية برج بو

عرييج، مذكرة ماجستير، كلية العلوم السياسية والاعلام،جامعة الجزائر،2008، ص 31 .

³ - عنتر بن مرزوق، المرجع السابق، ص 25

القضاء على الفساد بكل اشكاله، بل ان كل من الشفافية والنزاهة والمساءلة هي اهم الاستراتيجيات التي تتبناها التنظيمات الادرية لمعالجة ظاهرة الفساد¹ .

فالشفافية تكشف التلاعب والتواطؤ وهي الية من اليات التحقق من ان عملية ابرام الصفقات العمومية واختيار المتعاقد قد تم في جو من النزاهة ووفقا للقواعد والمعايير المعن عنها،ويمكن اعتبارها الية فعالة في مكافحة الفساد المالي والاداري،فالرشوة مثلا او المحاباة وغيرها من مظاهر الفساد المفتشية في قطاع الصفقات العمومية لا تتم امام الاعين،وفي وضح النهار،وانما خلف الستار وفي سرية اين تغيب الشفافية .

2 -مبدأ الشفافيه يدعم المبادئ العامه الاخرى لتنظيم الصفقات العموميه²:

لقد جاءت المادة خمس من المرسوم 15 -247 تحديدها لمبادئ الصفقات العموميه بدءا من حريه الوصول الى الطلبات العموميه المعروف بمبدأ حريه المنافسه ومبدأ المساواه في معامله المترشحين ومبدأ شفافيه الاجراءات شأنه شان التشريعات السابقه المنظمه للصفقات العموميه التي حرصت على تطبيق المبادئ العامه في تنظيم الصفقات³ .

فالصفقات العموميه اذا ما تم ابرامها بطريقه المناقصه العامه اي طلب العروض فهي تقوم اساسا على المنافسه الحره والمساواه بين المنافسين لتحقيق الغايتين تقرر كقاعده عامه.

والاعلان ضروري حتى يكون هناك مجال الحقيقي للمنافسه بين الراغبين في التعاقد مع الاداره و من ناحيه اخرى فان الاعلان يحول بين الاداره وبين قصر عقودها على طائفه معينه من المواطنين بحجه انهم وحدهم الذين تقدموا للمنافسه⁴

¹ فايذة عمائديه، المرجع السابق، ص 22 .

² المادة رقم 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15 247، السابق الذكر .

³ رياض اللوز، دراسه التعديلات المتعلقة بصفقات العموميه،المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مذكره ماجستير . كليه الحقوق جامعه الجزائر سنه ،2007، صفحه 36 37.

⁴ سليمان محمد الطماوي، الاسس العامه للعقود الاداريه، دراسه مقارنة، دار الفكر الجامعي القاهره، سنه 2008، ص233.

ا/مبدأ الشفافية ومبدأ حرية المنافسة :

يعرف مبدأ المنافسة العامه كما سبق الذكر بأنه افساح المجال الى جميع الافراد والاشخاص الذين يهمهم امر المناقصات والمزيادات العامه والذي تتحقق فيه الشروط¹ ومن مقتضيات هذا المبدأ اعطاء الحق لكل المقاولين او الموردين ان يتقدم بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع احدهم وفق الشروط التي تتضمنها وتحددها المصلحة المتعاقدة²، وهو ما اكدته المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عند تعريفها للمناقصة بأنها اجراء يستهدف الحصول على العروض تمثل او تشكل القاعدة العامة للتعاقد³، والمنافسة في المناقصة تكون مفتوحة على كل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط المحدده المعلن عنها في القانون، مما يبرز دور مبدأ الشفافية في تحقيق حرية المنافسة منذ بدايتها . ومبدأ الشفافية يقتضي ضروره الاعلان عن المناقصة لدعوه الكل للاشتراك فيها⁴ .

فمن الطبيعي ان يتم فتح المجال للمتنافسين الراغبين في التعاقد مع الاداره العامه عن طريق الاعلان وذلك بجميع وسائل الاشهار المحدده قانونا.

فالاشهار هو اداء التعبير عن اجراء المنافسه، فالعلاقه وطيده بين الاشهار والمنافسه ولا يمكن الفصل بينهما، كما ان الاشهار هو عنصر محوري في الطلبات العموميه وهو وسيله تجسيد مبدأ الشفافية في المعاملات وضمائه⁵ .

¹ اعمار عوابدية . القانون الاداري . ديوان المطبوعات الجامعيه . الجزائر . الجزء الثالث . سنه 2005 الصفحه 202.

² ريم عبيد . طرق ابرام الصفقات في التشريع الجزائري . مذكره ماجستير . كلية الحقوق والعلوم السياسيه . جامعه تبسه . 2002 . ص 38

³ المادة 40 و 39 من المرسوم الرئاسي 15 247 . المرجع السابق
داغرت عبد القادر . المناقصات في ضوء احكام القانون 79 لسنة 1988 ، النسر الذهبي للطباعه والنشر ، القايره ، سنه 2002 ، صفحه 40⁴ .

⁵ الطاهر خوصير ، المبادئ الاساسيه المعتمده في ابرام الصفقات العموميه في ظل القانون رقم 10-236 ، مجله الفكر البرلماني ، العدد 27 ، 2011 ، ص 94.

وعليه لا يتحقق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية الا باتباع الاجراءات التي من شأنها تحقيق على نيه الصفقات ومن خلالها يتم اعلام الفئات المعنيه بنوع الصفقه ونوع الخدمات المراد تقديمها، والشروط المميزه لها حتى يتمكن من تحضير عروض تاهلهم الى دخول التنافس لان العلانيه من شأنها اطفاء الشفافية على العمل الاداري¹.

ب/ مبدأ الشفافية ومبدأ المساواة:

يقضي مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية لان كل من يملك الحق قانونا في الاشتراك في تقديم اقتراحه في ما يخص الصفقه المعلنه عنها ان يتقدم على قدم المساواه مع باقي المتنافسين، وليس للمصلحه المتعاقده ان تقيم اي تمييز بينهم، ويجب عليها معامله جميع المتعهدين معامله متساويه فيما يخص جميع الشروط والمواعيد والاجراءات المقررة².

هذه المساواه بين المترشحين بدورها الافصاح والاعلان عن اجراءات وشروط الترشيح للمنافسات لكافه الراغبين في التعاقد مع الاداره العامه وذلك تبقى لدفتر الشروط مسبقا من طرف المصلحه المتعاقده والمتضمن كافه المعلومات المتعلقة بالصفقه العموميه والشروط المطلوبه في المنافسه ومعايير اختيار المتعامل المتعاقد.

وطبقا لمبدأ المساواه فانه لا يجوز مثلا السماح لمترشح دون غيره الاطلاع على ملف الصفقه في الخفاء دون باقي المتنافسين بل يجب ضمان حق كل المترشحين في الاطلاع على ملف الصفقه وهذا لا يتحقق الا بتطبيق مبدأ الشفافية في اجراءات ابرام الصفقات العموميه ليتحقق المساواه بين المتعاقدين وتوفر تكافؤ الفرص بين المترشحين. لان سريه

¹ انظر ماده 61 المرسوم الرئاسي 15-247 ، السابق ذكره.

² ريم عبيد. مرجع سابق . ص 39

اي اجراء قد يضر المنافسين. ويقضي على تكافؤ الفرص في تقديم العروض من المنافسين¹.

والعلاقة بين مبدأ الشفافية و مبدأ المساواه يمثل ضمانه لمنع اي تحايل او اتفاق جانبي لرفع الأسعار أو أبعاد احد المتنافسين من المنافسة².

ج- مبدأ المسؤولية:

ج-1/ المسؤولية المدنية: هي الفعل الضار الذي يصيب الفرد والذي يتمثل في اخلال الشخص بالتزام يقع عليه، و موضوع المسؤولية المدنيه هو المطالبه بالتعويض عن الضرر وذلك بالزام المسؤول عن الضرر بتعويض الشخص المضرور

ج-2/ المسؤولية الجزائية وهو الزام الشخص بتحمل العواقب التي تترتب عن فعله الذي باشره، ولذلك فانه يتحمل العقاب الناشئ عما ارتكبه من جرائم، وتقوم هذه المسؤولية بمجرد ارتكاب الفعل المجرم³.

¹ عزه عبد القادر، المرجع السابق، ص 40

² - قتال نسيمه، مبدأ الشفافية في ابرام الصفقات العموميه في ظل المرسوم الرئاسي 15 247، مذكره لنيل شهاده الماستر في الحقوق تخصص دوله ومؤسسات عموميه، جامعه البويره، السنه الجامعيه 2017 2018، ص 13

³ - قتال حمزه، النظرية العامه للالتزام، الفعل المستحق التعويض، محاضرات ملقيت على السنه الثانيه، جامعه اكلي محند اولحاج، كليه الحقوق والعلوم السياسيه، قسم القانون، سنه 2013 2014، ص 6 و 5.

المطلب الثاني: تطبيقات مبدأي المنافسة والشفافية في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط.

بعد التطرق لمفهوم كل من مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية ، سنتطرق لدراسة تطبيقات هذه المبادئ، وذلك من خلال فرعين يتضمن (الفرع الاول) انتقاء تطبيق المنافسة في تكوين صفقات التراضي البسيط في ظل وباء كورونا والحدود القانونية له، ثم تطبيقات مبدأ الشفافية في تكوين الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا (الفرع الثاني).

الفرع الاول: انتقاء تطبيق المنافسة في تكوين صفقات التراضي البسيط في ظل وباء كورونا.

كما سبق الذكر فقد رخصت المادة 07 من المرسوم الرئاسي 20-236 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لاجراءات ابرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته اللجوء الى التراضي البسيط لابرام صفقات العمومية في اطار الوقاية من انتشار وباء كورونا، واحال من خلال نص المادة 11 منه تطبيق احكام المرسوم الرئاسي 15-247 التي لا تتعارض مع احكام هذا المرسوم¹، وعليه نصت المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن " التراضي هو إجراء تخصيص الصفة لمتعامل

متقاعد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة...."

نصت المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 المنتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ان : " التراضي هو اجراء تخصيص الصفة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية الى المنافسة ... "

¹ المرسوم الرئاسي 10-236 ، السابق ذكره.

وما يمكن ملاحظته على هذه المادة أنها عرفت التراضي بشكلية التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، إلا أن نص المادة أعلاه يقصد التراضي البسيط وذلك في عبارة "لمتعامل متقاعد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"، لأن المنافسة هنا منعدمة وذلك بمنح الصفقة لمتعامل متقاعد واحد دون الدعوة إلى المنافسة، خلافا للتراضي بعد الاستشارة والذي يمكن أن تكون فيه منافسة ولو محدودة ولكن لا تصل إلى المنافسة الموجودة ولكن لا تصل إلى المنافسة الموجودة في إجراء طلب العروض وعلى كلِّ فإن المشروع الجزائي حدد حالات اللجوء إلى التراضي البسيط، كما بين حدوده القانونية وإجراءاته وذلك كما يلي:

تنتفي المنافسة في جميع حالات التراضي البسيط المذكورة على سبيل الحصر في المرسوم الرئاسي الجديد¹، ويبدو واضحا من خلال نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247 أن المشرع الجزائري كرس أسلوب التعاقد بطريق التراضي البسيط معترفا للمصلحة المتعاقدة بعدم اتباع الاجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض، وبالتالي تحريرها كأصل عام من القيود فيما عدا بعض المسائل الواجب اتباعها في حالات خاصة، إلا أن إطلاق سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها وتمكينها من حق الاختيار فرض من جهة أخرى تقيدها بحالات اللجوء للتراضي البسيط والتي يمكن حصرها واجمالها فيما يلي:

اولا- انتفاء تطبيق المنافسة في حالات الاحتكار: تنتفي المنافسة في هذه الحالة عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية، أو لاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

¹ المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره .

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الفقرة جاءت أكثر تفصيلا من سابقتها في المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236، حيث أورد المشروع الاعتبارات الثقافية والفنية ولم تكن سابقا مشمولة بالنص¹.

والحقيقة أن الطابع الاحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي البسيط، وذلك اعتبارا ان الخدمة التي تطلبها المصلحة المتعاقدة لا يمكن تلبيتها إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أي يحتكر النشاط، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما حرر المصلحة المتعاقدة من الخضوع لاجراءات طلب العروض بل وحتى الاستشارة في هذه الحالة طالما ثبت أن هناك متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية².

ثانيا: انتفاء تطبيق المنافسة في حالة الاستعجال الملح

تنتفي المنافسة في حالة وجود استعجال ملح يشترط أن يكون معطلا من طرف المصلحة المتعاقدة وذلك بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا لها، أو الأمن العمومي، أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع اجراءات ابرام الصفقات العمومية³، بمعنى أنه لا يمكن تداركه باللجوء لاجراء طلب العروض لطول الاجراءات⁴، واشترط المشرع الجزائري في نص المادة 49 في الفقرة رقم 2 في المرسوم الجديد أن لحالة الاسعجال الملح شرطين وهما: شرط لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وشرط أن هذه الحالة لم تكن نتيجة مناورات

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق،ص 225

² المرجع نفسه، ص 224

³ المادة 49، الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

⁴ محمد بن محمد، صفقات التراضي في الجزائر، اسلوب ابرام خاص بضوابط قانونية غامضة،مجلة الدفاتر السياسية والقانون،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،العدد 13،جوان2015،ص 183.

للماطلة من طرفها، واشترط المشرع هذان الشرطان محاولة منه لضبط المصلحة المتعاقدة أكثر على العمل في مجال التعاقد بالقاعدة العامة ألى وهي طلب العروض.

ان حالة الاستعجال في علم القانون عامة حالة معروفة ومكرسة في كثير من الميادين والمجالات، ففي مجال التقاضي هناك احكام استعجالية تختلف عن تلك الجلسات او في تعلق بطبيعة الاحكام واجال الطعن وغيرها¹، وكذلك الحال في مجال الصفقات العمومية قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال واذا لم تتدخل وتتعاقد في وقت سريع فانه سينجم عن ذلك ضياع مالها واستثمارها، وهو ما يعني عدم صلاحية اجراء طلب العروض كألية من اليات التعاقد، وتبقى الادارة هي من ستكون في وضعية المدعي بتوافر هذه الحالة ولذلك يبقى عبئ اثباتها على عاتقها، وتجدر الاشارة ان المادة 49 في المطة رقم 02 من المرسوم الرئاسي الجديد جاءت اكثر دقة وضبط للصياغة مقارنة بالمادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236 في الفقرة رقم ثلاثة، حيث قدمت توضيحا نوعيا ومهما تمثل في ذكرها لمجال الامن العمومي، وهذا بطبيعة الحال لمواجهة اي خطر يمس المصلحة المتعاقدة فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة والخطر يحرق بها ان تتبع اجراءات ابرام الصفقة واتباع الاجراءات الشكلية، فطابع وموضوع الصفقة لا يتكيف مع الاجراءات الطويلة والعادية، كما هو الحال اما فيروس كورونا.

ثالثا: انتفاء تطبيق المنافسة في حالة التموين المستعجل

لا تطبق المنافسة في حالة التموين المستعجل المخصص لضمان توفير حاجيات السكان الاساسية²، ومعنى ذلك ان المصلحة المتعاقدة من حيث الموضوع امام وضعية تخص مجال في غاية من الاهمية هو مجال التموين ويتعلق بمواد او حاجات ماسة وسريعة

¹ اعمار بوضياف، المرجع السابق، ص 224

² المادة 49 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر.

لان تتحرك بغرض ضمان تمويل حسن تمويل وتوفير جيد ومستمر ومنتظم لحاجة ما او مادة معينة للسكان، كما تعلق الامر بالكمامات والادوية والمضادات وكل ما تعلق بالوقاية والعلاج من وباء كورونا (كوفيد)، فلو تم الزام المصلحة المتعاقدة بالخضوع للاجراءات العادية للتعاقد بما تكفله من نشر واجال واجراءات لاثّر ذلك سلبا على السوق فشهد خلا من حيث توفير الحاجات العامة وفي ذلك اضرار بالسكان لذا وجب تمكينها من التعاقد باسلوب التراضي البسيط¹.

ومع ذلك ينبغي الاعتراف ان المشرع قيد المصلحة المتعاقدة بشرطين نصت عليهما المطّة رقم ثلاثة من المادة 49 من الرسوم الرئاسي 15-247، وهما شرط ان الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، وشرط ان لا تكون هته الحالة نتيجة للماطلات من طرفها، اي ان المصلحة المتعاقدة لم تكن ايدا لتضع بالحسبان توافر هذه الحالة، ويبدوان المشرع اوجب هذه الشروط لسد الباب على كل وضعية مشبوهة وابرام صفقة بطريقة حيادية واستغلال الاحكام الاستثنائية².

رابعا: انتفاء تطبيق المنافسة في حالة مشروع ذي اهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا

تنتفي المنافسة في حالة مشروع ذي اهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، ولا شك بان الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف اثرا ايجابيا عاما يمس كل اقليم الدولة طالما وصفت الفقرة اعلاه المشرع بان له اهمية وطنية³، وهذه الحالة اشترط فيها المشرع ان الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها⁴، وهذان الشرطان ضمانا لعدم لجوء المصلحة المتعاقدة لهذه الطريقة من

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 226 .

² نفس المرجع، ص 227 .

³ نفس المرجع، ص 228 .

⁴ المادة 49 الفقرة 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

التعاقد الا على سبيل الاستثناء وفي حالات محددة مع التقيد بالشروط السلبية المذكورة اعلاه، وتجدد الاشارة الى ان المطة 04 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ذكرت شرطا اخر في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة الى هذه الطريقة الاستثنائية لابرام الصفقات العمومية، وهو خضوع الصفقة للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء اذا كان مبلغ الصفقة يساوي او يفوق عشرة ملايين دينار جزائري، والى الموافقة المسبقة اثناء اجتماع الحكومة اذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر .

خامسا: انتفاء تطبيق المنافسة عندما يتعلق الامر بترقية الانتاج والاداة الوطنية للانتاج
تنتفي المنافسة في هته الحالة، والحكمة من ادراجها هو تمكين الاداة المعنية من ابرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الاداة الوطنية للانتاج¹، واشترطت المطة الخامسة من المادة 49 السالفة الذكر على ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء اذا كان مبلغ الصفقة يساوي او يفوق عشرة ملايين دينار جزائري .

سادسا: انتفاء تطبيق المنافسة في حالة الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية
تنتفي المنافسة في هذه الحالة بحيث تلجا المصلحة المتعاقدة لها عندما يمنح نص تشريعي او تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، او عندما تنجز المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والادارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري² .

ومما لا شك فيه ان اعطاء اولويه لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد باسلوب التراضي البسيط حتى ولو كان مصدره نص التشريعي او تنظيمي سيخل بمبدأ المساواه في معاملته المرشحين وبالتالي انتفاء المنافسة، هذا وتتعارض هذه المادة (اي فقره رقم سته من المادة رقم 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247) مع نص دستوري ويتعلق

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 229 .

² - المادة 49 الفقرة 06، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

الامر بحريه الاستثمار والتجاره والمنصوص عليها في الماده رقم 43 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم،

اما فيما يخص اعطاء الاولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ومصدر هذه الاولوية هو نص تشريعي، او نص تنظيمي فهو يكفل لبعض المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، تقديم خدمة عمومية في مجال محدد ويعطيها مكنة التعاقد بطريق التراضي حين ابرام الصفقات العمومية¹ .

الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ الشفافية في تكوين الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا.

بين المترشحين، حيث يظهر ان الاشهار والنشر طريقان متلازمان لتحقيق الاعلان الذي تكمن غايته في ضروره احتوائها على بيانات نصت عليها الماده رقم 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

امام الظروف الصعبة الناجمه عن تداعيات جائحه كورونا التي تعيق عمل المصالح المتعاقد، لا يسع هذه الاخيره الا تمديد بعض الصفقات العموميه استثناء لتغطيه العجز او الفراغ الزم قانون الصفقات العموميه المصلحه المتعاقد بالتقيد بمبدأ المنافسة الحرة عند ابرامها الصفقه العموميه، ويتضح ذلك من خلال انزامها بالاعلان عن رغبتها في التعاقد بغرض استقطاب اكبر عدد ممكن من المتنافسين، وضع تحت تصرفهم الوثائق الضرورية المكونه لعمليه ابرام الصفقه، لاداحه الفرصه لكل من تتوفر فيهم شروط طلب العروض لتقدم بعرضه فلايجوز حرمانه من هذا الحق دون سند قانوني، ومن خلال هذا المبدأ المتعاقد الى الاستفاده من تسابق المتنافسين في تقديم افضل العطاءات ومنحها حريه

¹ - نادية ضريفي، ابرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 02، نوفمبر 2020، ص 226.

الاختيار من حيث السعراو النوعيه، المنافسه مع اعطاء المصلحه المتعاقد الحق في فرض شروط معينه ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمنافسة، او استبعادها لبعض الافراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية والمالية لاداء الاعمال المطلوبة سواء قبل التقدم بالعطاءات او بعده¹.

يجسد مبدأ المنافسة بتطبيق مبدأ الشفافية الذي يحتوي مبدأ العالميه وهو القاعده الجوهرية في مجال الصفقات العموميه، بل ان نعطي الصفقات بانها عموميه تتضمن هذا المبدأ من خلال النعت، يعد مبدأ العلانية او الشفافية للحد من التلاعب تطبيق مبدأ على نيه المعلومات التي تتصل باجراءات الصفقات العموميه من خلال الاشهار والاعلان عنها حتى يعلم بها المترشحين ويسهل عليهم الوصول الى الطلبات العموميه، وما يعزز ذلك اجراء طلب العروض بوصفه القاعده العامه في ابرام الصفقات العموميه طلب العروض في النشره الرسميه لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الاقل في جريده يوميتين موزعتين على المستوى الوطني²، وفي ذلك فتح فرصه المنافسه امام جميع العارضين، و تجسيد مبدأ العلنيه و المساواه، ا وان ولا يجب تعميمها، يجب ان تكون اغلبية الصفقات العمومية خاضعة دائما وبالضرورة لمبدأ المنافسة وكذلك الشفافية،حتى وان لجات المصلحه المتعاقد الى تقليص اجال التعهد في الحالات المستعجله،حتى يقتضي الامر المرونة والتخفيف في تقديم التعهدات والعروض، ويمكن المصلحه المتعاقد مثلا ان تمدد اجال تقديم التعهدات . وعليه فان التعامل الالكتروني في هذا المجال من شأنه تثمين القواعد المشجعة على حرية

¹ - شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الادارة في التعاقد -دراسة مقارنة -، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013، ص 144.

² - انظر المادة 61 والمادة 1/65 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247، السابق الذكر.

المنافسة من خلال وضع اليات تمكن من ضمان الشفافية في ابرام الصفقات العمومية وابرامها وتنفيذها¹.

ضرورة تفعيل البوابة الالكترونية لابرام صفقات التراضي البسيط لتجاوز اثار جائحة كورونا:

اولا: نزع الصفة المادية عن صفقة التراضي البسيط

يقصد بنزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية: " انتقال اجراءات ابرام هذه العقود من وسائل المعلومات المادية الى التعامل الرقمي في شكل حافظات الكترونية، مما يسمح بالتسير الالكتروني للمعطيات والوثائق الممكن تبادلها بين اطراف العقد، وذلك من خلال استعمال تكنولوجيات الاعلام والاتصال "².

حيث ابدى المشرع الجزائري نيته في انتهاج مبدأ نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 10-236³، ضمن الباب السادس منه بعنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية"، فنصت المادة 173 منه على تاسيس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية، على ان يحدد محتوى هذه البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، كما نصت المادة 174 منه على امكانية المصالح المتعاقدة ان تضع وثائق الدعوة الى المنافسة تحت تصرف المتعاهدين او المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الالكترونية، وعلى امكانية رد المتعهدون او المرشحون للصفقات العمومية على تلك الدعوة بالطريقة الالكترونية .

¹ محمد زكريا قراقي، نزع الصفة المادية عن اجراءات ابرام الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة صوت، المجلد 07، العدد 1، 2020/05/30، ص35.

² عبد الرحمان بن جراد، نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03 العدد 09، 2018/01/3، ص 243

³ -المرسوم الرئاسي رقم 10-236، السابق الذكر .

صدر القرار الوزاري في 17 نوفمبر 2013، تطبيقا لاحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية¹، بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين .

نصت المادة الثانية من هذا القرار على ان البوابة الالكترونية للصفقات العمومية تهدف الى السماح بنشر ومبادله الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذلك ابرام الصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية، تضمن هذه البوابة نشر المعلومات والوثائق الآتية: النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، والاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذلك قائمه المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية وقائمه المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية، وايضا البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقده وقوائم الصفقات المبرمه اثناء السنه الماليه السابقه، وكذا اسماء المؤسسات او تجمعات المؤسسات المستفيدة منها، وتقارير المصالح المتعاقده المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية، وقائمه المؤسسات التي سحبت منها شهاده التصنيف والكفاءه، والارقام الاستدلاليه للاسعار، وكل وثيقه او معلومه لها علاقه بموضوع البوابة².

تضمن البوابة ايضا الوظائف الآتية: تسجيل المصالح عن طريق البوابة، و تسجيل المتعاملين الاقتصاديين عن طريق البوابة، والبحث متعدد المعايير على المستجدات، وتحميل الوثائق والتعهد عن طريق البوابة، وتسيير تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقده والمتعاملين الاقتصاديين، وكذلك ترميز الوثائق، وتاريخ وتوقيت الوثائق، والتمرن على التعهد الالكتروني، و الامضاء الالكتروني، وايضا صحيفه الاحداث، و دلائل تفاعليه لمستعملي

¹ القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية .

² المادة 03 من نفس القرار .

البوابه، و كل وظيفه اخرى ضروريه للسير الحسن للبوابه وتحدث قاعدة بيانات تسمح بجمع المعلومات المتعلقة بالمصالح المتعاقده، المتعاملين الاقتصاديين وملفاتهم الاداريه، الصفقات العموميه، بطاقات الاحصاء الاقتصادي للطلب العمومي وتبادل الوثائق والمعلومات بين المصالح المتعاقده والمتعاملين الاقتصاديين، ومنشورات البوابه¹.

ثانيا: تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية بين المصالح المتعاقده والمتعاملين المتعاقدين:

يتم عن طريق البوابه الالكترونيه للصفقات العموميه تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقده والمتعاملين الاقتصاديين²، حيث يتم تزويد البوابه بنظام ملائم لضمان امن البيانات وحمايتها، ويتعلق الامر بالنسبه للمصالح المتعاقده بدفاتر الشروط، نماذج التصريح بالاكنتاب ورساله التعهد وكذلك التصريح بالنزاهه، عند الاقتضاء، وايضا الوثائق والمعلومات الاضافيه، عند الاقتضاء، الاعلانات عن المناقصات والدعوه للانتقاء الاولي ورسائل للاستشارات، وارجاع العروض، عند الاقتضاء، المنح المؤقت للصفقات العموميه وعدم جدوى الاجراءات والغاء الاجراءات او الغاء المنح المؤقت للصفقات العموميه، والاجوبه عن طلبات الاستفسار حول احكام دفاتر الشروط، والاجوبه عن نتائج تقييم العروض وعن الطعون.

اما بالنسبه للمتعاملين الاقتصاديين، فيتعلق الامر بالتصريح بالاكنتاب، ورساله التعهد، والتصريح بالنزاهه، والتعهد بالاستثمار، عند الاقتضاء، طلبات معلومات اضافيه وتوضيحات احكام دفتر الشروط، عند الاقتضاء، سحب دفاتر الشروط والوثائق الاضافيه، عند الاقتضاء،

¹ انظر المادة 04 والمادة 05 من القرار ذاته

² المادة 08 من القرار نفسه

الترشيدات في اطار الاجراءات التي تتضمن مرحلة انتقاء اولي، العروض التقنية والمالية، العروض المعدله، عند الاقتضاء، طلبات نتائج تقييم العروض والطعون¹.

اكذ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على اطلاق بوابه الكترونيه للصفقات العموميه تسيير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفه بتكنولوجيات الاعلام والاتصال، كل في ما يخصه ويحدد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الاعلام والاتصال صلاحيات كل دائره وزاريه، على ان يحدد محتوى هذه البوابه وكيفيه تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية².

رغم التبنى المشرع الجزائري للاطار التنظيمي للصفقات الالكترونيه بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العموميه وتقويضات المرفق العام الا انها ما زالت تفتقر لاليات عمليه تمكن المصالح المتعاقد والمعاملون الاقتصاديون من ممارسه التعاملات الالكترونيه في مجال الصفقات العموميه نظرا للعديد من الصعوبات التقنية والقانونيه فالجانب التقني يتطلب وجود ارضيه الكترونيه للانترنت والجانب القانوني يتطلب اصدار العديد من النصوص القانونيه التي تتركز عليها المصالح المتعاقد والمعاملون الاقتصاديون حاله ممارستهم للتعاملات الالكترونيه في الصفقات العموميه³.

يبدو ان الاثار السلبيه التي الحقها جائحه كورونا بمجال ابرام الصفقات العموميه اثبتت ان نزع الصفه الماديه عن الصفقات العموميه اصبح ضروره ملحه لتفادي الروتين وتعقيد اجراءات التقليديه عن الصفقات العموميه لابرام الصفقات العموميه وزياده الشفافيه المتمثله

¹ انظر المادة 09 من القرار نفسه.

² انظر المادة 203 من المرسوم الرئاسي 15-247، وتبقى المتخذة تطبيقا لاحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، التي تم اعاده ادراجها في المرسوم الرئاسي 15-247، سارية المفعول حتى نشر النصوص الجديدة المتخذة تطبيقا لاحكام هذا الاخير، بموجب المادة 218 منه.

³ عبد الرحمان بن جراد، المجمع السابق، ص 234 .

في رفع كل الحواجز التي من شأنها الحيلولة دون الاطلاع على الوثائق والوقائع المتعلقة بكل اطوار المنافسه وتحقيق الشفافيه والمساواه بين المتعاقدين ولعل عدم تفعيل هذه البوابه الالكترونيه هو سبب في اصدار المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المتعلق بالتدابير المكيفه لابرام الصفقات العموميه في اطار وباء كورونا، وكذلك كانت المعاملات بين المصالح المتعاقده والمتعاملين الاقتصاديين اسهل فقد واجهوا صعوبات في التنقل الى المصالح المتعاقده ومن اجل اجراءات التعاقد وتقديم الوثائق وكذلك تقديم الخدمات امام التدابير المتعلقة بالحجر المنزلي وكذلك منع التجول ومنع السفر الى الولايات.

خلاصة الفصل:

في ظل تداعيات جائحه كورونا التي شكلت تحديا وطنيا ودوليا كبيرا، فانه لا يمكن التقيد التام بتطبيق قواعد واحكام ابرام الصفقات العموميه التي اتى بها المرسوم الرئاسي 15 - 247 لكون الوضعيه اصبحت استثنائيه واستعجاليه تستلزم في كثير من الاحيان الخروج عن القواعد العامه وتطبيق تدابير واجراءات خاصه تتلائم مع مثل هذه الظروف الغير العاديه.

وعليه رخص المشرع بموجب ماده 07 من المرسوم الرئاسي رقم 20- 237 للمصلحه المتعاقده ابرام صفقاتها عن طريق التراضي البسيط الذي يعد قاعده استثنائيه للتعاقد، حسب الفقرة الثانيه من ماده 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، فلا يمكن اعتماد هذا الاجراء الا في 6 حالات وارده حصرا في ماده 49 والتي قيدها المشرع في المرسوم الرئاسي المتعلق بالوقايه من وباء فيروس كورونا ان تكون متعلقه بالوقايه من انتشار هذا الوباء، وذلك باتباع اجراءات مكيفه ومبسطة وهو السبب الاساسي للجوء الى التراضي البسيط، غير انه ونظرا للظروف للظروف الصعبه الناجمة عن تداعيات جائحة كوفيد -19، التي تعيق عمل المصالح المتعاقده، لا يسع هذه الاخيره الا تمديد بعض الصفقات العمومية لتغطية العجز او الفراغ، او تسرع منح بعض الصفقات دون اشهار مسبق، وذلك في الحالات القصوى وفق شروط محددة، حيث تتغاضى عن اعمال مبداي المنافسه والشفافيه خروجا عن القاعده العامه فيجب ان تكون الصفقات دائما خاضعة وبالضرورة لمبدا المنافسه الذي يعد قبل كل شيء مبدا دستوري، والذي ينتفي تماما في التراضي البسيط، وكذلك الشفافيه التي تغيب في صفقات التراضي البسيط خاصة مع عدم تفعيل البوابه الالكترونيه رغم وجود النص

القانوني منذ ما يناهز 10 سنوات والتي توجب اعطائها اولوية لمسايرة تدابير التباعد الاجتماعي ونظام الحجر

الخاتمة

استوجبت الوضعية الاستثنائية التي تمر بها البلاد منذ شهر مارس 2020، بسبب تفشي جائحة كورونا (كوفيد 19) ، وضع اطار تنظيمي خاص يتمثل في المرسوم الرئاسي 237/20¹، والمتضمن تكييف اجراءات وطرق ابرام الصفقة العمومية ، وذلك لكونها الدعامة القانونية للنشاطات الصناعية والتجارية ،والاداة الاساسية لتلبية الطلبات العمومية ، والذي اجاز اللجوء الى التراضي البسيط لايرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته وتفضيل الاداة الوطنية للانتاج ، والذي يعد استثناء عن القاعدة العامة الا وهي طلب العروض في الحالات التي اقرها المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247² المتعلق بابرام الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، غير انه وبغض النظر عن الظروف الاستثنائية يمكن ان تتم المفاوضات على اساس الاسعار المتداولة في السوق وذلك لتقييد المصلحة المتعاقدة فيما يخص سعر الصفقة فلا يتم التحجج بحالة الاستعجال التي سببها الوباء لتضخيم المقابل المالي للصفقة العمومية بما يلحق اضرار بالخزينة العمومية والمال العام ومن خلال دراستنا لموضوع بحثنا توصلنا لجملة من النتائج ابرزها ما يلي :

تبسيط اجراءات ابرام الصفقات العمومية في ظل جائحة كورونا باتباع اسلوب التراضي البسيط للتعاقد لا يعني التخلي عن المبادئ والشروط الاساسية لايرام الصفقات العمومية

¹ - المرسوم الرئاسي 20-237، المؤرخ في 12 محرم 1442 الموافق ل31 غشت 2020 ،يحدد التدابير الخاصة المكيفة لاجراءات ابرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 31 غشت 2020.

² - المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 16 سبتمبر 2015

حيث يتوجب اشتراط نفس الشروط والضمانات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 247-15.

_تسمح البوابة الالكترونية للصفقات العمومية بابرام صفقات التراضي البسيط بالطريقة الالكترونية ، بما يتناسب مع تدابير التباعد الاجتماعي والحجر المنزلي .

_نظرا للاوضاع الغير عادية والتي تستلزم في مجملها عنصر الاستعجال وبالتالي سرعة تلبية الحاجات وريح الوقت ،تتحرر الادارة من القيود الاجرائية ، ويمكنها اختيار المتعاقد معها بحرية دون التقيد بالشكليات المرتبطة بالدعوة للمنافسة.

_ ترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار من يتعاقد معها لا يتماشى ومبادئ الشفافية والمنافسة، ويمكن ان يولدالشبهات والتلاعب بالاموال العمومية. وبناءا على النتائج المتوصل لها من خلال بحثنا توصلنا الى جملة من الاقتراحات اهمها :

_ ضرورة ادراج الحالات الوبائية التي تصل الى اعتبارها جائحة مهما كان المتسبب في حدوثها سواء فيروسي او اي نوع اخر من الميكروبات ضمن حالات الاستعجال الملح ،وتحديد اجراءاتها ضمن تنظيم الصفقات العمومية بشكل استباقي حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من مواجهة انتشار الميكروبات ومكافحتها بمجرد ظهورها ، دون انتظار صدور مرسوم رئاسي بذلك .

_ تعزيز مبادئ ابرام الصفقات العمومية خاصة الشفافية والمساواة ،من اجل تحقيق المنافسة ، والمحافظة على المال العام ، حتى في ظل الظروف الحالية .

_ضرورة تفعيل البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وتسهيل تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية بين المصالح المتعاقدو والمتعاملين الاقتصاديين .

_تفعيل ابرام الصفقات العمومية عن طريق الدعامة الالكترونية ، تسهيلا للاجراءات وتماشيا مع التدابير الوقائية ، وكذلك ضمانا لمبدأ الشفافية وتجسيدها له .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المصادر:

أ- القوانين والأوامر:

- (1) القانون 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم.
- (2) القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 36، الصادرة في 02 يونيو 2008.
- (3) الأمر رقم 90-67 مؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخة في 27 جوان 1967.

ب- النصوص التنظيمية:

*المراسيم:

- (4) المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمجها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية رقم 15، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982.
- (5) المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في نوفمبر 1991، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 57.
- (6) المرسوم التنفيذي 96-54 المؤرخ في 22/01/1996 المعدل والمتمم للمرسوم 434/91، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 06.
- (7) المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن اصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 76، الصادرة في 08 ديسمبر 1996.
- (8) المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 29 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية، رقم 52
- (9) المرسوم الرئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 250-02

10) المرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرخ في أول مارس سنة 2011، يعدل ويتم المرسوم المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 06 مارس 2011.

11) المرسوم الرئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 04 المؤرخة في 26 جانفي 2012.

12) المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 16 سبتمبر 2015.

13) المرسوم الرئاسي 20-237، المؤرخ في 12 محرم 1442 الموافق لـ 31 غشت 2020، يحدد التدابير الخاصة المكيفة لاجراءات ابرام الصفقات العمومية في اطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 31 غشت 2020.

*القرارات:

14) القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية.

ثانيا - المراجع:

أ-الكتب:

15) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، (ن ف س) الجزء 14.

- 16) حمامة قدوج، عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004،
- 17) سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الاداريه، دراسه مقارنه، دار الفكر الجامعي القاهرة، مصر، سنة 2008.
- 18) شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الادارة في التعاقد -دراسة مقارنة -، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013.
- 19) عبد القادر داغرت، المناقصات في ضوء احكام القانون 79 لسنة 1988، النشر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، مصر ، سنة 2002.
- 20) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية للمرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، جسر للنشر والتوزيع، القسم الاول، الطبعة 5، 2017.
- 21) عمار عوابدية، القانون الاداري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الجزء الثالث. سنة 2005 .
- 22) محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،
- 23) محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط1بعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 24) محمد خلف الجبوري، العقود الادارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن.
- 25) محمد عاطف البناء، العقود الادارية، طبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- 26) النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، الطبعة 1، 2018.

ب-المقالات العلمية:

- 27) محمد زكريا رقرقي، نزع الصفة المادية عن اجراءات ابرام الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة صوت المجلد 07، العدد 1، 2020/05/30.
- 28) أمينة لمي، التراضي كأسلوب في ابراز الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الجامعة، جامعة أحمد بوقرة بومرداس.

(29) بوزيد بن محمود، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد: 6، المجلد 7، المركز الجامعي تامنغست، 2018.

(30) رقية برباوي، اثار جائحة كورونا على اجراءات ابرام الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 3 خاص (2020).

(31) رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الاداري، كلية الحقوق، عين شمس، دون سنة

(32) سوهيلة فوناس، (عقود تفويض المرفق العام دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية

(33) شوقي حوحو، اجراءات ابرام وتنفيذ الصفقة العمومية، اليوم الدراسي والتكويني حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يوم 24 فيفري 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016.

(34) الطاهر خوصير، المبادئ الأساسية المعتمدة في ابرام الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 10-236، مجله الفكر البرلماني، العدد 27، سنة 2011.

(35) عائشة خلدون، بولرباحمايدي، طرق إبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 10، جوان 2018.

(36) عبد الرحمان بن جراد، نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03 العدد 09، 2018/01/3.

(37) عبد النور زيدان، الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 01 أبريل 2018،

(38) فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 5، 2009.

39) محمد بن محمد، صفقات التراضي في الجزائر، اسلوب ابرام خاص بضوابط قانونية غامضة،مجلة الدفاتر السياسية والقانون،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،العدد 13،جوان2015.

40) محمد خالد المهائني،ليات حماية العام والحد من الفساد الاداري،الملتقى العربي لثالث، منشورات المنظمة العربية للتنمية،الرباط، 2008.

41) محمد زيار ،ماهية المنافسة في الجزائر،الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر

42) مسيكة محمد الصغير، رياض بركات، التدابير الخاصة المكيفة لاجراءات ابرام الصفقات العمومية في ظل جائحة (كوفيد-19) -قراءة في المرسوم الرئاسي رقم: 20-237 المؤرخ في 2021/08/31، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 03 خاص 2020.

43) نادية تياب،تكريس مبدا حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام، مداخلة في ملتقى علمي، كلية الحقوق،جامعة المدية،20ماي 2013.

44) نادية ضريفي، ابرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدا المنافسة أي جديد؟، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 02، نوفمبر 2020.

ج-اطروحات الدكتوراه والمذكرات:

*أطروحات الدكتوراه:

45) ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الاداري: الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2009/2008 .

46) محمد الشريف كنو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة تيزي وزو،2005.

47) جلال مسعد،مدى تاثر المنافسة الحرة بالمعاملات التجارية،رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2012.

48) عن عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 01، 2016/2015.

49) نادية ثياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2013.

50) منال حلومي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال في الجزائر، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2017.

*المذكرات:

مذكرات الماجستير:

51) إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008

52) رياض اللوز، دراسه التعديلات المتعلقة بصفقات العموميه، المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مذكره ماجستير. كلية الحقوق جامعه الجزائر سنة، 2007.

53) ريم عبيد، طرق ابرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة تبسة، 2002.

54) زبيرا رزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

55) عنتر بن مرزوق، الرقابة الادارية ودورها في مكافحة الفساد الاداري في الادارة الجزائرية، دراسة ميدانية لولاية برج بو عرييج، مذكرة ماجستير، كلية العلوم السياسية والاعلام، جتمعة الجزائر، 2008.

56) فائزة عمايدية، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية العلوم السياسية، قسم الحقوق 2013/2012.

مذكرات الماستر:

57) قتال نسيمه، مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247 15، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص دوله ومؤسسات عموميه، جامعه البويره، السنه الجامعيه 2018/2017.

58) وهيبه لعلي، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكر ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه بسكرة، 2015.

دمطبوعات المحاضرات:

59) قتال حمزه، النظرية العامة للالتزام، الفعل المستحق التعويض، محاضرات ألقيت على السنه الثانيه، جامعه اكلي محند اولحاج، كليه الحقوق والعلوم السياسيه، قسم القانون، سنه 2013 2014.

ه- المراجع باللغة الفرنسية:

60) Association Des Acheteurs Publics, Guide De La Négociation Dans La Procédure Adaptée, Guide Rédigé Par Les Membres Experts De L'AAP 1 Décembre.

61) BADRIN Adeline, La Négociation : Un Outil Adapté Aux Collectivités Locales, Institut Etudes Politiques De Lyon,

Mémoire DESS Management De Secteur Public, Collectivités Et Partenaires (M.S.P.C.I)2003/2004.

62) BENNADJI Cherif, Marchés Publics Et Corruption En Algérie,Revue D'études Et De Critique Social, N° 25, Alger, 2008.

63) Brahim Boulifa, Marchés Publics, Vol1, Berti Edition, Alger.

ملخص:

يقوم هذا البحث بدراسة التراضي كاستثناء للتعاقد الاداري (ابرام الصفقات العمومية) في اطار وباء كورونا ،حيث اولى المشرع طريقة التراضي بصورة عامة اهمية في مختلف قوانين الصفقات العمومية ، وعليه يمتاز التراضي بالنمط العادي والبسيط ، وقوام اساس هذا الطريق اعتبار التوافق بين اطراف التعاقد (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد).

وعليه مع ظهور فيروس كورونا المستجد كوفيد-19 على الساحة العالمية والوطنية ، اتخذت الجزائر على غرار كافة بلدان المعمورة اجراءات وتدابير وقائية صارمة لاحتوائها ومجابهتها، حيث يقتضي ابرام الصفقات العمومية الخضوع لاحكام الباب الاول من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، لكن امام الظروف الحرجة الناجمة عن اثار جائحة كوفيد -19، صعب التقييد بهذه الاحكام على اطلاقها،وفي غياب نص خاص يعنى بذلك ،وجب اللجوء الى مقتضيات القانونية الملائمة ، خاصة منها المنصوص عليها لمواجهة الحالات الاستعجالية والاستثنائية التي تطرا في اهم مرحلة تمر بها الصفقة العمومية ، الا وهي الابرام.

Abstract

A pandemic The Corvid's19 is consider as something new in the global and national arena, and it pose a serious threat to the right to life and health, their repercussions have appeared at all levels, especially un the economic and legal level. Algeria, as all countries in the world, has taken strict preventive measures to contain and confront them, which

made the business world and the contractual obligations required,

face great challenges today. The conclusion of public procurement requires compliance with the provision of Chapter One of presidential Decree No 15-247, which includes the regulation of public procurement and the mandates of the public facility, but in front of the unusual and critical circumstances resulting from the effects of covid19 and the measures taken to besiege it, it is difficult to adhere to these provisions on their release, and in the absence of a special text, it is necessary to resort to the appropriate legal requirements stipulated in the face of urgent and exceptional cases that occur in the most important stage through the public procurement, which is the conclusion stage.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

1	مقدمة.....
6	مقدمة.....
6	الفصل الأول:
6	التراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي
6	المبحث الأول: التاصيل المفاهيمي للتراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.
6	المبحث الثاني: صور التراضي كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.
8	...المبحث الأول: مفهوم التراضي كقاعدة استثنائية في إبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.
8	إن كان الأصل في إبرام العقود الإدارية هو لجوء الإدارة إلى إجراء الصفقة بمجمل قواعدها، فقد أجاز التنظيم اللجوء إلى التعاقد بالتراضي والتحرر من القيود الإجرائية المعمول بها.
8	ويعني التراضي لغويا: تفاعل من الرضا ضد السخط، هو الرغبة في الفعل أو القول والارتياح إليه، والتفاعل يدل على الاشتراك أما اصطلاحا يستعمله الفقهاء في نفس المعنى، حينما يتفق المتعاقدان على إنشاء العقد دون كراء أو نحوه، فيقولون مثلا: البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي وفي الآية الكريمة: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) .
9	المطلب الأول: التعريف بالتراضي كقاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية
9	اهتم المشرع الجزائري بتنظيم الأحكام المتعلقة بطرق إبرام الصفقات العمومية اهتماما كبيرا، ويظهر ذلك من خلال النصوص القانونية المتعاقبة الصدور في مجال الصفقات العمومية، لاسيما المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أولى طلب العروض أهمية بالغة كونها القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية وفقا لإجراءات وشكليات محددة، وفي مقابل ذلك اعترف أيضا للمصلحة المتعاقدة في حالات وظروف محددة، بالحق في اختيار المتعاقد الذي تتعاقد معه عن طريق أسلوب التراضي، الذي يعد استثناءا ويخرج عن التوجهات والمبادئ العامة في إبرام الصفقات العمومية، ويحررها من كل الشكليات والقواعد الإجرائية المألوفة في أسلوب طلب العروض.
9	وعليه نقسم المطلب الى فرعين اساسيين الاول يتضمن التعريف القانوني لاجراء التراضي كقاعدة استثنائية ، والتعريف الفقهي كفرع ثاني .
9	الفرع الأول: التعريف القانوني لإجراء التراضي كقاعدة استثنائية.
10	عرف قانون الصفقات العمومية سلسلة متتالية من التعديلات على مدار عدة سنوات وذلك حرصا من المشرع لإضفاء بعض المرونة عليّة وإكسابه شفافية أكبر من جهة، وحماية المال العام من كل تلاعب وتحايل من جهة أخرى، فتتعدت القوانين المنظمة للصفقات العمومية وكيفية إبرامها، وخاصة أسلوب التراضي فيها.
10	أولا: التراضي في الفترة من 1967 إلى غاية 2002.
13	ثانيا: من الفترة 2003 إلى يومنا هذا.
15	الفرع الثاني: التعريف الفقهي لأسلوب التراضي.
17	المطلب الثاني: تمييز إجراء طلب العروض عن التراضي في إبرام الصفقات العمومية

17	الفرع الاول: طلب العروض المبدأ العام في إبرام عقد الصفقة العمومية
18	أولاً: طلب العروض المفتوح
18	ثانياً: طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
19	ثالثاً: طلب العروض المحدود
20	رابعاً: المسابقة
21	الفرع الثاني: الأسلوب الاستثنائي في إبرام عقد الصفقة العمومية.
22	المبحث الثاني: صور التراضي كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.
22	المطلب الأول: التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي.
23	الفرع الأول: تعريف التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية.
23	الفرع الثاني: شروط التراضي البسيط كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية
24	الفرع الثالث : الحالات المبررة للجوء للتراضي البسيط
25	أولاً: حالة المتعامل المحتكر الوحيد:
25	ثانياً: حالة الاستعجال الملح والمعلل
26	ثالثاً: حالة تموين مستعجل ذي شروط خاصة
27	رابعاً: حالة مشروع استعجالي ذي أولوية وأهمية وطنية.
28	خامساً: عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج
29	سادساً: حالة تنفيذ خدمة عمومية من قبل مؤسسة عمومية وطنية
30	المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الوضع العادي
30	حيث تم التطرق من خلال هذا المبحث الى تعريف التراضي بعد الاستشارة (الفرع الاول) ، ثم الحالات المبررة للجوء للتراضي بعد الاستشارة (الفرع الثاني) ، و إجراءات إبرام صفقة التراضي بعد الاستشارة (الفرع الثالث) .
30	الفرع الاول: تعريف التراضي بعد الاستشارة
31	الفرع الثاني: الحالات المبررة للجوء للتراضي بعد الاستشارة

32.....اولا -عندما يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:	32
ثانيا -حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تتسجم طبيعتها مع طلب العروض:	32
33..... ثالثا -حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادسة في الدولة:	33
رابعا-حالة الصفقات الممنوحة والتي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب	34
عروض جديد:	34
خامسا -حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، والعلاقات الثنائية بين دولتين	34
تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات:	34
35.....الفرع الثالث: إجراءات إبرام صفقة التراضي بعد الاستشارة	35
36.....أولا: تنظيم الاستشارة (الدعوة للتعاقد)	36
39.....ثانيا- استشارة المؤسسات التي لم تشارك في طلب العروض:	39
46..... الفصل الثاني	46
46..... تطبيق ابرام الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا	46
46.....المبحث الاول: الاحكام المنظمة لصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا.	46
المبحث الثاني: تكريس مبداي المنافسة والشفافية في الاجراءات المكيفة لابرام الصفقات العمومية في	46
اطار وباء كورونا عن طريق التراضي البسيط.	46
48.....المبحث الاول: الاحكام المنظمة لصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا	48
المطلب الاول: الحالات الاستعجالية المبررة لابرام الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء	48
كورونا.	48
50.....الفرع الاول: الحالات المستعجلة .	50
50.....اولا -حالة الاستعجال الملح و المعلل :	50
51.....ثالثا - حالة مشروع استعجالي ذي أولوية وأهمية وطنية:	51
52.....الفرع الثاني: الحالات الاخرى.	52
52.....اولا -حالة المتعامل المحتكر الوحيد:	52

52 ثانيا - عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج
53 ثالثا - حالة تنفيذ خدمة عمومية من قبل مؤسسة عمومية وطنية:
54	المطلب الثاني: الاجراءات المكيفة لابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط في اطار وباء كورونا
55 الفرع الاول: مرحلة استصدار الرخصة
56 الفرع الثاني: مرحلة الدعوة إلى التعاقد
58 الفرع الثالث: مرحلة التفاوض
58 اولا - تعريف التفاوض:
59ثانيا :المبادئ التي يجب احترامها عند التفاوض
60 الفرع الرابع: مرحلة التعاقد
63	المبحث الثاني: تكريس مبداي المنافسة والشفافية في الاجراءات المكيفة لابرام الصفقات العمومية في اطار وباء كورونا عن طريق التراضي البسيط
	انطلاقا من الارتباط الوثيق بين الصفقات العمومية والمال العام ،فان حماية حقوق المتعاملين الاقتصاديين من جهة وحرصا على المال العام من جهة ثانية لا يكون الا بتكريس مبادئ تضمن حقوق المتعاملين الاقتصاديين من مبدا حرية المنافسة والذي بدوره يقتضي حتما اخضاع عملية ابرام الصفقات العمومية لمجموعة من المبادئ القانونية المعبر عنها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، غير ان الظروف الاستثنائية التي جاءت نتيجة وباء كورونا ،تفرض التعاقد دون مراعاة ذلك ، وبناءا على ذلك تم تقسيم المبحث الى مطلبين، تناولنا في (المطلب الاول) تحديد مبداي المنافسة والشفافية في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط في اطار وباء كورونا ،و 63 تطبيقات هذه المبادئ في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط (المطلب الثاني).
63	المطلب الاول: تحديد مبداي المنافسة والشفافية في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضيالبسيط في اطار وباء كورونا.
63	لدراسة هذا المطلب ، لا بد من التطرق لتعريف مبدا المنافسة (الفرع الاول) ، ثم التعريف بمبدا الشفافية (الفرع الثاني):

63	الفرع الاول: التعريف بمبدا المنافسة
64	اولا: التعريف التشريعي والفقهى لمبدا المنافسة
66	ثانيا: علاقة مبدا المنافسة بمبدا المساواة وحق تقديم العطاءات
69	ثالثا: الاساس القانوني لمبدا المنافسة في الصفقات العمومية:
75	الفرع الثاني: التعريف بمبدا الشفافية
75	اولا - التعريف الفقهى:
76	ثانيا: اهمية مبدا الشفافية في ابرام الصفقات العمومية
82	المطلب الثاني: تطبيقات مبدأي المنافسة والشفافية في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط.
82	بعد التطرق لمفهوم كل من مبدا المنافسة ومبدا الشفافية ، سنتطرق لدراسة تطبيقات هذه المبادئ، وذلك من خلال فرعين يتضمن (الفرع الاول) انتقاء تطبيق المنافسة في تكوين صفقات التراضي البسيط في ظل وباء كورونا والحدود القانونية له، ثم تطبيقات مبدا الشفافية في تكوين الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا (الفرع الثاني).
82	الفرع الاول: انتقاء تطبيق المنافسة في تكوين صفقات التراضي البسيط في ظل وباء كورونا
84	ثانيا: انتقاء تطبيق المنافسة في حالة الاستعجال الملح
85	ثالثا: انتقاء تطبيق المنافسة في حالة التموين المستعجل
86	رابعا: انتقاء تطبيق المنافسة في حالة مشروع ذي اهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا
87	خامسا: انتقاء تطبيق المنافسة عندما يتعلق الامر بترقية الانتاج والاداة الوطنية للانتاج
87	سادسا: انتقاء تطبيق المنافسة في حالة الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية
88	الفرع الثاني: تطبيقات مبدا الشفافية في تكوين الصفقات العمومية بالتراضي البسيط في اطار وباء كورونا.
95	خلاصة الفصل:
100	قائمة المصادر والمراجع
100	قائمة المصادر والمراجع

فهرس المحتويات.....	111
---------------------	-----