

مقدمة

إن الصفقات العمومية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالخزينة العامة و المال العام حيث تكلف اعتمادات مالية ضخمة نتيجة تعدد الهيئات الإدارية، فمما لا شك فيه أن هذه الأموال الضخمة لا بد أن تكون محلا لجلب متعاملين اقتصاديين على اختلاف أنواعهم و أشكالهم لمحاولة تحقيق رغباتهم في الربح من جهة، و تحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى، مع ترشيد نفقات المال العام محل الصفقات.

لذلك كان لزاما تكتيف الجهود لا سيما القانونية منها لمحاولة التغطية التشريعية الدقيقة لمراحل إبرام الصفقات العمومية ، لدرجة أدت إلى تعدد صور و أساليب ابرامها على مختلف التشريعات القانونية المتجددة و التي سوف تكون محل دراستنا في هذه الورقة البحثية، من خلال محاولة الكشف عن طرق و اساليب ابرام الصفقات العمومية في أحكام المرسوم 15-247 مع تسليط الضوء على الجوانب المستحدثة في هذا المجال.

مبحث تمهيدي

مفهوم الصفقات العمومية

كان لزاما قبل الحديث عن صور الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحتها التطرق أولا لتحديد مفهوم الصفقات العمومية التي تعتبر محلا للفساد الإداري وطريق للتربح من طرف أصحاب النوايا السيئة على حساب المال العام.

و للوقوف على مفهوم الصفقات العمومية سوف نتطرق إلى تعريفها في التشريعات الجزائرية المتتالية على مرحلتين أساسيتين نظرا لندرة التعريفات الفقهية لها، ثم إلى إجراءات إبرامها باعتبار أنها أهم المراحل التي يتم فيها التلاعب و ينتشر الفساد الإداري من خلال استغلال تداخلها و تشابكها.

الفرع الأول

تعريف الصفقات العمومية قبل 1989

لتعريف الصفقات العمومية سنبن التعريف القانوني لها عبر جميع المراسيم والأوامر الصادرة في الجزائر¹ قبل 1989، فكل التعريفات المقدمة لها هي تعريفات قانونية تضمنت تعريف للمصطلحات الخاصة بها ، لذلك سنقوم باستعراضها على النحو الآتي:

أولا: تعريف الصفقات العمومية في الأمر 67-290

¹ لقد اهتمت أيضا بقية التشريعات بتعريف الصفقات العمومية كالمشرع التونسي في الأمر 1638 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية حيث عرفها بأنها: " عقود مكتوبة تبرم لإنجاز أشغال أو للتزود بمواد أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة".

² هو أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال الذي صدر بموجب الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 في الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1967 و الذي تضمن عدة أحكام خاصة بالصفقات العمومية كالإبام الثاني الذي تضمن قواعد إبرام الصفقة و الباب الخامس الذي تضمن الأحكام المتعلقة باللجان الخاصة بعملية الرقابة، و قد خضع لعدة تعديلات كان آخرها الأمر 76-11 المؤرخ في 20 فبراير 1976، و قد كان هذا الأمر مسبوقا بنصوص أخرى خاصة بالصفقات في الفترة الاستعمارية نذكر منها:

- المرسوم الصادر في 30 أكتوبر 1953 المتعلق بتمويل صفقات الدولة و الجماعات العمومية.
- المرسوم رقم 53-405 المعدل للمرسوم السابق.

حيث عرفت الصفقات بموجب هذا الأمر بأنها: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون."

إن المادة السابقة عرفت الصفقات العمومية من خلال الاعتماد على معيارين أساسيين يتمثل الأول في المعيار العضوي حيث حددت أطراف الصفقة، و الثاني هو المعيار الموضوعي حيث حددت المادة طرق إبرام الصفقات العمومية، كما أكدت على أنها عقود شكلية لا بد من استيفائها لشروط الكتابة.

ثانيا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم 82-145³

عرف هذا المرسوم بدوره الصفقات العمومية في المادة 04 منه حيث جاء فيها: "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات."

إن الناظر إلى هذا التعريف من الوهلة الأولى يجد أنه حافظ على الشرط الشكلي المتعلق بالكتابة، و يتضح و كأنه تخلى عن المعيار العضوي كونها لم يحدد الهيئات كما فعل سابقه، لكن و بالرجوع للمادة 5 منه نجد أنه يقصد من مصطلح المتعامل العمومي الاحتفاظ بالمعيار العضوي حيث قام في هذه المادة بتفصيل الهيئات، كما أنه أضاف المؤسسات الاشتراكية و الوحدات الاقتصادية.

الفرع الثاني

تعريف الصفقات العمومية بعد 1989

سنبين من خلال هذا الفرع تعريف الصفقات العمومية بعد 1989، حيث أراد المشرع الجزائري التماشي مع التحولات السياسية للبلاد بعد تبني نظام التعددية الحزبية.

أولا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم التنفيذي 91-434⁴

حيث عرف بدوره الصفقات العمومية بأنها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود و مبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة."

ومن خلال قراءة هذا المرسوم نجد أنه حافظ على المعايير السابقة سواء الشكلية أو الموضوعي و أيضا العضوي حيث ذكر الهيئات في المادة 2 منه و اقصرها على الدولة و الولاية والبلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و الهيئات الوطنية مستبعدا بذلك المؤسسات العمومية الاقتصادية.

- المرسوم رقم 54-496 المؤرخ في 11 جوان 1954 الخاص بتبسيط الإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة و القرار التطبيقي له.

- المرسوم رقم 65-256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المعدل و المحدد لقواعد إبرام صفقات الدولة.

³ هذا المرسوم المؤرخ بتاريخ 10 أبريل 1982 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1982 الصادر من طرف رئيس الجمهورية ألغى بموجب المادة 162 منه عدة مواد من المرسوم السابق، كما ألغى عدة أوامر، و قد اتسم بالوجهة الاشتراكية التي ظهرت من خلال استناده على الميثاق الوطني و الدستور .

⁴ هذا المرسوم التنفيذي المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 موقع من قبل رئيس الحكومة الذي يعتبر منصب مستحدث في التعديل الدستوري 1989 في المادة 89 منه و قد تضمن 157 مادة ، تطرق فيهم لتعريف الصفقات العمومية و بيان طرق إبرامها والاستثناءات المتعلقة بتنفيذها و كل المسائل القانونية الأخرى الخاصة بها، و أقر مبدأ أساسيا من المبادئ الخاصة بها يتمثل في المساواة بين المتعاملين .

وهذا التغيير بفعل التأثير بالتحويلات السياسية التي تمر بها البلاد خصوصا إقرار التعددية الحزبية .

ثانيا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 02-250⁵

عرفها هذا المرسوم الرئاسي بأنها: " الصفقات عمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة." هذه المادة بدورها تؤكد على عنصر الكتابة، فضلا عن المادة 2 من ذات المرسوم التي حددت الهيئات الخاضعة لهذا التنظيم، حيث أضيفت المؤسسات التجارية والصناعية، وهذا ما جعل هذه المادة تتعارض مع المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية السابق فأثير إشكال بشأن بعض العقود التي تبرمها هذه الأخيرة.

ثالثا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 10-236⁶

عرفها هذا المرسوم بدوره في المادة 4 منه بأنها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة."

هذا التعريف لم يختلف عن سابقه فقد حافظ على المعيار الشكلي المتعلق بالكتابة وكذلك المعيار الموضوعي، أما المعيار العضوي فقد ورد في المادة الثانية منه بذكر للهيئات التي تدخل عقودها في إطار الصفقات المنظمة بموجب هذا المرسوم، وهذه المادة وقعت بدورها في التعارض مع المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي اكتفت بالطابع الإداري للمؤسسات العمومية.

رابعا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 12-23⁷

هذا المرسوم لم يحدث المادة 4 المتضمنة تعريف الصفقات العمومية بل اقتصر التحديث على المادة 2 من المرسوم رقم 10-236 لكنه لم يمس الهيئات المذكورة حيث حافظ على المعيار العضوي كما هو دون أي تعديل.

يتضح من خلال ما تقدم أن المشرع الجزائري قد اهتم على مر التطور القانوني السابق الخاص بالصفقات العمومية بمسألة تعريف هذا المصطلح رغم الاختلافات البسيطة بين التعريفات إلا أنها اعتمدت على ثلاث معايير أساسية لا يمكن الاستغناء عنها في هذا المجال هي:

- المعيار الشكلي.
- المعيار العضوي.
- المعيار الموضوعي.

وهو ذاته ما سارت عليه عدة تشريعات أخرى كالتشريع الفرنسي أيضا الذي عرف الصفقات العمومية بأنها هي العقود المكتوبة المبرمة بين الهيئات العمومية المذكورة في المادة 2 من ذات القانون فضلا عن المؤسسات الاقتصادية العامة أو الخاصة.⁸

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2002، والذي جاء بعد استعادة رئاسة الجمهورية عدة صلاحيات خولت فيما قبل للحكومة كصلاحيات إصدار التنظيم المخصص للصفقات العمومية، فالملاحظ على مجال الصفقات العمومية هو التداول من المراسيم الرئاسية ثم التنفيذية في 1991 ثم العودة للرئاسية في 2002، ولكنها تتفق رغم ذلك في صدورها من السلطة التنفيذية مما يسهل أمر تعديلها أكثر من تلك الصادرة عن السلطة التشريعية.

⁶ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن الصفقات العمومية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 58 لسنة 2010.

⁷ المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

خامسا: تعريف الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247:

فقد اخذ شأنه شأن المراسيم السابق في التعريف وهو ما تضمنته المادة 02 من احكام هذا المرسوم .

المطلب الثالث

طرق إبرام الصفقات العمومية

إن الملاحظ على التشريعات المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية من الأمر 67-90 إلى غاية المرسوم الرئاسي 12-23 يجد أن المناقصة كأصل عام و التراضي كإستثناء هما طريقا إبرام الصفقات العمومية، لذلك كان لزاما التطرق و لو بإيجاز لتعريفهما و بيان أهم أشكالهما، في ظل المرسومين الرئاسيين 10-236 الذي يعتبر ما قبل الأخير و المرسوم 12-23 الأخير في هذا الشأن و الذي تضمن بعض التحديثات في بعض المواضع التي سنبينها من خلال هذا العنصر .

حيث لا بد من الوقوف على احكام المرسوم 15-247 وهو موضوع حديثنا إذ نجده احد مأخذا جديدا وبتسميه جديدة ممثلا في طلب العوض في نصوصه القانونية بدا من الاساس القانوني الدعم لذلك المادة (39) .

كما يكون لنا التركيز في ورقتنا البحثية محصورة في المجال القانوني للمواد 39-52.

وعليه دون استبعاد ولا اقصاء لاحكام المراسيم السابقة سوف نتطرق اليها بصورة وجيزة .

الفرع الأول

طلب العروض (المناقصة)

إن طلب العروض (المناقصة) على خلاف الصفقات العمومية قد حظيت بعدة تعريفات سواء فقهية أو قانونية، سنركز على التعريفات

القانونية⁹ في مجال دراستنا لنقف على التغيرات التي مر بها هذا المصطلح من خلال التطرق للعناصر الآتية:

⁸ Article 1 « ...les marchés publics sont les contrat conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoin en matière de travaux, de fournitures ou de services... », ALAIN MENEMENIS, **Code des marchés publics et autres contrats**, commenté, 5 édition, DALLOZ, 2012, p7 .- JEROME MICHON, **les marchés publics en 100 questions**, guide pratique à l'usage des acheteurs et des prestataires, édition le moniteur, paris, 2009, p11 .

⁹ لقد مر تعريف المناقصة شأنه شأن تعريف الصفقات العمومية بعدة تعريفات قانونية بدءا بالمرسوم 82-145 الذي تضمن أول تعريف للمناقصة في المادة 33 منه على أنها: " إجراء يسمح بمنح الصفقة للعارض الذي يطلب أقل الأثمان . وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي و لا تخص إلا المترشحين المواطنين ."، حيث أن الأمر 67-90 لم يتضمن تعريفا لها ، و يتضح من التعريف السابق أن الإدارة مقيدة في اختيار المتعاقد بالمعيار المالي المتمثل في أفضلية العرض

أولاً: تعريف إن طلب العروض (المناقصة)

سنقوم بتعريفها في المرسومين الرئاسيين الأخيرين من خلال ما يلي مع إجراء عملية مقارنتيه مع احكام المرسوم 15-247:

1- تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي 02-250

لقد عرفها المرسوم الرئاسي 02-250 في المادة 21 على أنها: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض."

لقد سايرت هذه المادة سابقتها و لم تربط مسألة اختيار المتعهدين المتنافسين بالمعيار المالي بل ربطته بالأفضلية فأتحة المجال أمام الإدارة في إعمال سلطتها في تقدير معايير الأفضلية، هذا و قد انتقد جانب من الفقه مصطلح المناقصة على أساس أن مصطلح طلب العروض هو الأفضل و الأكثر تناسب مع المصطلح الفرنسي Appel d'offres 10.

2- تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي 10-236

لقد عرف هذا المرسوم أيضا المناقصة في المادة 26 بذات التعريف الوارد في المرسوم السابق دون أي تعديل و هذا هو المعمول به لأن المرسوم الرئاسي أيضا 12-23 لم يحدث هذه المادة.

3- تعريف طلب العروض في المرسوم الرئاسي 15-247:

عرف المشرع الجزائري طلب العروض في فحوى المادة 40 التي أحالتنا إليها المادة 39 بالاتي: هو إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للمتعهد الذي قدم احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية .

كما نجد انه قنن وصرح بصورة تأكيدية عن الحالات التي تظهر فيها عدم الجدوى في المطات الثلاثة :

1-عدم استلام غي عرض

2- عدم مطابقة اي عرض لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط بعد تقييم العروض

3- ضمان التمويل

من خلال استقراءنا أيضا لنص المادة نضيف إلى ما قلناه سابقا أن المشرع الجزائري أخذ مأخذ طلب العروض كأصل عام بصورة ضمنية لا صريحة.

كما انتقل من مصطلح أفضل العروض الى مصطلح احسن العروض وله ايضا قول في ذلك بالرجوع الى مجموعة من النصوص القانونية .

ثانيا: أشكال المناقصة في أحكام المراسيم السابقة .

للمناقصة أشكال متعددة بينها المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 سواء كانت وطنية أو دولية يمكن إجمالها فيمايلي:

1- المناقصة المفتوحة

من خلال تقديم أفضل الشروط المالية، و عرفها بعد ذلك المرسوم التنفيذي 91-434 في المادة 24 منه بأنها: " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض."، فالملاحظ أن هذا الأخير قد ربط العرض بالأفضلية و ليس بأقلية الأثمان من أجل منح الإدارة نوع من الحرية في اختيار المتعاقد وعدم ربطها بالمعيار المالي فقط.

¹⁰ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، (د.د.ن)، الجزائر 2006، 279.

يعبر عنها باللغة الفرنسية ب « Appel d'offre ouvert » 11 و هي حسب المادة 29 من المرسوم السابق إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا.

2- المناقصة المحدودة يعبر عنها بالفرنسية ب « Appel d'offre restreint » 12 و هي حسب المادة 30 فقرة 1 إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا.

وحددت الفقرة الثانية من المادة أعلاه هذه الشروط والمتمثلة في مجال التأهيل والتصنيف والمراجع المهنية المتناسبة مع طبيعة المشروع ومتطلباته.

3- الاستشارة الانتقائية

يعبر عنها باللغة الفرنسية ب « Consultation sélective » 13

حيث عرفتها المادة 31 المعدلة والمتممة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 بأنها إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي. 14

هنا نلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد منح للإدارة قدر واسع من الحرية من خلال السماح لها الاتصال بالمعاملين و انتقاءهم بكل حرية.

4- المزايمة

يعبر عنها بالفرنسية ب « Adjudication » 15 و هي حسب المادة 33 من ذات المرسوم إجراء لمنح الصفقة للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي و لا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

لقد ذهب البعض إلى القول بأن اللجوء لهذه الطريقة نادر و يتعلق بشراء اللوازم والخدمات البسيطة والمحددة، لأنه رغم ما يتضح من سرعتها إلا إعادة أنها ما تكون أقرب للجانب الاقتصادي. 16

فالمزايمة تقيد الإدارة في اختيارها للعارضين بمراعاة تقديم أقل الأثمان و هذا ما يعني التقيد بالمعيار المالي وحده و إهمال بقية المعايير الأخرى.

¹¹ Un appel d'offre ouvert est la procédure de passation qui offre à tout candidat, sans distinction, la possibilité de soumissionner, ce qui permet d'assurer une concurrence étendue, M.SABRI , K . AOUZIA , M .LALLEM , **guide de gestion des marchés publics**, édition du sahel, 2000, p76 .

¹²Un appel d'offre restreint est la procédure selon laquelle seuls les candidats agréés par le service contractant sont admis à remettre une offre, op,cit, p77.

¹³ La consultation sélective est la procédure selon laquelle seuls les candidats répondant à certaines conditions préalablement définies par le service contractant et spécifiquement invités sont autorisés à soumissionner , Et pour la mise en œuvre il convient de signaler que le service contractant peut à l'occasion d'opérations d'ingénierie complexes et /ou d'acquisition de fournitures spécifiques à caractère répétitif, procéder à une consultation directe d'entreprises qualifiées inscrites sur une short-list sur la base d'une présélection renouvelable tout les trois ans, ex : la réalisation de barrage, d'ouvrages souterrains, d'ouvrage d'art à grande portée, ici l'appel à la présélection est assuré par publicité d'annonce légale, ce mode est plus retenu pour M .P conclud par les wilayas et les communes, op , cit, 78.

¹⁴ التعديل المحدث في المرسوم الرئاسي 12-23 في بموجب المادة 6 لم يمس التعريف بل الإجراءات فقط.

¹⁵ L'adjudication est un mode d'attribution de marchés se caractérise par un appel à la concurrence effectué suivant un formalisme précis et porte sur des opération simples de type courant, il ne concerne que les candidats installés en algerie, op, cit, p79.

¹⁶ Op, cit, p81.

5- المسابقة

يعبر عنها بالفرنسية «concours»¹⁷ ، عرفتها المادة 34 المعدلة و المتممة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 بأنها ذلك الإجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.18

و هي تتم بموجب جملة من الإجراءات المنظمة بموجب المادة أعلاه التي يتبن من خلال استقراءها بأن المسابقة إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنه يركز على الجانب الفني مما يجعل المادة مقيدة جدا مقارنة بالعرض المرجو من الإجراء والمتمثل في إبرام المناقصة التي قد تتم من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين.

ثالثا: أشكال طلب العروض في أحكام المرسوم 15-247.

لطلب العروض أشكال متعددة بينها المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 سواء كانت وطنية أو دولية يمكن إجمالها فيمايلي :

1- طلب عروض مفتوح

يعبر عنها باللغة الفرنسية ب « Appel d'offre ouvert » و هي : إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا.

اي انه لم ياتي بجديد في النقطة المتعلقة بهذا الشكل . والعبر عنها بالمادة43

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا يعبر عنها بالفرنسية ب « Appel d'offre restreint » و هي حسب المادة44 فقرة 1 إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا.

وحددت الفقرة الثانية من المادة أعلاه هذه الشروط والمتمثلة في مجال التأهيل والتصنيف والمراجع المهنية المتناسبة مع طبيعة المشروع ومتطلباته، مع بداي بيان قوة ومركز دفتر الشروط في هذا النوع من الاشكال.

3- طلب العروض المحدود

يعبر عنها باللغة الفرنسية ب يعبر عنها باللغة الفرنسية ب « Consultation sélective »

حيث عرفتها المادة 45 والمادة 46 إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي

هنا نلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد منح للإدارة قدر واسع من الحرية من خلال السماح لها الاتصال بالمتعاملين و انتقاءهم بكل حرية. كما أكد على ظوره احترام مبادئ قيام الصفقة العمومية واعطى الحيز القانوني للعملية الإجرائية من خلال بيان اللجوء اليها اما على : مرحلتين أو على مرحلة واحدة مع بيان المتطلبات وكيفيات الانتقاء الأولي بصورة تبعد الادارة من دائرة التهمة والشك .

اضافة الى ذلك حدد المجال المغلق للاستشارة لبيانه عدد المتنافسين ولم يحدد العدد الادنى للعارضين مما يطرح ايضا تساؤل...ولماذا عكس ما اخذ به الرسوم 10-236 وما تلاه من تعديلات الى غاية 13-03.

¹⁷ Cet procédures met en compétition des hommes de l'art est utilisée lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique, économique , ou artistique justifient des recherches particulières, le concours peut porter soit sur :

-la conception d'un projet .
-l'exécution d'un projet préalablement établi.
-la conception d'un projet et son exécution.

¹⁸ التعديل هنا أيضا لم يمس التعريف بل الإجراءات التي أصبحت تنسم بالدقة أكثر من السابقة و الهدف دائما هو تقييد الإدارة قدر الإمكان بهدف تفعيل حماية الصفقات العمومية من الاعتداءات و صور الفساد التي تتعرض لها و التي سنبينها في حينها.

4- المزايدة

تم استبعادها في احكام هذا الرسوم كشكل من أشكال طلبات العروض.

5- المسابقة

يعبر عنها بالفرنسية « CONCOURS » ، عرفتها المادة 47 ودعمتها المادة 48 الإجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.

و هي تتم بموجب جملة من الإجراءات المنظمة بموجب المادة أعلاه التي يتبين من خلال استقراءها بأن المسابقة إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنه يركز على الجانب الفني مما يجعل المادة مقيدة جدا مقارنة بالغرض المرجو من الإجراء والمتمثل في إبرام المناقصة التي قد تتم من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين.

كما سبق وذكرنا دعم هذا الشكل بأساس قانوني يخفض الادارة من الوقوع في التهمة والشك ويبعدها تماما عن اي صورة من صور الفساد الإداري مؤكدا حيزا قانونيا للجنة التحكيم.

الفرع الثانيالتراضي.

يعتبر التراضي أسلوبا استثنائيا من أساليب إبرام الصفقات العمومية يختلف عن الرضى الذي يعتبر شرطا لإبرام العقود، فالتراضي هنا هو مصطلح فرنسي تم استبداله بمصطلح التعاقد بناء على مفاوضة « les marchés négociés »، والذي يهمننا هو تعريف هذا المصطلح في التشريع المعمول به في مجال الصفقات العمومية، لذلك سنحاول من خلال العناصر الآتية الوقوف على تعريفه و بيان أنواعه و أهم إجراءاته.

أولا: تعريف التراضي في المرسوم 15-247.

لقد اهتم المشرع الجزائري بتعريف التراضي المعبر عنه بالفرنسية بـ « Gré à gré » عبر المراحل التشريعية المختلفة للصفقات العمومية، 19 إلى أن عرفه في المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 بأنه ذلك الإجراء الهادف لتخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون المرور بالإجراءات الشكلية التي سبق الحديث عنها في المناقصة، كما أن المشرع اعتبره طريقا استثنائيا مقيدا بمجالات حددها حصرا في المادة 43 من ذات المرسوم.

والذي ذهب في السياق نفسه اجكام المرسوم 15-247 مؤكدا على ذلك بصوره صريحة على ان التراضي استثناء وليس بأصل حيث قنن بمواد مستدركة في نص المادة 51 منه في المطاتالسبع.

ثانيا: أشكال التراضي

إن التراضي الذي يعتبر طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية، حتى لا تلجأ الإدارة إليه كسبيل للتخلص من القيود القانونية المفروضة عليها في اختيار المتعاقد عن طريق المناقصة، يتخذ حسب نص المادة 27 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 10-236 شكلين أساسيين هما:

1- التراضي البسيط

¹⁹ بدءا بالمادة 60 من الأمر 67-90، المادة 27 من المرسوم 82-145، المادة 23 من المرسوم التنفيذي 91-434، المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250.

يعبر عنه بالفرنسية بـ 20 « Gré à gré simple » وهو الأساس بالنسبة لإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي حيث اهتم المشرع ببيان حالاته في بدقة في المرسوم الرئاسي 12-23 في المادة 6 التي عدلت و أتمت المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236 بإضافة الفقرتين 1 و 2 ، و المادة 4 من المرسوم الأول التي عدلت المادة 7 من المرسوم الثاني، حيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء لهذا الطريق إلا في الحالات الآتية:

- قبل الشروع في تنفيذ الخدمات في حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي. 21.
- في حالة تتم تنفيذ خدمات على وجه الاستعجال تتعارض في طبيعتها مع إجراءات إبرام الصفقة على أن تتم الموافقة على ذلك أثناء اجتماع الحكومة.
- عند عدم امكانية تنفيذ الخدمة إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتكر هذا النشاط لمقتضيات فنية أو تكنولوجية.
- عند الاستعجال الملح نتيجة خطر داهم يهدد ملك أو استثمار.
- في حالة تموين مستعجل التي تشبه لحد بعيد الحالة السابقة ماعدا في تخصيصها للتموين.
- في حالة مشروع ذي أهمية وطنية مع ضرورة الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، و هنا تم إضافة تقييد آخر يتمثل في المعيار المالي حيث لا بد أن يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000) د.ج، و إذا كان المبلغ أقل من ذلك فلا بد من الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

الخلاصة:

من خلال ما تقدم نخلص أن الصفقات العمومية كنوع من أنواع التعاقد الإداري تتميز بأهمية كبيرة في تحريك دواليب التنمية الشاملة كونها تتم من خلال تسخير المال العام لخدمة المصلحة العامة، كما أنها كانت محلا لصدور عدة نصوص تشريعية تتضمن في مجملها جملة من الثغرات القانونية أتاحت الفرصة لمستهدفي المال العام لاستغلالها في ممارسات الفساد الإداري بصوره المختلفة، هذا ما حول الصفقات من وسيلة للتنمية إلى وسيلة للثراء الفاحش على حساب المال العام و المصلحة العامة، كما أن تعقيد إجراءات ومراحل إبرام الصفقات العمومية كان له دورا فعالا في المساهمة في انتشار مثل هذه الصور الغير المشروعة.

بيننا أيضا من خلال هذه الدراسة تنظيم الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 10-236 و المرسوم الرئاسي 12-23 التي تضمن عدة تعديلات و تحديثات في عدة مواد بدءا بالمادة 2 التي تضمنت المعيار العضوي و حددت الهيئات الخاضعة لهذا القانون، ووصلنا إلى دراسة أحكام المرسوم 15-247 الذي جاء بعنوانه جديدة لمفهوم المناقصة الكلاسيكي "طلب العروض" على اختلاف أشكاله مستعبدا المزايدة على غرار المراسيم السابقة، مع التأكيد الصريح تارة و الضمني تارة أخرى في مواد القانون على استبعاد الإدارة من دائرة الاتهام و الشك، كما منحها حق التفويض من أجل دفع عجلة التنمية و حماية المال العام.

²⁰ Est la procédure exceptionnelle d'attribution d'un marché à un cocontractant donné sans mise en concurrence aucune, définition, op,cit, p84.

²¹ هنا حسب المادة 7 المعدلة بالمرسوم الرئاسي الأخير لا بد من ترخيص بقرار معلل من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني على أن ترسل نسخة إلى الوزير المكلف بالمالية و مجلس المحاسبة، على أن تعد صفقة تسوية خلال 6 أشهر ابتداء من توقيع المقرر المذكور أعلاه، مع مراعاة مقتضيات الرقابة الخارجية التي سنبينها في حينها.