

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية**المحور الخامس: طرق إبرام الصفقات العمومية**

قيد تشريع الصفقات العمومية الجديد رقم 12-23 سلطة المصالح المتعاقدة في اختيار إبرام بحيث تبرم المصلحة المتعاقدة صفقاتها وفق خيارين إجراء طلب العروض، إجراء التفاوض (التراضي سابقا) بشكله ويشكل الخيار الأول إجراء طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، في حين يشكل الخيار الثاني أي إجراء التفاوض (التراضي سابقا) بشكله الاستثناء عن القاعدة العامة والتي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليها إلا في حالات محددة على سبيل الحصر.

المطلب الأول: طلب العروض قاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية.

طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة العمومية دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.

كان المشرع الجزائري في السابق يطلق على الإجراء مصطلح "المناقصة" و استبدله بموجب المرسوم الرئاسي 15-247

يقصد بالمناقصة مجموعة الإجراءات القانونية الواجبة الإلتباع، قصد الوصول إلى اختيار المتعاقد الذي يحقق أفضل الشروط للإدارة، سواء من الناحية المالية أو التقنية، ولقد نص المشرع الجزائري على أسلوب المناقصة في المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 والتي تنص على: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعروض الذي يقدم أفضل عرض"، وفي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سماها المشرع طلب العروض في المادة 40: "طلب العروض هو 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 إطلاق الإجراء....".

والمناقصة تكون إما داخلية أو خارجية، أما بالنسبة لطلب العروض ومن خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 42 منه، **والمادة 39** من القانون الجديد رقم 12-23 فيمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و / أو دوليا.

لقد أولى تشريع الصفقات العمومية الجديد إجراء طلب العروض كأسلوب للتعاقد في مجال الصفقات العمومية أهمية خاصة، بحيث خصه بالأولوية في الإبرام ورصد له كما معتبرا من المواد ليضبط قواعده وإجراءاته محاولا بذلك استغلاله لتأمين ضمانات الحفاظ على المال في مرحلة الإبرام، لتحقيق المنافسة من أجل التعاقد مع المتعامل الاقتصادي الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية والتي من بينها السعر.

أما بالنسبة لأشكال طلب العروض فيمكن أن يكون وطنيا و / أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية وذلك حسب نص **المادة 42** من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وكذا **المادة 39** من القانون الجديد 12-23: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة.

أولاً: شكل طلب العروض المفتوح

إن هذا الشكل يعد من بين أكثر الأشكال تجسيدا للمنافسة لكونه يكفل لكل متعامل اقتصادي تقديم عرض وبذلك يتقدم للمنافسة عدد كبير من المتنافسين، مما يتيح للمصلحة المتعاقدة اختيار العرض الأحسن بل ويجعلها مرتاحة في اختيار العروض نظرا للعدد الغير المحدود من المتنافسين.

لقد تطرق لها المشرع الجزائري لتعريف هذا الشكل من خلال **المادة 43** من المرسوم الرئاسي 15-247 بقوله: "طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً".

ثانياً: شكل طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

هذا الشكل هو عبارة عن إجراء تمنح فيه فرصة للمتعاملين الاقتصاديين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة والتي يتم تحديدها مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة من أجل تقديم تعهداتهم.

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية

وقد عرف تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هذا الشكل من خلال **المادة 44** من المرسوم الرئاسي 247-15 بأنه: "إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة." وتخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.

ثالثا: شكل طلب العروض المحدود

في شكل طلب العروض المحدود سوف نتطرق إلى تعريفه ثم حالاته ثم مراحل لجوء المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود وذلك كما يلي:

1- تعريف شكل طلب العروض المحدود:

عرفته **المادة 45** من المرسوم الرئاسي 247-15 هو عبارة عن: "إجراء لاستشارة انتقائية يكون فيها المرشحون الذين تم انتقاءهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد." وما يلاحظ على شكل طلب العروض المحدود من خلال نص الفقرة الثانية من **المادة 45** من تنظيم الصفقات العمومية أنه يمكن للمصلحة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم.

2- حالات لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة:

نصت الفقرة الثالثة من **المادة 45** من تنظيم الصفقات العمومية على حالتين تلجأ فيهما المصلحة المتعاقدة عند تنفيذ الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة وهما:

- عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة.
- عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات ذات الأهمية الخاصة.

3- مراحل لجوء المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود:

يجري اللجوء إلى شكل طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلة واحدة وإما على مرحلتين كما يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة وذلك كما يلي:

✓ على مرحلة واحدة

وذلك عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/ أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

✓ على مرحلتين

حسب نص الفقرة الرابعة من **المادة 45** من المرسوم الرئاسي 247-15 واستثناء تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود على مرحلتين عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفة دراسات.

ونصت **المادة 46** من المرسوم الرئاسي 247-15 على عدة شروط في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود على مرحلتين، وذلك كما يلي:

- تتم دعوة المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي طبقا لأحكام **المادة 45** من المرسوم الرئاسي 247-15 في مرحلة أولى برسالة استشارة إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي.
- يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة من المترشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم.

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية

- يمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة من طرف المصلحة المتعاقدة بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة عند الاقتضاء وخبراء يتم تعيينهم خصيصاً لهذا الغرض ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين.
- يجب ألا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات والتفصيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية وتكون الأجوبة المكتوبة للمرشحين على طلبات التوضيحات أو التفصيلات ومحتوى محاضر الاجتماعات جزءاً لا يتجزأ من عروضهم ولا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلق بمحتوى عرض مرشح من المرشحين.
- تقترح لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض على إثر هذه المرحلة على المصلحة المتعاقدة إقصاء عروض المرشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي و / أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.
- لا يدعى إلا المرشحون الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية للقيام في مرحلة ثانية بتقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة ومؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة على إثر تقديم التوضيحات المطلوبة أثناء المرحلة الأولى.
- يمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة أتعاباً للمرشحين تمثل أجر مهمة التصميم حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية، ويجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة العروض التقنية تحت طائلة رفض هذه العروض.

✓ قيام المصلحة المتعاقدة باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين

يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة و / أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث (3) سنوات. وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يتم النص على كيفية الانتقاء الأولي على مرحلة واحدة أو مرحلتين والاستشارة في إطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط وتحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.

رابعاً: شكل المسابقة

أتاح قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء للمسابقة كشكل من أشكال طلب العروض في حالة ما إذا أرادت إنجاز أعمال تتميز بجوانبها التقنية والاقتصادية والجمالية أو الفنية الخاصة.

1- تعريف المسابقة:

عرفتها المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 هو عبارة عن: "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 ادناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة."

2- مجالات المسابقة

فصلت الفقرة الثالثة من المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مجالات المسابقة وهي: مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات.

3- الأشخاص المعنيين بالمسابقة:

تم حصرهم في رجال الفن وبالتالي فإن المسابقة تستدعيها أسباب فنية أو جمالية، وبالتالي هنا يطرح تساؤل من خلال هذا التعريف ويتمثل في: هل يستبعد التعريف المواضيع الأخرى التي ليس لها بالضرورة طابع جمالي أو فني؟ كتلك المتعلقة بالدراسات الاجتماعية أو الفكرية أو تلك التي تهدف إلى إنتاج برامج مثل البرامج التعليمية والثقافية أو التكوينية، ولذلك فإن

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية

حصر المسابقة في رجال الفن رغم سعة ما يمكن أن يفهم من كلمة رجال الفن يعتبر حصر للإجراء وهذا في مجالات لا تغطي كافة المواضيع والتي قد تحتاج لمنافسة وفق هذا الإجراء.

4- أشكال المسابقة:

حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى والثانية من **المادة 48** من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإن المسابقة تكون محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، أما فيما يخص المسابقة المتعلقة بالإشراف على الإنجاز فتكون محدودة وجوبا. كما لا تبرم صفقة الإشراف على إنجاز الأشغال وجوبا عن طريق المسابقة إذا لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من **المادة 13** من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، وإذا كان موضوع صفقة الإشراف يتعلق بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم.

5- إجراءات خاصة بالمسابقة:

تمر المسابقة بمرحلة أولية تتمثل في إعداد دفتر الشروط من قبل المصلحة المتعاقدة، وذلك بما يحقق لها الأهداف المسطرة ويجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج ونظام للمسابق، كما يجب أن ينص دفتر الشروط على كيفية الانتقاء الأولي عند الاقتضاء وتنظيم المسابقة.

وحسب نص الفقرة السادسة من **المادة 48** من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستنتم دعوتهم لتقديم تعهد وذلك بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم. وتطبيقا للفقرة الخامسة من **المادة 48** وفي إطار مسابقة محدودة يدعى المرشحون في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط، وبعد فتح أظرفة ملفات الترشيحات وتقييمها لا يدعى إلى تقديم أظرفة العرض التقني والخدمات والعرض المالي إلا المرشحون الذين جرى انتقاءهم الأولي.

6- تقييم عروض المسابقة:

يفرض نظام المسابقة بطبيعته أن يسند التقييم للجنة تتكون من خبراء في المجال موضوع المنافسة، وهذا أمر لا بد منه، لأن المنافسة في شكل المسابقة تمس الجانب الفكري والمعلوماتي، وعلى هذا الأساس يتم الإشراف على التقييم من طرف لجنة تحكيم للمسابقة ويشترط في أعضاء اللجنة أن يكونوا مؤهلين ومن ذوي الخبرات.

تجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، قد ثبت هذه اللجنة وذلك بموجب الفقرة الثامنة من **المادة 48** منه بحيث نصت على ما يلي: " يتم تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين."

أما بالنسبة لتشكيلة لجنة التحكيم فقد حسم المرسوم الرئاسي 15-247 في الفقرة التاسعة من **المادة 48** تشكيلتها ويكون ذلك بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، ويمنح أعضاء هذه اللجنة تعويضات حسب نسب وكيفية تحدد بموجب مرسوم تنفيذي وهذا ما نصت عليه الفقرة العاشرة من نفس المادة. وبموجب الفقرة الثانية عشر والفقرة الثالثة عشر **المادة 48**، فإن رئيس لجنة التحكيم يرسل محضر الجلسة مرفقا برأي معلل يبرز عند الاحتمال ضرورة توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات إلى المصلحة المتعاقدة، وعليه فإنه يتعين على هذه الأخيرة أن تخطر الفائز أو الفائزين المعنيين كتابيا لتقديم التوضيحات المطلوبة، وتكون الأجوبة المكتوبة جزءا لا يتجزأ من عروضهم.

كما يجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة الخدمات ولا في أظرفة العروض التقنية وذلك تحت طائلة رفض هذه العروض، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة عشر من **المادة 48**.

وأجازت الفقرة الأخيرة من **المادة 48**، للمصلحة المتعاقدة أن تدفع منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقا لاقترحات لجنة التحكيم وذلك حسب نسب وكيفية تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية بالنسبة لمشاريع إنجاز

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية

المباني، أما المشاريع الأخرى فتحدد نسب وكيفيات دفع المنح بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية.

وحفاظا على مصداقية ونزاهة العملية التنافسية فرضت الفقرة الحادية عشر من **المادة 48** على المصلحة المتعاقدة ضمان إغفال أطراف خدمات المسابقة قبل إرسالها إلى رئيس لجنة التحكيم، ويجب إغفال الأطراف إلى غاية التوقيع على محضر اللجنة التحكيم.

المطلب الثاني: التفاوض (التراضي) أسلوب استثنائي للإبرام.

يعرف التفاوض بأنه إجراء تخصيص الصفقة لمتعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، كما يمكن أن يكتسي التفاوض شكلين وهما التفاوض بعد الاستشارة والتفاوض المباشر. إن اللجوء إلى التفاوض في التعاقد في الصفقات العمومية، يعتبر إجراء استثنائي ولا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة رقم 41-42 من القانون رقم 23-12

أولا: التفاوض بعد الاستشارة (التراضي بعد الاستشارة سابقا)

يعتبر التفاوض بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية غير أنها تختلف عن صيغة التفاوض المباشر في كونها تضمن قدرا ولو محدودا من المنافسة والتي تنعدم في التفاوض المباشر.

1- حالات التفاوض بعد الاستشارة.

نص تشريع الصفقات العمومية الجديد على خمس حالات للتفاوض بعد الاستشارة وذلك كما يلي:

✓ عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

بينت لنا الفقرة الثانية من **المادة 40** من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حالة عدم جدوى إجراء طلب العروض بحيث 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 الموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

أي أن المصلحة المتعاقدة لجأت أولا لتطبيق القاعدة العامة وهي طلب العروض واتبعت الإجراءات، غير أنه لم يتم تقديم أي عرض من طرف المتعاملين الاقتصاديين أي أننا في هذه الحالة أمام صفر عرض، أو قدمت عدة عروض ولكنها لا تتطابق مع موضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات، ولذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن عدم الجدوى، ثم تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء طلب عروض جديد، وإذا ما تأكد نفس الوضع أي لا يتم استلام أي عرض أو عدم مطابقة العروض الموضوع الصفقة والمحتوى دفتر الشروط أو لا يمكن ضمان تمويل الحاجات وبالتالي عدم الجدوى للمرة الثانية، يتم اللجوء لحالة التفاوض بعد الاستشارة موضوع المطعة الأولى من المادة رقم 42 من القانون رقم 23-12.

✓ حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.

لقد وردت هذه الحالة في المطعة الثانية من المادة رقم 42 من القانون رقم 23-12، وتحدد خصوصية هذه الصفقة بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة، أو بالطابع السري للخدمات.

وهنا إذا لجأت المصلحة المتعاقدة لأسلوب التفاوض بعد الاستشارة بعنوان توافر هذه الحالة وقع عليها عبء تبرير الابتعاد عن أسلوب طلب العروض، وإبراز خصوصية صفقة الدراسات واللوازم والخدمات، ونشير هنا أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال العامة نظرا لاختفاء نص المادة أعلاه بصفة اقتناء اللوازم والدراسات والخدمات فلا تنطبق على غيرها.

✓ حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة.

هذه الحالة تتعلق بصفقة الأشغال العامة فقط، وهذا بصريح نص المطعة الثالثة من المادة رقم 42 من القانون رقم 23-12، بالإضافة إلى أن صفقة الأشغال تكون تابعة بصفة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، وبمفهوم المخالفة أن المؤسسات التابعة للمؤسسات العمومية السيادية بصفة غير مباشرة لا تعنى بهذا النص.

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية

وعند استقراء محتوى نص المطلة أعلاه نجدها لم تحدد وتضبط لنا المؤسسات السيادية في الدولة بل جاءت مطلقة ودون تحديد وضبط، فهل قصد المشرع هنا إعفاء مؤسسة الدفاع مثلا أو المؤسسة التابعة لقطاع المالية أو قطاع الخارجية أو قطاع العدل من إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض واللجوء إلى الاستثناء وهو التفاوض بعد الاستشارة؟

✓ حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب عروض جديد.

وهي حالة موضوعية نصت عليها المطلة الرابعة من المادة رقم 42 من القانون رقم 12-23 تبرر اللجوء للتعاقد بطريق التفاوض بعد الاستشارة طالما مرت المصلحة المتعاقدة بصدد صفقة اقتناء لوازم، أو أشغال، أو خدمات مثلا بمرحلة طلب عروض تطبيقا للقاعدة العامة، وتم اختيار المتعامل المتعاقد طبقا للأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية الجديد، وتم توقيع الصفقة من قبل السلطة المؤهلة وبدأت مرحلة التنفيذ، غير أنه نتيجة أسباب موضوعية حدث الفسخ، وتعذر إجراء طلب عروض جديد بالإجراءات والكيفيات المشار إليها في تشريع الصفقات العمومية، من إشهار وتلقي العروض والمنافسة وتقييم العروض وإعلان النتائج والظعن في النتيجة وباقي الإجراءات، لذا ونظرا لهذه الدواعي الموضوعية رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد بطريق التفاوض بعد الاستشارة.

✓ حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجيات التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية.

وهي الحالة موضوع المطلة الخامسة من المادة رقم 42 من القانون رقم 12-23، وفي هذه الحالة يتعين قصر مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية وفي حالة إبرام اتفاقيات مضمونها تحويل الديون إلى مشاريع واستثمارات بناء على اتفاق الدولتين هنا وفي هذه الحالة تلزم الإدارة المتعاقدة بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المقدم للقرض، وتتجلى الحكمة في ذكر هذه الحالة من حالات اللجوء للتفاوض في تكريس واحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي وهي حالة معقولة ومبرر إدراجها في حالات التفاوض.

2- الحدود القانونية للتفاوض بعد الاستشارة:

بعد تعداد حالات التفاوض بعد الاستشارة يمكن القول أنه في ما عدا الحالة الأولى المذكورة في المطلة الأولى من المادة 42، تكون المصلحة المتعاقدة مضطرة إلى إعداد دفتر الشروط في بقية الحالات الأخرى أي مطلة 2، 3، 4، 5 قبل الشروع في الاستشارة كما يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة العمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة محل نشر هذا الالتزام نص عليه تنظيم الصفقات العمومية في نص المادة 52.

وهو ملزم للمصلحة المتعاقدة وذلك محاولة من المشرع الجزائري على أن يجعله إحدى آليات تكريس الشفافية في إبرام الصفقة بطريق التفاوض بعد الاستشارة وذلك ليتمكن المتعهدين من ممارسة حقهم في الظعن، إذا ما عارضوا اختيار المصلحة المتعاقدة.

كما نصت المادة 46 من تشريع الصفقات العمومية الجديد رقم 12-23 على إلزامية الإشهار الصحفي في شكل التفاوض بعد الاستشارة.

وفي حالة الخدمات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعا سريا يعوض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، وهذا ما نصت عليه الفقرة التاسعة من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ولأخذ خصوصية بعض الصفقات بعين الاعتبار ولا سيما منها تلك التي تنفذ في الخارج والتي تبرم مع الفنانين أو المؤسسات المصغرة حسب الشروط المنصوص عليها منظومة الصفقات العمومية، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تكييف محتوى الملف الإداري المطلوب من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، وهذا تطبيقا لنص الفقرة الحادية عشر من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية**ثانياً: التفاوض المباشر (التراضي البسيط سابقاً)**

يبدو واضحاً من خلال نص المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا نص المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23 الجديد أن المشرع الجزائري كرس أسلوب التعاقد بطريق التفاوض المباشر معترفاً للمصلحة المتعاقدة بعدم إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض، وبالتالي تحريرها كأصل عام من القيود فيما عدا بعض المسائل الواجب إتباعها في حالات خاصة، إلا أن إطلاق سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها وتمكينها من حق الاختيار فرض من جهة أخرى تقييدها بحالات اللجوء للتفاوض المباشر بالإضافة إلى الحدود القانونية له.

1- حالات التفاوض المباشر:

حدد تشريع الصفقات العمومية الجديد رقم 12-23 حالات اللجوء للتفاوض المباشر على سبيل الحصر وذلك كما يلي:

✓ حالة الاحتكار.

هذه الحالة تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة عندما لا يكمن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو الحماية 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، وهذا ما نصت عليه المطة الأولى من المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23...

✓ حالة ترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة.

نصت المطة الثانية من المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23 أنه عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة كما هي معرفة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما مقدمة الخدمات في مجال الرقمنة والابتكار بشرط أن تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة.

✓ حالة الاستعجال الملح.

نصت المطة الثالثة من المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23 على أنه في حالة وجود استعجال ملح بشرط أن يكون معللاً من طرف المصلحة المتعاقدة وذلك بوجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً لها، أو الأمن العمومي، أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع إجراءات إبرام الصفقات العمومية، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذه الحالة، واشترط المشرع أن الحالة الاستعجال الملح شرطين وهما: شرط لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وشرط أن هذه الحالة لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، واشترط المشرع هذان الشرطان محاولة منه لضبط المصلحة المتعاقدة أكثر على العمل في مجال التعاقد بالقاعدة العامة ألا وهي طلب العروض.

✓ حالة التموين المستعجل.

نصت المطة الرابعة من المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23 على أنه تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى حالة التموين المستعجل والمخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، ومعنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة من حيث الموضوع أمام وضعية تخص مجالاً في غاية من الأهمية هو مجال التموين ويتعلق بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد، فكأنما المصلحة المتعاقدة أمام حالة ميدانية تكون فيها في حاجة ماسة وسريعة لأن تتحرك بغرض ضمان حسن تموين وتوفير جيد ومستمر ومنظم لحاجة ما أو مادة معينة للسكان، كما لو تعلق الأمر بمادة القمح أو الزيت أو الحليب أو أي مادة ذات الاستهلاك الواسع، فلو تم إلزام المصلحة المتعاقدة بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكفله من نشر وأجال وإجراءات لأثر ذلك سلباً على السوق فشهد خلا من حيث توفير الحاجات العامة وفي ذلك إضرار بالسكان لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التفاوض المباشر.

✓ حالة مشروع ذي أهمية وطنية يكتبي طابعاً استعجالياً.

لا شك بأن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثراً ايجابياً عاماً يمس كل إقليم الدولة طالما وصفت الفقرة أعلاه المشروع بأن له أهمية وطنية، ولقد اشترط المشرع على المصلحة المتعاقدة عند لجوئها لهذه الحالة أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وهذا ما نصت عليه المطة الخامسة من المادة رقم

المحاضرة الخامسة : طرق إبرام الصفقة العمومية

41 من القانون رقم 12-23، كما أضافت شرطا آخر في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية وهو خضوع الصفقة للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000.000) دج، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

✓ حالة عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج والأداة الوطنية للإنتاج.

والحكمة من إدراجها هو تمكين المصلحة المتعاقدة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، واشترطت المطة السادسة من المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23 على ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000.000) دج، أو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر أي يقل عن عشرة ملايين دينار جزائري. إن هذه الفقرة الأخيرة غير موجودة في المرسوم الرئاسي رقم 10/236 وتم النص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وكرستها المطة السادسة من المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23 لتتلاءم وطبيعة التوجه الاقتصادي الرامي إلى ضرورة ترقية المنتج الوطني والبحث عن مصادر أخرى خارج التبعية للمحروقات.

✓ حالة الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

نصت المطة السابعة من المادة رقم 41 من القانون رقم 12-23 على أنه تلجأ المصلحة المتعاقدة لهذه الحالة عندما يمنح نص تشريعي، أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

2- الحدود القانونية للتفاوض المباشر:

قيد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التراضي البسيط (التفاوض المباشر في ظل القانون رقم 12-23) من خلال نص المادة 50، وذلك في خمس حالات كما يلي:

- بحيث يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط أن تحدد حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة 27 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد والتي تنص على أن: "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء إبرام صفقة عمومية. يحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة..."، واستثنى التنظيم الجديد أيضا بموجب نص المطة الأولى من المادة 50 حالات استثنائية منصوص عليها في المرسوم والتي لا تحدد فيها الحاجات من طرف المصلحة المتعاقدة وفق نص المادة 27.

- كما تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هي محددة في المادة 54 من نفس التنظيم والتي تنص على ما يلي: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها."

- تختار المصلحة المتعاقدة أيضا متعاملا اقتصاديا يقدم عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من التنظيم الجديد.

- تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 06 من المادة 52 من نفس التنظيم، والتي تنص على أنه: "...ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة. وتجرى المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في احترام الأحكام المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم....".

- تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.