



جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر
في تخصص: حقوق قانون إداري
تحت عنوان:

إجراء التفاوض في إبرام الصفقات العمومية
وفقا لقانون 12-23

إشراف الأستاذ
" د. دهمه مروان "

إعداد الطلبة
" نؤيشة فتيحة "

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الرتبة	اسم ولقب الأستاذ
رئيسا	جامعة غرداية	محاضر (ب)	د . مصباح عز الدين
عضوا مناقشا	جامعة غرداية	محاضر (أ)	د . برج أحمد
مشرفا مقررا	جامعة غرداية	محاضر (أ)	د . دهمه مروان

الموسم الجامعي: 1446 هـ - 1447 هـ / 2025 م - 2026 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى من حصدت اليوم ثمار غراسه، إلى من علمني أن الطموح لا يعرف
المستحيل. إلى روح أبي الغالي *بلغيث* "رحمه الله"، الذي رحل عني جسداً وبقي
في قلبي وعقلي نبراساً يضيء لي عتمة الطريق عاشا غيثاً ومات غيثاً، حيث ما
ذكر اسمه إلا و أزهرت المجالس وتهللت الأسارير. أهديك هذا العمل الذي هو
نتاج دعواتك ورضائك، سائلة المولى عز وجل أن يتقبله مني صدقة جارية في
ميزان حسناتك، وأن يجمعني بك في الفردوس الأعلى.

شكر وفلک

الحمد لله

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله تنزل الخيرات والبركات ويتوفيقه لتحقيق المقاصد والغايات،
فلک الحمد ربي حتى ترضى.

والصلوات والسلام على رحمة الله المهداة للعالمين ونعمته المسداة للمؤمنين، وحجته البالغة على الناس
أجمعين سيدنا وإمامنا وحبيبنا ومعلمنا سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم النبي الصادق الوعد الأمين وعلى
آله وصحبه أجمعين.

انطلاقاً من قول رسولنا الحبيب (من لم يشكر الناس لم يشكر الله) فأول ما نتوجه بالشكر والثناء الحسن
على الله تعالى صاحب تحقيق المقاصد والغايات .

وننقدم بالشكر الجزيل للدكتور القدير * الدهمة مروان *

الذي تكرم بالإشراف على هذه المذكرة، والذي لم يدخر جهداً بتقديم النصح والإرشاد والدعم المعنوي
وتقديم الآراء والتوجيهات والمتابعة المستمرة.

الأستاذة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول قراءة المذكرة والحكم عليها وإبداء ملاحظاتهم القيمة كما
ننقدم بالشكر الجزيل إلى وكل من ساهم في وصولنا إلى هذه المرحلة

ولكل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد و أنكر خالي برني شيخ و الدكتور حمزة خير
الناس .

مقدمه

مقدمة

تمثل الصفقات العمومية أبرز العقود الإدارية التي تعتمد عليها الدولة لتجسيد سياساتها وتسيير المال العام، حيث تهدف من خلالها المصلحة المتعاقدة لخدمة الصالح العام وتلبية احتياجات المواطنين المتعددة، كما تُشكل القناة الأساسية لتدفق السيولة المالية والأداة الاستراتيجية التي تُسخرها السلطات لإنجاز وتجهيز وتسيير مختلف المرافق العمومية الحيوية.

وتبرز أهمية هذه الصفقات في كون الاقتصاد الوطني يرتكز جوهرياً على الإنفاق الحكومي لتحريك الدورة الاقتصادية عبر توسيع نطاق النفقات، وعليه يُعد نظام الصفقات الإطار القانوني والوسيلة الفعالة لتنفيذ المشاريع الاستثمارية الكبرى وتسيير الموارد العمومية وتجسيد مخططات التنمية الوطنية، وبذلك تصبح هذه الصفقات من أهم المحركات والآليات التي تساهم في تحقيق التطور والنهوض الاقتصادي المنشود.

وقد أولى المشرع الجزائري عناية بالغة لطرق التعاقد، ويتجلى ذلك في الترسنة القانونية المتطورة التي واكبت التحولات السياسية والاقتصادية للبلاد، حيث تُعد مرحلة الإبرام المحطة الأهم في عمر الصفقة، وقد ضبطها المشرع عبر نصوص قانونية متعاقبة، كان آخرها المرسوم الرئاسي 15-247، وصولاً إلى القانون رقم 23-12 الذي ينظم حالياً الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وقد كرس هذا الإطار التشريعي أسلوب "طلب العروض" كأصل عام للإبرام، بينما صنف إجراء "التفاوض" كطريقة استثنائية لا تلجأ إليها الإدارة إلا في حالات حصرية حددها القانون بدقة، ويُركز هذا البحث في مذكرتنا الحالية على دراسة هذا الإجراء الاستثنائي.

ويعود اختيارنا لموضوع التفاوض في الصفقات لجملة من الأسباب الذاتية والموضوعية:

- تتجلى الدوافع الشخصية وراء هذه الدراسة في الاهتمام الخاص بقطاع الصفقات العمومية وكونه جزء من المجال الإداري الذي أزال فيه مهام كموظفة في مديرية الأشغال العمومية .

-تتمحور الأسباب الموضوعية حول الأهمية الاستراتيجية لحماية المال العام ومكافحة الفساد؛ إذ تُعد الصفقات العمومية بيئة عرضة للتجاوزات ومجالا خصبا للفساد. ومن هذا المنطلق، سعى المشرع إلى تقنين اللجوء لأسلوب التفاوض وحصره في نطاق ضيق، وذلك لسد الثغرات التي قد تؤدي إلى الانحراف .

الدراسات السابقة: من أهم الدراسات السابقة التي تناولناها هي:

-مباركية هيفاء، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،أسلوب التفاوض في إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 12-23، جامعة الشيخ العربي تبسي -تبسة- كلية الحقوق و العلوم سياسية سنة 2025/2024 اتفقت هذه الدراسة مع موضوعنا في عدة نقاط .

-بلهادي طارق -زوزو زوهير مذكرة ماستر بعنوان إجراء التفاوض كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية دراسة على ضوء القانون 12-23 ،جامعة بسكرة ،كلية الحقوق و العلوم سياسية ،2024/2023 كانت دراسة موضوعية ممتازة تطابقت تقريبا مع موضوع بحثنا .

-حمادي حبيبة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، إجراء التفاوض اللاتنافسي في الصفقات العمومية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق و العلوم سياسية ،2024/2023 تقاطع بحثنا معها في عدة نقاط ، بل أغلب النقاط باستثناء أنها ركزت على الجانب الرقابي للتفاوض بالمبحث الثاني من الفصل الثاني و الذي كان متميزا .

من أهداف الدراسة : تسليط الضوء على نظام الصفقات العمومية في ظل التشريع

الجزائري الجديد، من خلال التركيز على النقاط التالية:

- تحديد حالات اللجوء إلى إجراء التفاوض كآلية استثنائية وفقاً لما أقره القانون رقم 12-23.
- تبيان المسار الإجرائي والخطوات العملية الواجب اتباعها لإبرام الصفقة بأسلوب التفاوض.
- إبراز أهم المميزات الجوهرية التي استحدثها المشرع في تنظيم هذا النوع من الصفقات.

صعوبات الدراسة :

نظراً لكون التراضي إجراءً استثنائياً في إبرام الصفقات العمومية، فقد واجهنا تحديات في توفير المراجع المتخصصة؛ حيث تركز أغلب الدراسات على أسلوب "طلب العروض" بصفته الأصل

العام، مما أدى إلى نقص ملحوظ في المصادر التي تتناول الجوانب التفصيلية والعملية للتعاقد بالتفاوض .

اشكالية موضوع الدراسة:

"كيف وازن المشرع الجزائري في القانون 23-12 بين مرونة إجراء التفاوض كآلية استثنائية للإبرام، ومتطلبات الحماية القانونية للمنافسة والمال العام؟"

المنهج المتبع: اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي؛ بهدف استعراض المفاهيم القانونية والإدارية المرتبطة بموضوع البحث، وتحليل النصوص التنظيمية التي تحكم إجراء "التفاوض" في الصفقات العمومية، مع تقييم مدى توفيق المشرع في صياغة القواعد المنظمة لأسلوب التفاوض، سواء من حيث تحديد أشكاله أو ضبط إجراءات إبرامه.

ولتحقيق ذلك، تم الاستعانة بالمنهج التاريخي عبر تتبع التطور التشريعي لإجراء التفاوض والعودة للنصوص السابقة والوقائع المرتبطة بها.

خطة الدراسة بناء على ما تقدم وما تم الذكر، قسمنا موضوع البحث على شكل فصلين: يتضمن الفصل الأول: الإطار الموضوعي للتفاوض في مجال الصفقات العمومية ، حيث تناولنا فيه مبحثين المبحث الأول بعنوان: التفاوض أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية. والمبحث الثاني بعنوان : أشكال أسلوب التفاوض في إبرام الصفقات العمومية . أما الفصل الثاني معنون ب الإطار الإجرائي في إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض حيث تناولنا فيه مبحثين المبحث الأول بعنوان: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التفاوض المباشر. والمبحث الثاني بعنوان: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التفاوض بعد الاستشارة.

الفصل الأول: الإطار

الموضوعي للتفاوض في إبرام

الصفقات العمومية

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

تُشكل الصفقات العمومية أداة استراتيجية أساسية تستخدمها الدولة والأشخاص المعنوية العامة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتلبية المصلحة العامة من خلال تنفيذ المشاريع وتوفير الخدمات. ونظراً لضخامة الأموال المستثمرة فيها وتنوع أطرافها، لم تعد الأساليب التقليدية الجامدة كافية لوحدها لإبرام هذه العقود بكفاءة؛ بل أصبحت الإدارة بحاجة إلى مرونة أكبر تضمن لها تحقيق التوازن بين حماية المال العام وضمان جودة التنفيذ.

من هذا المنطلق، برزت آلية "التفاوض" كخيار قانوني وتقني هجين يسمح للمصلحة المتعاقدة بمناقشة الشروط المالية، التقنية، والقانونية مع المتعاملين الاقتصاديين قبل الارتباط النهائي. غير أن هذا التفاوض داخل البيئة الإدارية لا يتحرك في فراغ، بل يستند إلى "إطار موضوعي" صارم يحدد نطاقه، مجالاته، والمسائل التي يجوز أو يحظر النقاش حولها، وذلك لضمان عدم المساس بمبادئ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، المساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات.

بناءً على ذلك، يسعى هذا الفصل إلى تفكيك الإطار الموضوعي للعملية التفاوضية في الصفقات العمومية، من خلال ضبط المفاهيم الأساسية المرتبطة بها، وتحديد المسائل الموضوعية التي تشملها المفاوضات، معتمدة على المفاهيم في المبحث الأول و أشكال أسلوب التفاوض في المبحث الثاني .

المبحث الاول: التفاوض أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية

يعتبر التفاوض أحد أهم الأدوات الاتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف من أجل تحديد الالتزامات المترتبة خلال مرحلة التفاوض تحديداً دقيقاً يستجيب لمتطلبات العملية التفاوضية، وتتعدد استخدامات عقود التفاوض في مجال عقود التجارة، في صور وأشكال مختلفة وذلك بحسب حاجة الأطراف.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم عقد التفاوض، وفي المطلب الثاني أركانه.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

المطلب الأول: مفهوم التفاوض في الصفقات العمومية

يُعتبر التفاوض أداة أساسية في العلاقات التجارية والقانونية، حيث يهدف إلى تحقيق اتفاق يرضي جميع الأطراف المعنية. هو عملية حوارية تُستخدم لتبادل الآراء والأفكار بشأن قضايا مشتركة، مما يُتيح للأطراف التكيف مع الظروف المتغيرة .

الفرع الأول: تعريف التفاوض

تُعد الصفقات العمومية أداة الدولة لتحقيق التنمية، ويتأرجح إبرامها بين صرامة المناقصات ومرونة الأساليب التقديرية، حيث يبرز التفاوض كآلية استثنائية تمنح الإدارة سلطة الحوار المباشر لمناقشة شروط التعاقد .

أولاً - التعريف اللغوي والاصطلاحي لإجراء التفاوض : يقصد بالتفاوض لغة هي المساومة والمشاركة، وتفاوضوا في الحديث أي اخذوا منه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاض بعضهم بعضاً ، أما المفاوضة تعني الاشتراك في كل شيء ومثال ذلك التفاوض والمساواة والمشاركة في الأمر، وتفاوضوا في الأمر فاضوا فيه بعضاً لبعض¹ ، والتفاوض يعني أيضاً لغة سعي الطرفين لتسوية النزاع القائم بينهم عن طريق الحوار المباشر أو بواسطة من ينوب عنهم².

يُقصد بها فقهيّاً: التفاعل والنقاش وتبادل الرؤى بين الأطراف، بغية التوصل إلى اتفاق مشترك يحسم مسألة أو يحقق مصلحة في المجالات الاقتصادية، القانونية، التجارية، أو السياسية...الخ³ كما أن التفاوض يقابله باللغة الفرنسية مصطلح "négociation" ومفاده أن يتم التعامل في مجال إبرام العقود مع عارض أو عارضين محددين، أو أن تناقش عروضهم على نحو خاص

¹ - هاني عبد المعطي عبد العاطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة ، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة بنها، مصر، المجلد 34 ، العدد 03 يوليو 2019، ص 110.

- معجم المعاني الجامعة، متوفر على الرابط الإلكتروني التالي: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar->

ar/ تاريخ الزيارة 2026/03/25 ، توقيت الزيارة : 10:00

³ هاني عبد المعطي عبد العاطي الغيتاوي المرجع السابق، ص 111.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

للتحقق الملائمة لما تطلبه المصلحة المتعاقدة، فطرفي العقد يشتركان في التفاوض على العرض ودراسته من جميع الأوجه حتى يكون مقبولا من الطرفين، وهو ما يفيد صعوبة الجمع بين مبدأ المنافسة ومبدأ التفاوض، فمبدأ المنافسة concurrence يراد به السماح لكل من تتوفر فيه الشروط بأن يقدم عرضا للإدارة يراعى فيه الدعوة للتعاقد أملا في أن يكون الاختيار مبني على انسب للعروض وأكثرها تحقيقا للحاجات المعلن عنها فيتم بذلك قبول أو رفض العروض¹ ، ومما لا شك فيه أن التفاوض كمصطلح يعني تبادل المقترحات والتقارير والدراسات الفنية التي يتم تبادلها من قبل أطراف التفاوض والتي تجعل منه عقدا متوازنا من خلال ما ينبثق عنه من حقوق والتزامات للطرفين² ، وينبع أيضا استخدام التفاوض من الاهتمام بالفعالية والسعي إلى شرعية

العمل العام. حيث يمكن اعتبار التفاوض أحد أنماط إنتاج معايير الدولة عندما يتعلق الأمر بإدارة وتسيير الشؤون العامة³.

وبالتالي يمكن لنا أن نستخلص الداعي من إبراز مصطلح التفاوض بدلا عن التراضي الذي كان منصوص عليه سابقا، هي رغبة المشرع الجزائري على إظهار أهمية التفاوض في مجال إبرام الصفقات العمومية.

يقصد بالتراضي من الناحية اللغوية ذلك التفاعل التبادلي المشترك الناشئ عن الرضا والارتياح للقول أو الفعل، وهو ذاته المعنى الذي تبناه معظم الفقهاء في الاصطلاح الفقهي والقانوني؛ حيث يعبر عن توافق إرادتي طرفي العقد وتطابق الطموح المشترك بينهما على إنشاء الالتزام

¹ - عباس صادقي، جيلالي تشوار التفاوض عند إبرام العقود الإدارية: القاعدة والاستثناء دراسة مقارنة لأحكام التفاوض عند إبرام العقود المدنية ومدى انطباقها على العقود الإدارية في فرنسا ومصر والجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، المجلد 05 ، العدد 02/2020، ص 410.

² هاني عبد المعطي عبد العاطي الغيتاوي المرجع السابق، ص 111.

³ - Sophie Nadal, Négociation, Dictionnaire d'administration publique, Presses universitaires de Grenoble, 2014,p339.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

التعاقدية وإتمامه بكامل حريتهما واختيارهما دون التعرض لأي ضغط أو إكراه¹، وبالتالي فإن مصطلح التراضي لا يدل بالضرورة على حدوث تفاوض فيه ولا على أهمية التفاوض التي أولها المشرع أهمية في ظل القانون الجديد.

ثانيا - التعريف القانوني لإجراء التفاوض

عرف المشرع الجزائري إجراء التفاوض في المادة 40 من القانون رقم 23-12 على أن: "إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"² وبالتالي إن أسلوب التفاوض هو إجراء استثنائي عن إجراء طلب العروض تلجأ إليه الإدارة في حالات مذكورة على سبيل الحصر كونه لا يظهر فيه مظاهر المنافسة بين المترشحين كسمة من سمات إجراء طلب العروض.

والملاحظ حول التعريف الذي جاءت به المادة 40 أنه يتطابق تماما مع تعريف أسلوب التراضي الذي نصت عليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص على

أن : "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"³ ويتضح من خلال مقارنة هذه المادة مع نص المادة 40 من القانون الجديد أنها متطابقة تماما في تعريفها لكلا الأسلوبين وهو ما يفيد أن المشرع قد استبدل مصطلح التراضي بالتفاوض لا أكثر ولا أقل فهما يحملان نفس المعنى ونفس المدلول، غير أن المشرع في القانون الجديد حاول فقط إبراز مصطلح التفاوض نظرا للأهمية التي يتميز بها، ويمكن لنا بناء عليه التطرق

¹ وهيبة لعل التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2014/2015، ص11.

² المادة 40 من لقانون رقم 23-12 المؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق لـ 5 غشت (أوت) سنة 2023، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 51، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2023.

³ المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 ذي الحجة 1436 الموافق 4 أكتوبر 2015، (الملغى).

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

في هذه الحالة إلى بعض التعريفات القانونية للتراضي كون هذا الأخير لا يختلف عن إجراء التفاوض.

حيث عرف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في نص المادة 22 منه التراضي أنه: " هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"¹، أما المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فنص على أن: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"².

وبالتالي يمكن أن نستنتج من خلال المواد السابقة أن التراضي يتطابق مع التفاوض لأنهما إجراء ان استثنائيان لإبرام العقود الإدارية يعترف القانون للإدارة المتعاقدة فيهما بإختيار المتعامل

المتعاقدين معهما في ظروف وحالات محددة، دون الحاجة إلى الإشهار والنشر ودون داعي الإعلام الغير، ولكن بحسب رأي الدكتور **عمار بوضياف** فإن القصد من تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد أن الإدارة تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية التي نصت عليها الإجراءات التي تمر بها المناقصة أو طلب العروض، يتم اختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات.

وبالتالي فهو إجراء ينبع من ضرورة إطلاق حرية الإدارة في الاختيار³، وهو ما يتفق في المعنى مع أسلوب التفاوض الذي جاء في نص المادة 40 من القانون رقم 23-12 الذي بدوره إجراء يستهدف تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة كما هو معمول به في إجراء طلب العروض.

¹ المادة 22 المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادر بتاريخ 28 يوليو 2002.

² المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية (الملغى).

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة جسور للنشر والتوزيع الجزائر 2011، ص 184/185.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الجدير بالإشارة في الأخير أن المشرع الجزائري قد أضاف فقرة ثانية في نص المادة 40 من القانون رقم 12-23 حول إجراء التفاوض، حيث جاء فيها على أنه : " يسمح إجراء التفاوض للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض بشأن الأسعار وشروط تنفيذ الصفقة العمومية"¹، وهو ما يفيد بأن إجراء التفاوض محصور بين المصلحة المتعاقدة والمترشح ويشمل الجوانب المالية إلى جانب شروط التنفيذ .

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التفاوض

عقد التفاوض لا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط والأركان المقررة لإبرام العقد بوجه عام وهي الرضا السبب، المحل، لكن الإشكال يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لعقد التفاوض ومدى ما يتمتع به من ذاتية واستقلال في ظل ارتباطه بإنشاء عقد آخر، ووقوعه في مرحلة التفاوض السابقة على مرحلة إبرام العقد، وهنا ينبغي حصر النقاش في التفرقة بين ما إذا كان عقد التفاوض قد تم في إطار اتفاق مبدئي مستقل لا يحتوي عقد آخر ، أم أنه ولد في صورة شرط أو تحفظ يتضمنه عقد آخر قائم²

وتبدو أهمية هذه التفرقة في مجال الإثبات، إذ سهل إثبات الاتفاق على التفاوض عندما يكون موضوعا لشرط يتضمنه عقد آخر ثابت بالكتابة وقد يتحقق الإثبات الكتابي للالتزام بالتفاوض من الرسائل المتبادلة بين الأطراف خلال فترة المفاوضات.

ففي حالة وروده في صورة شرط يتضمنه عقد آخر قائم، لا تثير المسألة صعوبة تذكر، بحيث يعتبر اتفاق التفاوض جزء لا ينفصل عن العقد الذي ورد به، ولا يتمتع بأي وجود ذاتي مستقل عنه، باعتباره شرطا فيه، ولأنه يشكل في هذه الحالة اتفاقا على التفاوض بشأن تنفيذ هذا العقد

¹ المادة 40 من القانون رقم 12-23، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية المرجع السابق.

² حمادي حبيبة، إجراء التفاوض اللاتنافسي في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر ،كلية الحقوق و العلوم سياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2023/2024 ، ص 8.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

وليس إبرامه وبالتالي يضاف الالتزام بالتفاوض إلى سائر الالتزامات المرتبة على هذا العقد، وينصب الحديث إذاً حول القيمة القانونية لهذا الالتزام.

بينما تنشأ الصعوبة إذا تم الاتفاق على التفاوض استقلالا، أي يقصد إبرام عقد مستقل، ليس بتنفيذ عقد قائم، وهو ما يشير إليه الفقه والقضاء في فرنسا باستخدام مصطلح الاتفاق المبدئي، وقد ذكرنا أن محكمة النقض الفرنسية، وفقا لما جرى عليه قضاؤها منذ حكم 24/03/1958 ترى في هذا الاتفاق رابطة عقدية، كما يتقيد به الأطراف حيث أنشأوا بمقتضاه وتمهيدا لإبرام العقد النهائي، التزاما بالاستمرار في التفاوض.¹

الفرع الثالث: أركان العقد :

التفاوض على العقد عموما هو تصرف إرادي يتم دائما برضى الطرفين و بالاتفاق المشترك سواء كان هذا الاتفاق ضمنيا أو مكتوبا أو شفويا، كما يجب أن يكون عقد التفاوض ممكنا ومعينا، أو قابلا للتعين، كما يشترط أن يكون مشروعاً، فضلا عن توافر الباعث أو الدافع إلى التعاقد وإلا كان عقد التفاوض باطلا.

أولاً: ركن الرضا

أ- تعريف الرضا:

1 الرضا هو ركن جوهري في العقد ذلك أن العقد يستمد منه قوامه² ويتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، بغرض إحداث أثر قانوني، وهو ترتيب التزامات معينة ويتكون التراضي طبقا للقواعد العامة من الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو التعبير عن إرادة الشخص الذي يوجه العرض الأول للتعاقّد، والذي يجب أن يكون جازما و باثا و نهائيا، ومتى اقترن بإرادة مقابلة، وهي القبول انعقد العقد.

وقد تناول المشرع الجزائري ركن التراضي، حينما نصت المادة 59 من القانون المدني على أنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية)، وتضيف المادة 60 من القانون المدني، عند تناولها طرق التعبير عن

¹ محمد عبدو، الطبيعة القانونية للاتفاقيات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وآثارها، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، جامعة سعد دحلب البليدة، 2007، ص 64.

² معمر صونية، وعراب نورة تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم سياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2017، ص 8.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الإرادة بقولها: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا). وعليه يمكن القول بأن عقد التفاوض يتم بمجرد تبادل إيجاب و قبول متطابقين، وذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه دعوة إلى الطرف الآخر للدخول في التفاوض ، وهي تعد بمثابة إيجاب بالتفاوض وتتضمن اقتراحا للتعاقد، وعندما تصادف هذه الدعوة قبولا من الطرف الآخر، ينعقد عقد التفاوض.

وأیضا يشترط في الإيجاب بالتفاوض أن يكون جازما و حاسما، صادرا عن نية قاطعة ونهائية يعكس عزمنا نهائيا على التفاوض، كما يجب أن يكون القبول بالإيجاب غير مقترن بأي قيد أو شرط.¹

يعد الرضا شرطا لازما في الصفقة العمومية على غرار كل العقود، إذ تتم الصفقة العمومية كأی عقد آخر باقتران إرادتين، يعبر عنهما بالإيجاب والقبول، فإرادة المتعهد تمثل إيجابا وإرادة المصلحة المتعاقدة تمثل قبولا، تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات متبادلة في ذمة الطرفين.²

فإذا كان الرضا غير مستقل وواضح، أو إذا كان مشوبا بعيب من عيوب الرضا، فإن العقد يكون باطل، وذلك كتعويض للإرادة وحماية لحرية الإرادة.

بحيث يقول الفقيه François Terre بهذا الصدد: لقد تم اعتبار أن تلاقي إرادتي الأطراف الحرة والواضحة تؤدي مبدئيا إلى نتائج صحيحة ... ولكن نذهب أبعد من ذلك إذا ما اعتقدنا أن

¹ بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص قانون عام، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة 2016-2017، ص 30.

² معمري صونية، وعراب نورة ، المرجع السابق ، ص 8 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الذين حرروا تقنين المدني اعتبروا عن طريق سبب واحد الناتج عن حرية الاتفاق بين الإرادتين، بأن العقد كان صحيح بالنسبة لمن كانوا أطرافا فيه، وأنه مفيد بالنسبة للمجتمع.¹

ثانيا: ركن المحل

حتى يكتمل البناء القانوني لعقد التفاوض كما هو الشأن بالنسبة للعقود الأخرى، لابد أن يكون له محل، ومحل عقد التفاوض هو سعي الأطراف المتفاوضة إلى إبرام العقد النهائي.

وعليه، وطبقا للقواعد العامة، لابد أن يكون المحل ممكنا أي أن لا يكون العقد المراد إبرامه مستحيلا في ذاته، كأن يكون العقد النهائي المراد إبرامه بيعا، وكان الشيء المبيع غير موجود في الحال، أو في المستقبل، أو أن يكون الشيء المبيع قد هلك قبل الاتفاق على التفاوض، وفي هذه الحالة يقع عقد التفاوض باطلا، وذلك لعدم وجود المحل و هذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيه على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا).

ويشترط أيضا في المحل أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وذلك بأن تحدد الأطراف طبيعته على الأقل، كأن

يكون عقد بيع أو عقد إيجار، وإلا كان العقد باطلا لعدم تعيين المحل، وهذا ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري، على أنه إذا كان محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره وإلا كان العقد باطلا...).

كما يشترط في العقد النهائي باعتباره المحل الذي تنصب عليه العملية التفاوضية أن يكون مشروعاً، أي ألا يخالف النظام العام والآداب العامة، حتى لا يكون عقد التفاوض باطلا بسبب

¹ بن بكرة عفيف، حق المؤسسة في المنافسة المشروعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد 40 تلمسان 2016-2017، ص 40 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

عدم مشروعية محله، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري، على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام، والآداب العامة كان العقد باطلا).

ثالثا : ركن السبب

طبقا للقواعد العامة، فإن السبب يعني الباعث أو الدافع إلى التعاقد، بمعنى الهدف الذي يراد تحقيقه من قبل الأطراف من خلال الدخول في العملية التعاقدية، ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً و يفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، ومن ثم فإنه حتى يقوم عقد التفاوض لابد أن يبنى على سبب أو باعث يدفع الأطراف إلى التفاوض، والسبب في عقد التفاوض هو إتمام العقد النهائي المزمع إبرامه.

وإذا كان الباعث أو الدافع إلى التفاوض هو إبرام العقد النهائي، فإن هذا السبب لابد أن يكون مشروعاً، وإلا كان عقد التفاوض باطلاً وذلك لعدم مشروعية السبب، وهذا ما قضت به المادة 98 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يثبت الدليل على غير ذلك)¹.

المطلب الثاني :التفاوض في ظل تنظيمات الصفقات العمومية

يستوجب الإحاطة بموضوع التفاوض في الصفقات العمومية دراسة الأسس التنظيمية التي يقوم عليها، والوقوف على الحالات التي أجاز فيها المشرع للإدارة الخروج عن القواعد العامة للمنافسة واعتماد أسلوب الحوار والمناقشة. وبناءً عليه، سنخصص هذا المطلب لدراسة العناصر التالية:

الفرع الأول : التعريف التشريعي لأسلوب التفاوض

والملاحظ حول التعريف الذي جاءت به المادة 40 من القانون 23-12 على أن:

¹بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص32،31.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة¹ وبالتالي فهو يتطابق تماما مع تعريف أسلوب التراضي الذي نصت عليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي تنص على أن: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"²، ويتضح من خلال مقارنة هذه المادة مع نص المادة 40 من القانون الجديد أنها متطابقة تماما في تعريفها لكلا الأسلوبين وهو ما يفيد أن المشرع قد استبدل مصطلح التراضي بالتفاوض لا أكثر ولا أقل فهما يحملان نفس المعنى ونفس المدلول، غير أن المشرع في القانون الجديد حاول فقط إبراز مصطلح التفاوض نظرا للأهمية التي يتميز بها، ويمكن لنا بناء عليه التطرق في هذه الحالة إلى بعض التعريفات القانونية للتراضي كون هذا الأخير لا يختلف عن إجراء التفاوض.

ابتداء ينبغي التوضيح 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.

والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن المصلحة المتعاقدة بموجبه تتحرر من القواعد الإجرائية المعروفة في المناقصة وتمكينها من اختيار المتعاقد معها دون التقيد بالإجراءات، فتتفاوض مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقا لما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام.

وعن موقف المشرع الجزائري فقد ظهر هذا الأسلوب بصفة متأصلة في مختلف التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، إلا أنه فيما يخص استعمال المصطلح التراضي - وهو ليس الوحيد في ذلك - ليس في محله، أو بتعبير أدق هو محل نظر، لأن التراضي هو أساس كل العقود سواء كانت تخضع للقانون الخاص أو للقانون العام كما هو الشأن في الصفقة

¹ - المادة 40 من القانون رقم 23-12، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية المرجع السابق.

² - المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية (الملغى) مرجع سابق.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

العمومية فمهما اختلفت طريقة إبرامها فيستلزم توافره حتى في الحالات التي تبرم فيها الصفقة تبعا لأسلوب المناقصة أو المزايدة وحتى الاستشارة الانتقائية والمساابقة.¹

وبتحقق التراضي في الحالتين فبات من الضروري إيجاد مصطلح يتوافق والآليات التي تتم بها هذه الطريقة وبالتالي فإن أنسب مصطلح يوافق هذه الطريقة هو الاتفاق المباشر أو التفاوض (الاتفاق المباشر مصطلح يستعمله المشرع المصري أما التفاوض مصطلح يستعمله المشرع الفرنسي)².

الفرع الثاني: صور عقد التفاوض

يتخذ عقد التفاوض صورا تستجيب لرغبة الأطراف بالاستمرار في التعاون بعد انقضاء العقد المبرم، حيث يتضمن هذا الأخير شرط التفاوض من أجل تجديد العقد، لاستمرار التعامل بين الطرفين، كما قد يتضمن العقد النهائي شرطا يقضي بالتصدي للظروف الطارئة التي قد تطرأ أثناء عملية تنفيذ العقد من أجل رفع المشقة عن المدين، الذي لا يستطيع تحمل الأعباء المستجدة، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، كما قد يتضمن العقد كذلك شرطا يقضي بالالتزام بالتفاوض من أجل التسوية الودية للمنازعات التي قد تثور بين الطرفين، بسبب تنفيذ العقد قبل عرض النزاع على القضاء أو التحكيم.

أولاً: شرط التفاوض من أجل تجديد العقد

إذا حقق العقد الغاية الاقتصادية التي أبرم من أجلها بالنسبة لطرفيه، فإن ذلك يحفز ويدفع الطرفين إلى السعي من أجل استمرار العلاقة التعاقدية، لمدة زمنية أخرى عن طريق تجديد العقد وفقا لشروط جديدة ويحدث ذلك على وجه الخصوص بالنسبة للعقود محددة المدة، حيث

¹ تيايب نادية ،آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ،رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 23-11-2013 ، ص 99 .

² عبيد ريم ، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة ، 2005، ص100 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

يبحث طرفا العقد إمكانية تجديد هذا النوع من العقود، عن طريق إدراج شرط في العقد يقضي بذلك.

ويلعب هذا الشرط دورا أساسيا في الحفاظ على مصير العقد، وذلك من خلال ترتيب التزام يقع على عاتق طرفيه بالتفاوض، لاختيار طريقة معينة من شأنها إبقاء العقد مستمرا، ولاسيما إذا كانت هذه العلاقة قد حققت نجاحا بين الطرفين في السابق.¹

ثانيا : شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد

وهو الشرط الذي يدرجه الطرفان في العقد، ويلتزمان بمقتضاه بالتفاوض من أجل تعديل شروط العقد، في حالة حدوث ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد ويعرف هذا

الشرط تحت مسميات عديدة hardship وهو مصطلح إنجليزي، أو الظرف الطارئ clause clause أو شرط العدالة والإنصاف ، clause de révision أو شرط المراجعة d'imprévision d'équité، ويتم استخدام هذه المسميات للتعبير عن حالة من المشقة، أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغير الظروف التي أبرم على أساسها، ويقضي شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد من الأطراف، إعادة التفاوض لمواجهة الظروف التي أخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد، من خلال مناقشة الالتزامات التي يربتها العقد وتعديلها إلى الحد المناسب، والعدل لرفع الضرر الجسيم عن الطرف الذي يواجه مشقة في تنفيذ التزاماته.

وتعد العقود الزمنية أو المستمرة المجال الخصب الذي يطبق فيه شرط إعادة التفاوض، بغرض تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، لأن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يمر العقد بمراحل زمنية متعاقبة كعقود نقل التكنولوجيا مثلا أو عقود التوريد ... إلخ.

¹ بوطالة معمر ، المرجع السابق، ص 32 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

والملاحظ أن شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي، لا يطبق على العقود الاحتمالية التي تحتل بطبيعتها الكسب والخسارة الجسيمة، وتقوم على المخاطرة فلا يمكن للمتعاقد الذي يصاب بخسارة من جراء تنفيذه للعقد طلب تعديله، استنادا إلى تغير الظروف، لأنه كان عليه أن يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات .¹

ثالثا : شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع

أحيانا تتضمن بعض العقود والاتفاقات ذات التنفيذ المستمر أي التي يمتد تنفيذها على فترة زمنية طويلة شرطا يلزم أطرافها بالتفاوض حول مواضيع محددة، ويهدف هذا الشرط إلى إلزام طرفا العقد بالتفاوض إذا ما نشأ بينهما نزاع أثناء تنفيذ العقد، وذلك بغرض التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم.

تظهر أهمية شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاعات في أن:

إرادة الأطراف تتجه غالبا إلى رفض فكرة اللجوء إلى القضاء الوطني، ويعود ذلك إلى التخوف من التعصب الذي قد يسيطر على القضاء الوطني، فضلا عن التخوف من أمر القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم واللغة المستعملة، كل هذه الأمور وغيرها، تدفع الأطراف إلى تضمين العقد شرط التسوية الودية، كونه الحل الأنسب بالنسبة للجميع.

لا لهذا الشرط أهمية أيضا تظهر في القوانين التي لا تسمح للقاضي بتعديل شروط العقد بهدف إعادة التوازن للعقد المبرم بين الطرفين.²

الأصل أن يرد شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع صريحا، وقد يرد ضمنا كأن ينص أحد بنود العقد على تعهد الطرفين بحل كل نزاع ينشأ عن العقد عن طريق التحكيم، إن لم تنجح

¹ بوطبالة معمر، نفس المرجع، ص 35، 36 .

² حمادي حبيبة ، مرجع سابق ، ص 18 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

المفاوضات في حله وحسمه، أو أن ينص أحد بنود العقد على أن (كل نزاع ينشأ عن هذا العقد ولا يتوصل الطرفان إلى تسويته وديا يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم).

قد يحدد شرط التسوية الودية للمنازعات مدة محددة للتفاوض ويلزم الطرفين بعدم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، إلا بعد انقضائها من ذلك النص على أن (تحال إلى المحكمة كل المنازعات المتعلقة بتفسير هذا العقد أو تنفيذه، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل لها، خلال مدة لا تقل على شهرين).

وإذا تم الاتفاق على شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع فإن ذلك لا يمنع أيا من الطرفين من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم مباشرة، ولكن القضاء إذا نظر في الدعوى كان له أن يعتبر عدول أحد الطرفين عن التفاوض خطأ عقديا يستوجب التعويض، ويكون للقاضي

أو هيئة التحكيم أن تتخذ عدول أو تجاهل أحد الطرفين لشرط التفاوض قرينة قضائية على عدم سلامة موقفه وسوء نيته، ويعتبر الطرف الذي لم ينفذ التزامه بالتفاوض مخلا بالتزام عقدي وهو التعهد بالتفاوض بغرض التوصل إلى حل ودي للنزاع القائم، الذي يعترض سبيل العقد وتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية .

وما يشار إليه في هذا السياق أن شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع لا يلزم الطرفين بالتوصل إلى حل للنزاع القائم، لكن يلزمهما فقط بالتفاوض بحسن نية بغرض إيجاد حل للنزاع بالطرق الودية.¹

الفرع الثالث : التمييز بين التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة في إبرام الصفقات العمومية

ميز المشرع الجزائري ضمن المادة 37 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، بين كيفيتين في إبرام الصفقات العمومية، تقوم الكيفية الأولى التي تشكل

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 38.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

القاعدة العامة، على إجراء طلب العروض، أما الكيفية الثانية فتتمثل في إجراء التفاوض، الذي يشكل الاستثناء. وقد ميز المشرع في إجراء التفاوض بين كل من التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة، إذ جعل لكل شكل من أشكال التفاوض حالات خاصة به، مما يعني أن الإجراءان على الرغم من أنهما يشتركان من حيث كونهما كيفيتان استثنائيتان لإبرام الصفقات العمومية، إلا أن هناك نقاط اختلاف تفرق بينهما.

يشارك كل من التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة في إجراء دعوة المصلحة المتعاقدة للمتعهد لفتح باب التفاوض معها قبل منح الصفقة له، وذلك عكس أسلوب طلب العروض الذي لا يُسمح فيه بأي تفاوض مع المتعهدين قبل منح الصفقة وموافقة حائزها، وذلك عملاً بأحكام المادة 45 من القانون 12-23. فالتفاوض مسموح به قبل منح الصفقة في حالة إبرامها عن طريق التفاوض المباشر .

والتفاوض بعد الاستشارة، في حين أنه بالنسبة للصفقة المبرمة عن طريق طلب العروض يكون ممكناً فقط بعد منح الصفقة وموافقة الحائز لها، ولا يمس التفاوض في هذه الحالة شروط المنافسة ولكنه يكون بغرض ضبط الصفقة وتحسين عرض المتعامل مع المصلحة المتعاقدة لاسيما من ناحية السعر والآجال.

أما فيما يخص نقاط الاختلاف بين التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة، فيكمن في انعدام وانتقاء إجراء المنافسة والإعلان في التفاوض المباشر¹، بينما لا يخلو التفاوض بعد الاستشارة من إجراء المنافسة في اختيار المتعاقد معها، ولكنه ليس بدرجة المنافسة المكرسة في إبرام الصفقات عن طريق طلب العروض، فعلى الرغم من أن المشرع نص صراحة على انعدام الدعوة الشكلية في إجراء التفاوض²، إلا أن هذا الوصف ينطبق على نوع واحد من إجراء التفاوض وهو التفاوض المباشر، فالدعوة إلى المنافسة تنعدم كلية في التفاوض المباشر بينما

¹ بن زيان سعادة، التراضي إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، جامعة محمد خضير بسكرة، أكتوبر 2021، ص 291 .

² المادة 40 فقرة أولى من القانون رقم 12-23، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

تكون موجودة لكن بصفة محدودة في التفاوض بعد الاستشارة ولا ترقى إلى المنافسة المكرسة في إجراء طلب العروض¹، فتنتفي المنافسة في جميع حالات التفاوض المباشر المذكورة على سبل الحصر ضمن المادة 41 من القانون 12-23، بينما تضيق فقط بالنسبة للحالات الخاصة باللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة، ففي التفاوض بعد الاستشارة الذي يتم اللجوء إليه في حالة الإعلان عن عدم جدوى إجراء طلب العروض للمرة الثانية، فإن المصلحة المتعاقدة قامت بإجراء طلب العروض في مرحلة أولى، وكرست مبدأ المنافسة، لكن نظرا لعدم استلام أي عرض أو لعدم مطابقة أي عرض الموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، لم يعد هناك جدوى من الاستمرار في باقي الإجراءات المتعلقة بطلب العروض، وعليه يتم اللجوء في مرحلة ثانية مباشرة إلى التفاوض بعد الاستشارة في إبرام الصفقة.

كما أن المصلحة المتعاقدة تلتزم في التفاوض بعد الاستشارة بإعداد دفتر الشروط قبل الشروع في الاستشارة على خلاف التفاوض المباشر الذي يكون باستدعاء المتعامل الذي تنوي التعاقد معه مباشرة للتفاوض، دون أن تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بوضع دفتر شروط.

كرس المشرع كذلك مبدأ شفافية الإجراء بالنسبة لحالة التفاوض بعد الاستشارة، حيث جعل اللجوء إلى الإشهار إلزاميا عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعن طريق الصحافة المكتوبة

والصحافة الالكترونية المعتمدة بالنسبة لإبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الاستشارة أو عن طريق طلب العروض²، مستثنيا بذلك أسلوب التفاوض المباشر من هذا الإجراء.

¹ ضريفي نادية، لجلط فواز، إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مجلة صوت القانون، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة، المجلد السادس، العدد 02 نوفمبر 2019، ص 221.

² المادة 46 من القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية مرجع سابق.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

المبحث الثاني : أشكال أسلوب التفاوض في إبرام الصفقات العمومية

إذا كان الأصل في إبرام الصفقات العمومية هو الخضوع لقواعد المنافسة العلنية، فإن المشرع قد أوجد استثناءات تمنح الإدارة هامشاً من المرونة عبر أسلوب التفاوض، وهو أسلوب لا يتخذ قالباً واحداً بل يتجلى في صور وتنظيمات متنوعة وضعها المنظم القانوني لتناسب طبيعة الاحتياجات العامة. وتتنوع هذه الأشكال بين 'التراضي البسيط' الذي تمليه حالات الاستعجال أو الخصوصية التقنية، وبين 'التراضي بعد استشارة' الذي يمزج بين مرونة الحوار ومبادئ التنافس، بهدف الوصول إلى الاتفاق الأمثل وضمان كفاءة الإنفاق العام. ولدراسة هذه الأنماط والإجراءات بشكل مفصل، سنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول : إجراء التفاوض المباشر

يعد التفاوض المباشر أحد أشكال الصيغ التفاوضية في إبرام الصفقات العمومية، حيث يعتبر قاعدة استثنائية لها شروط ومبررات.

لاعتبارها مجالا خصبا للفساد نظرا لمرونة التعاقد التي يوفرها خاصة على مستوى إجراءات الإبرام ؛ الأمر الذي جعل من تنظيم الصفقات العمومية يقيد هذا الاستثناء بحالات اللجوء اليه. وعليه تطرقت في الفرع الأول لتعريف التفاوض المباشر وفي الفرع الثاني لحالات اللجوء للتفاوض

الفرع الأول: تعريف التفاوض المباشر:

يعرف التفاوض المباشر بأنه الأسلوب الذي يتم فيه التفاوض مع شخص بعينه دون غيره¹، فهو أسلوب مرن تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة للتعاقد مع المتعامل المتعاقد الذي تختاره بكل

¹النوي خوشي، تسيير المشاريع في اطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

حرية، وهذا دون استعمال إجراءات وشكليات المنافسة ولا حتى إجراء الاستشارة المسبقة ، وإنما يتم الاتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر¹.

ومن المفترض أن المصالح المتعاقدة لا تلجأ إلى هذا النوع من التفاوض إلا إذا استحالت

المنافسة²، أو في حالة تعذر اللجوء الى طريق آخر وغالبا ما يتعلق الأمر باحتكار موضوع الصفقة أو باحتياجات عاجلة تريد الادارة أن تتعاقد عليها³..

ويقوم التفاوض المباشر على أساس دفتر الشروط الذي يحدد طبيعة الاشغال أو الخدمات، ويحدد حقوق والتزامات الطرفين . وتتمثل مزايا هذا النوع من التفاوض في سرعة إبرام الصفقة والاقتصاد في تكاليف إقامة المنافسة وربح الوقت غير انه في كثير من الأحيان لا يؤدي الى الحصول على أفضل عرض، لأن هذا الشكل تنعدم فيه المنافسة . وكذلك من سلبياته فقدان الشفافية ومساسه بمبدأ العدالة بين المتنافسين. ولأن التفاوض المباشر يقوم على منطلق الائتمان الذي يضمنه حسن تنفيذ المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية القبلية مع المصلحة المتعاقدة⁴..

ومن أجل الحد من العيوب فإن من متطلبات التفاوض المباشر هو التقييد في الحالات المسموح فيها باعتماده، كما أنه يستوجب رقابة أكبر وأخلاقيات عمل أعمق⁵.

2011، ص 165.

¹ سهام بن دعاس ، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير ، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 47.

² قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية ما بين قانون 23-12 و المرسوم الرئاسي 15-247 ، ط1، بيت الأفكار للنشر و التوزيع ، 46 الجزائر، 2023 ، ص 89 .

³ نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص 142.

⁴ مغني منيرة، إبرام الصفقات العمومية وفق اجراء التفاوض في ضوء القانون 23-12 ، النشر الجامعي الجديد ،الجزائر 2024 ، ص 21.

⁵ النوي خرشي، تسيير المشاريع في اطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع السابق، ص 165.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الفرع الثاني : حالات التفاوض المباشر

عدد المشرع الجزائري الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض المباشر على سبيل الحصر ضمن المادة 41 من القانون 12-23، ويمكن تصنيف هذه الحالات إلى حالات كانت واردة مسبقا في المرسوم الرئاسي 15-247 وتم الإبقاء عليها ضمن التعديل الجديد.

- مبررات اللجوء إلى التفاوض المباشر.

التفاوض المباشر (التراضي البسيط) أحد أشكال أسلوب التفاوض، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس الذي يفسح المجال أمام جميع الأشخاص وإتاحة الفرصة لهم متى توافرت فيهم الشروط لتقديم عروضهم، ويكون من حق أي شخص استوفى الشروط أن ترسوا عليه الصفقة، فالمصلحة المتعاقدة وفقا لهذا الأسلوب تقوم بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل وحيد بمجرد تطابق إرادتهما وفقا لدفتر شروط معد مسبقا دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة إلى المنافسة ، إلا أن إطلاق يد الإدارة في اختيار المتعاقد معها وتمكينها من حق الاختيار يفرض عليها اللجوء لهذا الأسلوب وفق حالات محددة حصرا¹ تتمثل في:

أولا : حالة الوضعية الاحتكارية لمتعامل.

إن إقرار المشرع للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التفاوض المباشر في حالة عدم إمكانية تنفيذ الخدمات إلا بواسطة متعامل اقتصادي وحيد ينفرد ويحتكر أداءها، وانتفاء المنافسة جعل المصلحة المتعاقدة معفية من القيام بالإجراءات المعقدة في حين أن موضوع الخدمة

¹ مروان الدهمة ، الصفقات العمومية بين الطابع الإداري و الطابع الجزائري أطروحة مقدمة لاستكمال شهادة دكتوراه (الطور الثالث)، تخصص تحولات الدولة ، مباح ورقلة كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة قاصدي، 2020/2019، ص 75 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

هو معلوم مسبقا أنه حكرا على شخص بعينه ، ومن سلبيات الاحتكار بصفة عامة هو انعدام المنافسة، وانعدام الحافز وعدم الاهتمام بجودة المنتج أو الخدمة بالإضافة إلى التحكم في حركة الأسعار .

وتتحقق هذه الحالة كذلك لحماية الحقوق الحصرية ، وتعرف الحقوق الحصرية بأنها حقوق يحوزها حاملو براءات الاختراع، وتخص أشياء اختصوا بصنعها حصريا ، سواء قاموا باستغلالها بأنفسهم أو رخص باستغلالها لشخص آخر على سبيل الحصر¹.

أو في حالة الاعتبارات التقنية، وهي ما تقتضيه الصفقة من تفاصيل وتقنيات دقيقة لا يمكن تنفيذها إلا على يد متعامل معين أثبت جدارته في هذا المجال.

أو في حالة الاعتبارات الثقافية والفنية ، وهي عندما تبرم الصفقة من أجل تقديم خدمات ثقافية وفنية، فلا يمكن أن يعهد بها إلا لصاحب اختصاص معين ، له خبرات خاصة في ذلك. ويجب أن توضح هذه الخدمات المعنية بهذه الاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار وزاري مشترك من الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية.

ثانيا - عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة :

استحدثت المشرع هذه الحالة بموجب القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية². يفهم من سياق هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أولى أهمية بالغة لمجال الرقمنة والابتكار، فعمل على خلق نظام بيئي مليء بالاختراعات كما شجع على خلق مؤسسات تحمل العلامة الجزائرية و منح الحرية في مجال الأعمال و ذلك من أجل تنمية وتطوير الاقتصاد

¹النوي خرشي ، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى الجزائر، الطبعة الأولى، 2018، ص 183.

² القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مرجع سابق .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الوطني، وعليه عمد نشر عدة مراسيم تنظيمية منها المرسوم التنفيذي رقم 20-254¹ و كذا المرسوم التنفيذي رقم 20-356² المتعلقان بالمؤسسات الناشئة و بين من خلالهم الشروط والكيفيات والإجراءات المنتهجة بشأنها .

ثالثا - حالة الاستعجال الملح :

الحالة هذه معقدة بوجود خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار و على المصلحة المتعاقدة في هذا الشأن إظهار الضرورة و الاستعجال، فإذا كانت هذه الأخيرة تتفاوض مباشرة مع من تراه مؤهلا لوضع حد لذلك الخطر لأنها لا يمكن أن تلجأ لطلب العروض وهذا راجع لطول إجراءاته، كما لا يجب أن تكون هذه الظروف متوقعة من طرف الإدارة³، تماما كما حدث عند جائحة كورونا هذا يعني أنه لا يجوز لها أن تتحايل وتتماطل في الأشغال إلى أن يحدث الخطر لكي تلجأ إلى التعامل الذي ترغب فيه⁴ من أجل تحقيق أغراضها الشخصية.

نجد أن المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى)⁵ قد فصل هذه الحالة جيدا، كما أضاف المشرع أيضا من خلال القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية⁶ .

¹ مرسوم تنفيذي رقم 20-254 مؤرخ في 27 محرم 1442 الموافق 15 سبتمبر 2020، يتضمن إنشاء لجنة وطنية لمنح علامة مؤسسة ناشئة" و "مشروع مبتكر" و "حاضنة أعمال"، وتحديد مهامها و تشكيلتها و سيرها . ج. ر. ج. ج. د. ش. عدد 55 صادر بتاريخ 21 سبتمبر 2020.

² مرسوم تنفيذي رقم 20-356 مؤرخ في 14 ربيع الثاني 1442 الموافق 30 نوفمبر 2020، يتضمن إنشاء مؤسسة ترقية و تسيير هياكل دعم المؤسسات الناشئة ويحدد مهامها و تنظيمها و سيرها، ج. ر. ج. ج. د. عدد 74، صادر بتاريخ ديسمبر 2020 .

³ سليمان عبد الغاني، كيفية وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 01 المجلد 08 ، الجزائر 2023، ص 1627 .

⁴ محمد بن مالك، أساسيات الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، دار علي بن زيد للطباعة والنشر، بسكرة الجزائر 2019، ص 103 .

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (ملغى)، مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 2010، ص 04.

⁶ المادة 41 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مرجع سابق .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

نقطة أخرى كشرط لم تكن مدرجة من قبل في المرسوم الرئاسي 15-247¹ و هي حالة الطوارئ المرتبطة بالآزمات الصحية وأحسن مثال على ذلك جائحة كورونا التي لم تكن متوقعة، وأيضا الكوارث الطبيعية و التكنولوجيا .

يمكن القول بأن تجسيد هذه الحالة على أرض الواقع يفتح باب واسع أمام المصلحة المتعاقدة للخروج عن القواعد العامة الواجب إتباعها في الأحوال العادية²، و اللجوء للتفاوض المباشر أو التراضي البسيط بطريقة غير شرعية ، لأنه في بعض الأحيان الاستعجال و الخطر يكونان نتيجة تماطل الإدارة حيث تستغل الوضع و تتحجج كي تلجأ للتفاوض المباشر .

رابعا - حالة التموين المستعجل المخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية :

تتدرج هذه الحالة ضمن حالة الاستعجال التي أشرنا إليها في الأعلى، لكن هناك اختلاف بينهما يكمن في أن موضوع عقد هذه الحالة يتعلق بالتموين و هي حالة حساسة جدا، فيتعلق موضوع عقدها بضمان توفير الحاجات الأساسية للسكان على سبيل المثال الأغذية والأدوية والوقود³ . إن توفير هذه الحاجات لا يسمح للمصلحة المتعاقدة بأن تلجأ لأسلوب طلب العروض فهي بحاجة ماسة للسرعة من أجل تلبيةها في وقت قياسي، فلو نفترض أن المشرع في هذه الحالة أخضع المصلحة المتعاقدة للإلتزام إجراءات التعاقد التي تفرضها الظروف العادية لوجدت نفسها أمام خسائر ضخمة ستمس الاقتصاد الوطني، و لأجل هذا أجاز لها التعاقد⁴ وفق كيفية التفاوض المباشر أو التراضي البسيط وهذا يكون وفق شرطين أساسيين نص عليهما المشرع⁵ و هما:

-عدم توقع المصلحة المتعاقدة الظروف المسببة لهذه الحالة .

¹ المرسوم رئاسي رقم 15 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مرجع سابق .
² هاني عبد الرحمن إسماعيل النظام القانوني لعقد التوريد دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 517 .
³ خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص 167 .
⁴ بوضياف عمار الصفقات العمومية في الجزائر جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 113 .
⁵ المطة 04 من المادة 41 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مرجع سابق .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

-ألا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة .

خامسا - حالة اكتساع المشرع ذو الأولوية والأهمية الوطنية طابعا استعجاليا :

تخضع هذه الحالة لشرط الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء على قرار إبرام الصفقة في حال ما إذا كان مبلغها يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج أما إذا كان المبلغ أقل عن المبلغ السالف الذكر فيستدعي الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة هذا الشرط أكدته المطة 04 من المادة 49 في المرسوم الرئاسي 15-247¹ و القانون 23 12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية² .

تتمتع هذه الحالة بميزة خاصة فبمجرد حدوث الموافقة تلد شرعية الإبرام، كما تجسد هذه الحالة مبدأ المرونة والسرعة في التعاقد³ ، و من هنا يظهر الطابع الخاص لهذا المشروع فعندما يطبق تطبيقا سليما على أرض الواقع فحتما سيؤدي إلى تحقيق نتائج إيجابية والتي ستمس جميع أقاليم الدولة لأنه وكما وصفه المشرع ذو أهمية وطنية .

سادسا - حالة ترقية الإنتاج والأداة الوطنية للإنتاج :

استحدث المشرع هذه الحالة في المرسوم الرئاسي رقم 10-23 (الملغى)⁴ . و ألزم المصلحة المتعاقدة بالحصول على الموافقة من مجلس الوزراء حين يكون مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، و إلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة أقل من المبلغ السالف الذكر كما وردت أيضا هذه الحالة المستثنات من طرف المشرع في القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية .

¹ المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مرجع سابق .

² المادة 41 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مرجع سابق .

³ بدراني على و بوكوية مريم ، أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية بين ضرورة المصلحة العامة والوقاية من الفساد ومكافحته"، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، جامعة مرسلية عبد الله تيبازة ، العدد 03، المجلد 15، الجزائر 2022، ص 65.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (ملغى)، مرجع سابق .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

تبرم هذه الحالة عن طريق التفاوض المباشر أو التراضي البسيط كما كان يسمى، من أجل دعم المؤسسات الخاصة التي تعاني من العجز المالي من جهة، ومن جهة أخرى دعم المنتج المحلي¹

سابعا - حالة المنح بنص تشريعي او تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية :

تشمل هذه الحالة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد الصناعية و التجارية، فيما يخص إنجاز عملية ممولة مباشرة من ميزانية الدولة أو ميزانية الجماعات المحلية سواء كان تمويل جزئي أو كلي² من أجل المحافظة على القطاعات السيادية ، وهذا يتنافى كليا مع المادة 61 من الدستور³ لأنه يمس بمبدأ المساواة بين المترشحين .

بعد التطرق إلى حالات التفاوض المباشر يمكن القول بأن تحديد المشرع هذه الحالات غير كافي، لأنه يمكن أن يكون كوسيلة تلجأ من خلاله المصلحة المتعاقدة إلى التحايل أثناء اختيارها المباشر للمتعامل الذي ترغب فيه مما سيؤدي إلى إبرام صفقات مشبوهة.

¹ خالد خليفة طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.ط، دار الخلدونية الجزائرية، د.س.ن، ص22.

² المادة 09 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق .

³ المادة 61، المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

المطلب الثاني حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة

يمثل إجراء التفاوض بعد الاستشارة صيغة وسطية تهدف إلى الجمع بين مبدأ المنافسة ومرونة التحاور، حيث لا تكفي الإدارة المتعاقدة بتلقي العروض وتقييمها فحسب، بل تمتد سلطتها إلى مناقشة الشروط المالية والتقنية مع المتعاملين الاقتصاديين الذين تم اختيارهم أولاً. وتعد هذه الآلية ضماناً لشفافية الاختيار من جهة، والوصول إلى أفضل عرض ممكن من جهة أخرى، خاصة في الحالات التي تتطلب مواءمة دقيقة بين متطلبات المصلحة العامة وإمكانات السوق. ومن أجل الإحاطة بهذا الإجراء، سنحاول تبين خطواته العملية والضوابط التي تحكمه من خلال النقاط التالية:

الفرع الأول : تعريف التفاوض بعد الاستشارة (التراضي بعد الاستشارة).

بما أن التراضي بعد الاستشارة هو إجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية وإجراء يسمح للإدارة باختيار الطرق للمتعاقد إذا توافرت فيه الشروط المحددة، غير أنه يختلف عن التفاوض المباشر، لأن هذا الأخير يتم بالتفاوض مع شخص بعينه دون غيره، إلا أن التفاوض هنا بعنوان التراضي بعد الاستشارة يكون مع مجموعة من الأشخاص، وتكون فيه المنافسة محدودة لأن المؤسسات تلجأ التي إليها المصلحة المتعاقدة هي مؤسسات معروفة¹.

ويمكن تعريف التراضي بعد الاستشارة على أنه ذلك الإجراء الذي يسمح بإبرام صفقة عمومية بموجب استشارة بسيطة ومحدودة، بواسطة وسائل مكتوبة حول أوضاع السوق والمتعاملين الاقتصاديين دون الشكليات الأخرى²، حيث لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلا بعد التأكد من عدم جدوى طلب العروض بعد استلام العروض.

¹ عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 309 .

² مليكة بوشويرب ، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الهيئات الإقليمية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، 2014 ، ص 29 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

وعليه قد ورد التفاوض بعد الاستشارة كشكل من أشكال التفاوض، على غرار التفاوض المباشر في المادة 40 من القانون 12-23 حيث نصت المادة على أن: "التفاوض هو تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التفاوض شكل التفاوض المباشر أو شكل التفاوض بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة¹ الملائمة¹."

أما الأهداف التي تحققها الاستشارة عن طريق التفاوض أنها تمكن المصلحة المتعاقدة التأكد من القدرات التقنية والتجارية والمالية للأطراف المدعوة، بما يضمن لها حسن تنفيذ الصفقة، خاصة إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الأجانب.

وقد أجاز لها المشرع أن تسلك السبل القانونية للتأكد من قدراتهم وذلك بالاستعانة بالبطاقات الوطنية والقطاعية الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة².

الفرع الثاني :القيود الواردة على أسلوب التفاوض بعد الاستشارة:

بالرجوع إلى القانون رقم 12-23 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 (الملغى) يمكن أن نستخلص بعض الشروط الضرورية الذي ينبغي توافرها أو القيود التي ترد على هذا الإجراء كطريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، مع العلم أن المشرع الجزائري في ظل القانون الجديد لم يأتي بشيء يذكر من التفصيل بخصوص هذا الإجراء، كما هو الحال بالنسبة لإجراء طلب العروض وإجراء التفاوض المباشر، غير أنه يمكن لنا تصنيف هذه القيود على النحو التالي:

أولا - القيود الشكلية لإجراءات التفاوض بعد الاستشارة :

¹ المادة 40 من القانون 12-23 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية المرجع السابق .

²نادية تياب ، المرجع السابق ، ص ص 111 ، 112 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

إن إجراء التفاوض بعد الاستشارة كما في إجراء التراضي سابقا تعفى خلاله المصلحة المتعاقدة كأصل من قيود الإعلان والإشهار وهي التي تشكل القيود الشكلية التي نص عليها إجراء طلب العروض، غير أن إجراء التفاوض بعد الاستشارة لا يعفي الإدارة المتعاقدة مطلقا من الإعلان حيث تنظم الاستشارة بكل الوسائل الملائمة كما جاء في نص المادة 40 من القانون رقم 12-23 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

فبالرغم من أن إجراء التفاوض يعفي الإدارة من قيد الإعلانات والإشهار ولكنه في نفس الوقت يلقي على عاتقها ضرورة إتباع بعض الإجراءات الشكلية البسيطة فلا يمكنها اللجوء إلى هذا الأسلوب إلا عن طريق قيامها بدعوة المتعاملين بالتعاقد معهم، مع العلم أن حريتها في هذا الاختيار تختلف حسب شكل التفاوض فهي تتميز بكونها على أكثر حرية إذا ما تعلق الأمر بحالات التفاوض المباشر، فلا تلتزم بأي شكلية معينة فيه وهو ما لاحظناه أيضا في إجراء التفاوض المباشر، بينما هي مقيدة بإجراء الاستشارة في حالة التفاوض بعد الاستشارة حين تلتزم بتوجيه الدعوة الرسمية لمجموعة من متعاملين متخصصين في مجال التعاقد حينما تتوفر أحد الحالات التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء ¹.

ثانيا - قيد ضرورة تسبيب قرار لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء :

إن هذا القيد ينبع من مبدأ تسبيب القرارات الإدارية ويقصد بتسبيب القرارات الإدارية هو الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي تبرر القرار، وبالتالي يكون القرار مسبب إذا أفصح بنفسه عن الأسباب التي استند إليها مصدر القرار، فالتسبيب هو التعبير الشكلي عن أسباب القرار ².

¹ عائشة خلدون ، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية ،دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 السنة الجامعية ، 2015/2016، ص 314 .

² محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، د ط، در النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 60 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

أما في مجال إبرام العقود فمفاده التزام الإدارة المتعاقدة بالإفصاح عن أسباب الداعية إلى اختيار طريقة التعاقد مع متعاملين معها، وبما أن إجراء التفاوض بعد الاستشارة إجراء استثنائي محدد في حالات معينة مذكورة عن سبيل الحصر، لا بد أن تفصح عن أسباب اختيارها عند خضوعها للرقابة في الممارسة عليها من طرف الجهات المختصة ، حيث تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة إلى الرقابة المنصوص عليها قانونا وتمارس على كل الصفقات مهما كان نوعها سواء كانت رقابة داخلية أو خارجية أو رقابة وصاية وهو ما نصت عليه المادة 94 من القانون رقم 23-12

الفرع الثالث :الحالات الواردة على أسلوب التفاوض بعد الاستشارة

يعد التفاوض بعد الاستشارة الشكل الثاني لأسلوب التفاوض طبقا لأحكام المادة 42 من القانون رقم 23/12، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إليه في حالات معينة وقد حددتها المادة 42 من نفس القانون وهي كالآتي:

أولاً: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

جاء في نص الفقرة الأولى من نص المادة 42 من القانون 23-12 "عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية"، فتتحقق هذه الحالة عندما تقوم الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب طلب العروض باعتباره الأصل، وفي حالة عدم جدوى هذا الأسلوب للمرة الثانية فإنه يمكنها التحول من أسلوب طلب العروض إلى أسلوب التفاوض بعد الاستشارة.

في حالة عدم استلام أي عرض من أي متعامل فيتوجب على المصلحة المتعاقدة إعادة العملية من جديد وهي ملزمة بالإعلان للمرة الثانية بنفس الكيفية السابقة، وفي هذه الحالة عدم استلام أي عرض يمكنها اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة¹.

¹ المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15- المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية 247 مرجع سابق.

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

في حالة إعلان المصلحة المتعاقدة أن العروض المقدمة لا تطابق موضوع الصفقة أو محتوى دفتر الشروط بعد تقييم العروض أي أن تقدم العديد من العروض لكنها إما أنها غير مطابقة الموضوع التعاقد أو غير مستوفاة للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، فلا تقبل المصلحة أي منها لعدم المطابقة.

في حالة عدم إمكانية إيجاد التمويل اللازم للحاجات ففي هذه الحالة لها إلغاء طلب العروض بناء على فكرة الصالح العام، ولها ذلك في أي مرحلة من مراحل الإبرام ولو كانت أمام منح مؤقتة للصفقة دون حق المطالبة بالتعويض من قبل المتعهدين الذين قدموا عروضهم¹.

وأجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة استعمال نفس دفتر شروط طلب العروض باستثناء²:

-كفالة التعهد

-كيفية الإبرام

-إلزامية نشر الإعلان في طلب العروض

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

نصت الفقرة 2 من نص المادة 42 على في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

فهذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة اللجوء لأسلوب التفاوض بعد الاستشارة، وترجع هذه الخصوصية إما لموضوعها وإما لعدم تحقق عنصر المنافسة فيها بالشكل الكافي¹.

¹ المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية مرجع سابق.

² وهيبه لعللي ، مرجع سابق ، ص 23 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

ومن خلال المادة أعلاه في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، لقد وردت في هذه الحالة بشكل عام ومطلق، وهنا إذا لجأت الإدارة المعنية لأسلوب التفاوض بعد الاستشارة بعنوان توافر هذه الحالة، وقع عليها عبء الابتعاد عن طلب العروض و إبراز خصوصية صفقة الدراسات و اللوازم و الخدمات ، ونشير هنا أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال نظرا لاكتفاء النص بصفقة الدراسات واقتناء اللوازم و الخدمات فلا تنطبق على غيرها، ويعتبر هذا الإجراء إجراء مبهما ، يقيد سلطة الإدارة عن طريق ترك تحديد قائمة الخدمات واللوازم للوزير المكلف بالمالية.

ثالثا : في حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة.

نصت الفقرة 3 من نص المادة 42 على " في حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة

بالنسبة لصفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية قد ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد و ضبط².

إلا أنه يمكن القول أن اعتبار هذه الحالة من حالات التفاوض بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية، إذ تخص الأمن و الدفاع الوطني . فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى و عملية النشر عن طريق طلب العروض³ .

¹: بورعدة حورية طرق ومراحل إبرام الصفقات العمومية بناء على المرسوم الرئاسي 15-247 ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس جامعة تلمسان الجزائر، جوان 2019، ص 108 .

² شريط محمد ، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر 01 ، الجزائر 2016/2017، ص 174.

³نادية تياب ، مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص 114 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

ومن هنا نستنتج أن هذه الحالة تتعلق فقط بعقد الأشغال العامة دون سواها، وهو من العقود التي تتحمل عنصر الزمن، والتي تفرض الطابع السري نظراً لتعلقها و اتصالها بالقطاع السياسي فهذا يتوجب يتوجب اتخاذ شكل و أسلوب بعد الاستشارة¹.

ونجد أنه لم يكن هناك داعي لهذا التحديد الذي يضع المؤسسات السيادية للدولة عرضة للنقد والشبهات.

رابعاً : حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم آجال طلب عروض جديد.

نصت الفقرة 4 من نص المادة 42 على " في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد هذه الحالة تكون الصفقات التي تم التعاقد بشأن موضوعها عن طريق طلب العروض باعتباره ، ولسبب ما تم فسخ التعاقد إما لتقصير من المتعاقد أو لأسباب قد تتعلق بالمصلحة العامة، فإذا تم فسخها بعد أن أبرمت في بادئ الأمر عن طريق طلب العروض فإنه في الحالة الثانية إذا لم تكن طبيعتها تتلاءم

وطلب العروض خاصة فيما يتعلق بالإجراءات التي تحكم التعاقد من خلاله يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التفاوض بعد الاستشارة.

و قد ذكرنا سابقاً أن اللجوء للتفاوض بعد الاستشارة يكون بعد الفسخ وهنا نتساءل هل تشكل حالة الفسخ من جانب واحد دون خطأ من المتعامل المتعاقد كأساس للجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة، ثغرة تخول المصلحة المتعاقدة التهرب من إجراء طلب العروض والمساس بمبدأ المنافسة ؟

يزداد هذا التساؤل إلحاحاً إذا نظرنا إلى السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة لتقرير أن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد¹.

¹ أعمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص 23 .

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

خامسا : حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات.

نصت الفقرة 5 من نص المادة 51 على " في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل السالفة الذكر على ذلك. و في هذه الحالة ، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى " ² فيما يخص العمليات المندرجة ضمن استراتيجيات التعاون الحكومي والعلاقات الثنائية، كتمويلات وهبات أو تحويل الديون لمشاريع تنمية، تلتزم جهة التعاقد بقصر الاستشارة على مؤسسات الدولة المانحة، وتكمن الحكمة من إدراج هذه الحالات ضمن صيغة التفاوض المباشر (التراضي) في تكريس احترام تعهدات الدولة الدولية والوفاء بالتزاماتها ذات الطابع الخارجي بما يتماشى مع الاتفاقيات المبرمة بين الطرفين.

¹ - بوزيد بن محمود ، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الإستشارة" ، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية ، العدد السادس ، جامعة برج بوعرييج ، الجزائر ، 2018، ص 198.

² المادة 51 ، الفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المرجع السابق .

الفصل الأول: الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

خلاصة الفصل الأول:

يتناول الفصل الأول الإطار الموضوعي للتفاوض باعتباره استثناءً عن القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية. يبدأ بالتعريف بالتفاوض كعملية حوارية تهدف لضبط شروط العقد، مع التركيز على طبيعته القانونية كعقد تمهيدي يرتكز على أركان جوهرية وصور متعددة تضمن حقوق الطرفين قبل التوقيع النهائي.

وفيما يخص التنظيمات التشريعية، يبرز التحول الهام في المصطلحات القانونية؛ حيث انتقل المشرع من استخدام مصطلح "التراضي" إلى مصطلح "التفاوض". هذا الانتقال يعكس رغبة في إضفاء طابع تقني وتنافسي على العملية، مع التمييز الواضح بين التفاوض المباشر الذي يتم مع متعامل واحد، والتفاوض الذي يأتي بعد استشارة لضمان حد أدنى من المنافسة.

أما المسار الإجرائي فيتجسد في شكلين أساسيين؛ أولهما إجراء التفاوض المباشر الذي تلجأ إليه الإدارة في حالات محددة وحصرية تتسم غالباً بالاستعجال أو الخصوصية التقنية. وثانيهما هو التفاوض بعد الاستشارة، والذي يمثل حلاً وسطاً يجمع بين مرونة الحوار وضوابط المنافسة، مع إخضاع هذا الإجراء لقيود قانونية صارمة تمنع التعسف في استعمال السلطة التقديرية للإدارة.

الفصل الثاني الاطار الاجرائي في ابرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

بناءً على ما تم تأصيله في الفصل السابق، والذي حُصص لبناء الإطار المفاهيمي للتفاوض في الصفقات العمومية من خلال تحديد ماهيته، تمييزه عن الأساليب الأخرى، وبيان حالات اللجوء إليه، تستوجب الدراسة الآن الانتقال من الجانب النظري المفاهيمي إلى الجانب العملي التطبيقي. فالقواعد والمبادئ النظرية للتفاوض لا تحقق أهداف التنمية والفعالية الاقتصادية إلا إذا تجسدت في شكل تدابير ميدانية واضحة. من هذا المنطلق، يركز هذا الفصل على دراسة الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية، عبر تتبع المسار القانوني والعملي الذي تسلكه المصلحة المتعاقدة؛ بدءاً ضوابط الاجراء وتحديد الحاجيات ، مروراً بآليات إدارة الجلسات التفاوضية والمفاضلة بين العروض، وصولاً إلى صياغة العقد و الإبرام، اعتماداً على مبحثين هما اجراءات الإبرام في التفاوض المباشر واجراءات الإبرام عن طريق التفاوض بعد الاستشارة.

المبحث الأول: إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر

ينتقل العمل الإداري في إبرام الصفقات العمومية عند اعتماد أسلوب "التفاوض المباشر" من دور "المتلقي" للعروض المغلقة إلى دور "المفاوض" النشط. فالتفاوض المباشر ليس مجرد استثناء إجرائي، بل هو عملية إرادية تهدف إلى تقليص الفجوة المعلوماتية والتقنية بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي؛ حيث تملك المصلحة المتعاقدة هنا حرية "المناقشة والمساومة" للوصول إلى اتفاق يحقق الكفاءة الاقتصادية القصوى.

إن التركيز على هذا الأسلوب يفرض فهم طبيعته القائمة على الثقة المتبادلة والقدرة على الإقناع، مع محاولة التوفيق بين متطلبات السرعة والفعالية وبين ضرورة حماية الأموال العمومية. ففي التفاوض المباشر، تصبح "جلسة التفاوض" هي المحرك الأساسي لميلاد الرابطة التعاقدية، وهي المرحلة التي تتحدد فيها ملامح المشروع بناءً على أخذ ورد يطال أدق التفاصيل التقنية والمالية .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

المطلب الأول : ضوابط إجراءات التفاوض المباشر

يُعد التفاوض المباشر استثناءً جوهرياً للقاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية القائمة على المنافسة، حيث يمنح الإدارة مرونة واسعة في اختيار المتعامل المتعاقد مباشرة دون اللجوء إلى إجراءات شكلية معقدة. ولضمان عدم تحول هذه المرونة إلى منفذ للفساد أو المحاباة، أحاط المشرع الجزائري هذا الأسلوب في القانون 12-23 بضوابط إجرائية وقانونية صارمة تضمن نزاهة المسار وسلامته .

الفرع الأول : تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة

تم النص على هذا الإجراء في الفقرة الأولى من المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 كما يلي : يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التفاوض المباشر أن :

تحدد حاجاتها في ظل إحترام أحكام المادة 27 إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم¹

و نص كذلك القانون 12-23 لذلك في الفقرة الأولى من المادة 16 على : تحدد حاجات المصلحة المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا²

بالنظر إلى الفقرات السابقة، نجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجاتها مسبقا ، حيث يحرص المشرع من خلال نص هذه المواد على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون الخصائص التقنية عاملا يمس بمبدأ المساواة بين المرشحين بهدف إبعاد

¹ المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام(ملغى) المرجع السابق .

² المادة 16 من القانون 12-23 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، المرجع السابق .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

بعض المواد أو المنتجات وإقصائها من المنافسة كما لا يمكن تحديد العلامة أو النوع أو المصدر أو منتج محدد كما يمثل هذا الإجراء¹.

وتتمثل أهمية هذه المرحلة في :

-التأكد من وجود الغطاء المالي لتنفيذ الخدمات محل الصفقة.

- ضمان أعمال مبدأ المنافسة وهو ما ينعكس إيجابا على جودة تقديم الخدمة العمومية والحفاظ على المال العام بإعتباره المقصد الأساسي لتنظيم الصفقات العمومية.

-تحديد صيغة الإبرام وإجراءات الإبرام المناسبة، وتجنب إبرام صفقات الشكالية وضبط الحاجات العمومية

-ضبط المبلغ الإجمالي للحاجات يؤدي الى تحديد حدود إختصاص لجان الصفقات (لجنة الصفقات المختصة)².

لذلك سنفصل ضوابط وخطوات تحديد الحاجات العامة من قبل المصلحة المتعاقدة (أولا) ثم

ضمانات تلبية وتحقيق الحاجات العامة في الصفقة العمومية (ثانيا).

أولا : خطوات تحديد الحاجات العامة من قبل المصلحة المتعاقدة

تعتبر الصفقة العمومية أساس تنفيذ سياسة الدولة في مجالات عدة كونها تسعى لتحقيق الصالح العام، خاصة ونحن نعلم أن المرافق العامة تلعب دورا هاما داخل المجتمع لذا يتعين على المشرع وبغرض تحقيق المقصد العام وضع الآليات القانونية التي تضمن أداء الخدمة العامة وعلى هذا تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة 27 إلا في

¹ هناد آية ، زغدودي صفاء ، أساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية ، تخصص منازعات إدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، الجزائر ، 2018 ، ص 105 .

² المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية(ملغى) مرجع سابق.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم ، و تحدد الاحتياجات التي يجب تلبيتها مسبقاً من قبل الأطراف المتعاقدة قبل البدء في أي إجراء الإبرام الصفقة العامة.

ويتم تحديد مبلغ هذه الاحتياجات استناداً إلى تقدير إداري صادق وعقلاني. كما يجب إعداد الاحتياجات بدقة من حيث طبيعتها ومداها ، استناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعتمد على معايير أو متطلبات وظيفية يجب تحقيقها .

يجب على المشرع أن بتقديم النص الخاص بكيفية تقييم وتقديم بدائل المواصفات التقنية في دفتر الشروط. يجب أن يتم تقييم جميع البدائل التقنية بدقة، دون إلزام المتعهدين الذين يقترحون بدائل للمواصفات التقنية بتقديم عرض أصلي يستند إلى المواصفات التقنية المحددة في دفتر الشروط. يمكن للجهة المتعاقدة إدراج أسعار اختيارية في دفتر الشروط، ولكن يجب عليها تقييم هذه الأسعار واتخاذ قرار بشأن اختيارها قبل منح العقد.

وعند قيام المصلحة المتعاقدة بضبط المبلغ الإجمالي الأخذ بعين الاعتبار ما يلي :

القيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال فيما يخص صفقات الأشغال تجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات في حالة تخصيص الحاجات لآبد من الأخذ بعين الاعتبار المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصة أو إجراء لكل حصة¹

-وفي حالة حاجات جديدة يمكن للمصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق وأما إطلاق إجراء جديد

و أكد نص المادة 27 من هذا المرسوم الرئاسي على منع تجزئة الحاجات بهدف تفادي الإجراءات الواجب إتباعها .

مما سبق يمكن القول أن ضوابط وخطوات تحديد الحاجات العمومية تشمل الخطوات التالية:

¹ المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية (ملغى) المرجع السابق.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

1- مرحلة حصر وتعيين الحاجات.

يعتبر الإحصاء حجر الزاوية في تحديد الحاجيات العمومية، ويقوم على مجموعة من العناصر أهمها إجمال الحاجيات المعبر عنها للسنوات الماضية، تقييم الأهداف التي تم التوصل إليها والنقائص المسجلة، الأخذ في الحسبان التطور الاقتصادي و الاجتماعي للمجتمع وضبط مخطط التنمية، وتضمن هذه المرحلة دقة التقدير الإداري للمشروع وقيمه

المالية مما يجعل سعر الصفقة دقيقا ، كما يقلل من تعديلها اثناء التنفيذ عن طريق الملحق¹

إن توثيق الحاجات في دفتر الشروط الخاص بالصفقة أمر مهم. ولكن قبل ذلك، يجب أن يتم إجراء خطوة هامة تتمثل في تحديد الاحتياجات قبل التوثيق، وتتضمن هذه الخطوة تحديد الاحتياجات التي تم التعبير عنها في المسودات السابقة في هذه المرحلة يتم تحديد حدود اختصاص لجان الصفقات التي تحدد المبلغ الإجمالي للحاجات، مع مراعاة العوامل اللازمة:

القيمة الاجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال فيما يخص صفقات الأشغال تجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات

تقوم مرحلة الإحصاء على مجموعة من العناصر هي :

- إجمال الحاجات المعبر عنها للسنوات الماضية.
- تقييم الأهداف التي تم التوصل إليها من خلال تلك الحاجيات وتسجيل النقائص المسجلة على كل عملية من تلك العمليات
- الأخذ بعين الاعتبار التطور الحاصل اقتصاديا واجتماعيا للمجتمع وهذا من خلال وجود فارق زمني بين الحاجيات التي لبيت مسبقا و التي ستليها في المستقبل

¹ زناتي مصطفى ، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية حجر الزاوية في عقلنة و ترشيد الطلب العمومي) ، مجلة البحوث السياسية والإدارية ، العدد الثاني عشر ، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، 2018، ص 43 .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

يجب أن يكون هذا التحديد للحاجيات متماشيا مع مخطط التنمية التي ترسمها لدولة أو الجماعات المحلية¹ ثم تأتي عملية تحليل المعطيات المتحصل عليها والخيارات المتاحة والعوائق المحتملة لتأتي عملية الضبط وفيها تكون الإدارة قد حددت برنامجا بدقة من حيث الأهداف ، الصلاحيات الجدول الزمني للأشغال ، الميزانية، وضع آليات تنفيذ ، تحديد أنواع الرقابة والصعوبات المحتملة.

وأخيراً ، يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تركز بدقة على ضبط الحاجات. يجب أن توضح بوضوح تام البرنامج الذي تعزم تنفيذه والأهداف التي تسعى لتحقيقها. يجب أن تحدد الصلاحيات التي ستمارسها لتلبية الحاجات المحددة، وتحدد الجدول الزمني لتنفيذ البرنامج.

يجب أن تضبط آلية التنفيذ، مثل العلاقات مع المتعاملين الاقتصاديين، والأدوات التي ستستخدمها لتلبية حاجاتها. يجب أن تحدد حدود اختصاص اللجان المكلفة بمراقبة الصفقات العمومية.

2- مرحلة تقسيم الحاجات

تعد عملية تقسيم الصفقة الى عدة حصص وتهدف إلى تنظيم عدة عروض منافسة لإجراء شامل حيث يكون لكل حصة غلافها المالي وتنفذ من طرف الفائز بها ، ويتجلى هذا الإجراء بكثرة في الأعمال العامة نظراً للوقت الذي تستغرقه والتحكم في توجيهها ورقابتها.

ويجب أن يكون هذا الإجراء اختياريًا وليس إجباريًا. ويجب أن يتضمن النص في دفتر الشروط تحديدًا وفقًا لنص المادة 31 من هذا المرسوم.

عند التحديد النهائي لحدود الاختصاص في حالة التخصيص، يجب أخذ بعين الاعتبار المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة، بغض النظر عن إمكانية تنفيذ إجراء واحد لكل الحصص

¹ عريض صليحة ، خدنة سعيدة ، التعاقد عن طريق التراضي في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل ، الجزائر ، 2021 ص 105 .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

أو إجراء لكل حصة منفصلة. وتلك هي الإجراءات التي يجب اتباعها من قبل لجان الصفقات والإجراءات.

ثانيا - إمكانية تنسيق و تجميع الصفقات العمومية

جسدتها المادة 36 من هذا المرسوم التي أجازت إمكانية قيام المصالح المتعاقدة بتنسيق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها ، و تكلف واحدة منها بصفقتها مصلحة متعاقدة

منسقة بالتوقيع على الصفقة وتبليغها ، فتكون وفقا لذلك كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء الذي يعينها من الصفقة.

نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد الهيئات التي يسمح لها بعملية تنسيق الطلبات العمومية على سبيل الحصر على عكس المشرع الفرنسي¹ ، وهذا ما يسمح للمؤسسات العمومية ذات طابع التجاري والصناعي لتنسيق وتجميع طلباتها مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري على الرغم من تميز طلباتها وخضوعها لنظام قانوني مختلط ، لم يتم تحديد المصلحة المتعاقدة المسؤولة عن استلام العروض ودراستها وإرسال الصفقة، وهذا يتعارض مع القانون الفرنسي الذي ينص على أن المصالح التي تنسق عملية إبرام الصفقات أو الاتفاقيات يمكن

أن تقرر لجنة المناقصات المختصة بهذه العملية، وهي لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

¹ خضري حمزة ، ، آليات حماية المال عام في إطار الصفقات العمومية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر 1 ، 2015-2014، ص 27.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الفرع الثاني: التأكد من قدرات المترشح.

يمكن حصر اهم القواعد التي قررتها المادة 44 من القانون 12-23 بخصوص تأهيل المترشحين والمتعهدين فيما يلي:

- انه يمكن لكل متعهد أو مترشح يتقدم بمفرده أو في إطار تجمع، الاستعانة بقدرات مؤسسات أخرى

-أنه لا يمكن لمتعهد أو مترشح، بمفرده أو في إطار تجمع تقديم أكثر من عرض واحد لكل إجراء من إجراءات الصفقة العمومية.

-أنه لا يمكن بأي حال ، لأي شخص أن يمثل أكثر من متعهد أو مترشح واحد لنفس الصفقة العمومية¹

أولاً : فحص الكفاءات التقنية والمهنية للمرشحين والمتعهدين

يجب على الجهة المتعاقدة التحقق من قدرات المشاركين من خلال الاعتماد على معلومات مراجعهم المهنية في مجال الصفقات العمومية أو القطاع الخاص، بالإضافة إلى معلومات عن فروع النشاط والإمكانيات البشرية والمادية للمؤسسة ومجالات العمل المصلحة المتعاقدة التي قامت بالاستشارة ، و هذا الاشتراط من شأنه بطريقة غير مباشرة حماية المتعاملين الاقتصاديين المتواجدين في السوق ، و منع دخول متنافسين جدد إذ لا يجب أن يشكل اشتراط شهادة التأهيل وسيلة للمصلحة المتعاقدة لتخصيص الصفقة المتعاملين معنيين لأنها قد تشجع استدامة بعض المؤسسات و بعض تقنيات الإنتاج في السوق²

ثانيا : التأكد من القدرات المالية للمرشحين و المتعهدين

¹المادة 44 من القانون 12-23 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق .

²هاجر بوضياف ، مبدأ المساواة في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل الماستر ، تخصص الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، 2015 ، ص 29-30 .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

هذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 44 من القانون 12-23 و التي تنص على يمكن كل 2 متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في إطار تجمع ، الاستعانة بقدرات مؤسسات أخرى .

و يكون الأخذ في الحسبان لقدرات مؤسسات أخرى مشروطا بوجود علاقة قانونية بينها تتمثل في المناولة أو التعاقد المشترك أو في إطار قانون أساسي (فرع أو شركة أم في نفس مجمع الشركات)، و بالزامية مشاركتها في إجراء إبرام الصفقة العمومية¹

لهذا يجب على المصلحة المتعاقدة في إجراء التفاوض المباشر التأكد من أن المؤسسة التي تقوم بتنفيذ الصفقة تتمتع بقدرات مالية كافي ، و يمكن إثبات ذلك عن طريق التصريح البنكي الجداول و التصريح المتعلق برقم الأعمال ، و هذه الأخيرة يمكن أن تطرح بعض المشاكل إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تشترط بطريقة مباشرة أو غير مباشرة رقم أعمال أدنى وقد يكون مرتفعا نسبيا بالنسبة للمترشحين ، و هذا ما يحد من المنافسة رغم كونه مبررا بأهمية الصفقة

لأن حالات اللجوء إلى صفقات التفاوض المباشر محددة قانونا لأهميتها و خصوصيتها² يجب أن يتم مراقبة شرط وجود هذا النوع من المراجع المهنية بحيث لا يتم تفضيل المؤسسات التي تمتلك مراجع مهنية داخلية بشكل تعسفي، أي التي لها علاقات مستمرة و قديمة مع

ثالثا : الاستعلام على قدرات المترشحين والمتعهدين

نصت المادة 44 من القانون 12-23 "تستعلم المصلحة المتعاقدة، أثناء تقييم الترشيحات عند الاقتضاء، عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم سديدا، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية، لدى مصالح متعاقدة أخرى ، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي ، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية بالخارج"³ .

¹ المادة 57 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247(ملغى)، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مرجع سابق.

² هناد آية ، زغودي صفاء ،مرجع سابق، ص 108 .

³ المادة 44 من القانون 12-23 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،المرجع السابق .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

المطلب الثاني: اختيار متعامل اقتصادي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

الإختيار محطة استراتيجية حاسمة تهدف إلى عقلنة الإنفاق العام وتحقيق الفعالية الاقتصادية حيث تتجاوز عملية المفاضلة مجرد اختيار السعر الأدنى لتشمل أبعاداً تضمن التوازن الأمثل بين التكلفة والجودة، وبحث كيفية تمكين المصلحة المتعاقدة من انتزاع أفضل الشروط والمزايا الاقتصادية والمالية التي تخدم المصلحة العامة وتضمن التنفيذ الأمثل للمشروع.

الفرع الأول : معيار اختيار أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية

يتعين على المصلحة المتعاقدة اختيار متعامل اقتصادي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية كما هي محددة في نص المادة 53 من القانون رقم 12-23 والتي نصت على ما يلي: " يجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إلى عدة معايير أو معيار أحسن علاقة جودة / سعر إذا سمح موضوع الصفقة بذلك ".¹

تقابلها الفقرة الثالثة من المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على ما يلي (أن تختار متعامل اقتصادي يقدم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم).²

ولقد تطرقنا إلى أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية في الشق الخاص بطلب العروض ومنه فإن ما ينطبق على طلب العروض في هذا الإجراء ينطبق أيضاً على إجراء التفاوض المباشر.

¹ المادة 53 من القانون 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، المرجع السابق.

² المادة 50 ، الفقرة 3 ، من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام (ملغى) ، المرجع السابق .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

والمقصود هنا بنص المادة أن تختار متعامل إقتصادي يقدم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية هو أنه يمكن للإدارة أن تختار عرضاً ليس بالضرورة الأرخص ولكن الأكثر نفعاً إقتصادياً والأكثر نجاعة من الناحية الإقتصادية عند النظر في باقي المعايير مثل: الجودة، الأجال الخدمات، تكاليف الإستغلال ... الخ

هذا الخيار يعد أكثر مرونة ويسمح للإدارة بالتركيز على القيمة مقابل المال، بدلاً من فقط التكاليف الأولية.

إن يمكن القول بأن إختيار المتعامل الإقتصادي بناء على أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، يعد نهجاً حديثاً وفعالاً في تسيير الصفقات العمومية، لأنه يوازن بين الكلفة والجودة والإستدامة ويجنب الإدارة من الوقوع في فخ العروض المنخفضة السعر ولكن ذات الجودة الرديئة.

الفرع الثاني مزايا و مساوئ إجراء التفاوض المباشر.

اعتمد المشرع الجزائري أسلوب التفاوض المباشر كاستثناء قانوني يمنح المصلحة المتعاقدة صلاحية إختيار المتعامل الاقتصادي الأنسب لإنجاز المشروع؛ حيث يتم إبرام الصفقة بمجرد توافق الإرادتين دون إخضاعها لآليات المنافسة المعتادة. ومع ذلك، لم تكن هذه الحرية مطلقة، بل قيدها المشرع بضرورة تقديم مبررات موضوعية لهذا الاختيار، تفادياً للأضرار التي قد تلحق بالخزينة العمومية أو تخل بمبدأ تكافؤ الفرص بين المتنافسين.

وقد عمل المنظم القانوني على معالجة الثغرات التي رافقت صيغة "التراضي البسيط" سابقاً، وهو ما تجسد في "إجراء التفاوض المباشر" وفق القانون 12-23، سعياً لموازنة فاعليته مع متطلبات النزاهة.

الفصل الثاني: الاطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

أولاً: مزايا إجراء التفاوض المباشر

تكمن أهم مزايا إجراءات إبرام الصفقات العمومية وفق كيفية التفاوض المباشر في سرعة تنفيذ الصفقة العمومية (أولاً) ثم حماية المصلحة العامة من خلال تحديد حالات إجراء التفاوض المباشر (ثانياً) .

أ - سرعة تنفيذ الصفقة العمومية :

إن إبرام صفقة عمومية وفق إجراء التفاوض المباشر يحقق ربح الوقت وهذا يعود لعلم المسبق للمصلحة المتعاقدة بالوضعية المالية و الاقتصادية للمتعاقل الاقتصادي الذي ترغب التعامل معه لأن التعاقد وفق هذه الكيفية يكون على أساس الائتمان الذي يضمه حسن تنفيذ المتعاقل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية القبلية مع المصلحة المتعاقدة¹

تقوم المصلحة المتعاقدة وفق إجراء التفاوض المباشر بدعوة المتعاملين الاقتصاديين لتتشار وتتناور معهم، كما يمكن أن تطلب منهم توضيحات أو تفاصيل بشأن العروض التي قاموا بتقديمها بعدها تقوم بتجميع العروض و انتقاء أفضلها فتسند الصفقة بطريقة مباشرة للمتعاقل الذي تفاوضت معه على جميع شروط العقد وكل هذه الخطوات التي تقوم بها المصالح المتعاقدة نجد أنها لا تتعدى ثلاثة أشهر عكس طلب العروض الذي تتطلب إجراءاته وقت أطول.

تظهر خاصية السرعة بشكل كبير من خلال تحديد المشرع لحالات إجراء التفاوض المباشر التي حصرها في المادة 41 من القانون 12-23² ، يمكن ذكر حالة الوضعية الاحتكارية حيث أن الطابع الاحتكاري هو الذي يبرر اللجوء لإجراء التفاوض المباشر و هذا اعتباراً بأن الخدمة

¹ بن محمد محمد، حليمي منال ، صفقات التراضي في الجزائر أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة ، مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد 13 المجلد 07 جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر ، ص 177 .

² المادة 41 من القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

التي تتطلب المصلحة المتعاقدة انجازها لا يمكن تلبيتها إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية للنشاط المراد إنجازه، كذلك حالة الاستعجال الملح المعطل بوجود خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار لا يمكن للإدارة تداركه باللجوء لإجراء طلب العروض و هذا يعود لطول إجراءاته، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما قام بتحرير المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة من الخضوع لإجراءات طلب العروض و حتى للاستشارة طالما أثبت بأن هنالك متعامل اقتصادي وحيد يحتل الوضعية الاحتكارية .

تجدر الإشارة إلا أنه رغم امتلاك المصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعاقد معها إلا أنها مجبرة على التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة و هذا لضمان سير المرافق العامة بانتظام، كما يجب أن تعلل اختيارها عند اعتمادها و هذا حسب ما تمليه المادة 60 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث أفادت على أنه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة"¹ .

ب - حماية المصلحة العامة من خلال تحديد حالات إجراء التفاوض المباشر

عندما قام المشرع الجزائري بتحديد حالات التفاوض المباشر بدقة كان هدفه الأول هو حماية المصلحة العامة وتحقيق النفع العام، فنجد في حالة المشاريع ذي أولوية و ذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا و المنصوص عليها في المادة 41 المطبة الخامسة من القانون 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية² قد أجاز للمصلحة المتعاقدة اللجوء لهذا الأسلوب وهذا نظرا إلى الأهمية الكبرى التي تحظى بها هذه المشاريع و خاصة أنها تحمل طابع استعجالي وبالتالي يجد أن الأسلوب الملائم لها هو إجراء التفاوض المباشر بالإضافة إلى حالة التموين المستعجل المخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية و للربح الوقت أجاز لها اللجوء لإجراء التفاوض المباشر .

¹ المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 (ملغى)، المتضمن قانون الصفقات العمومية ، مرجع سابق .

² المادة 41 من القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

ثانيا: مساوئ إجراء التفاوض المباشر

تظهر مساوئ إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر في غياب مبدأ المنافسة (أولا) ثم غياب النزاهة ومبدأ الشفافية (ثانيا) .

أ - غياب مبدأ المنافسة

تنتفي المنافسة كليا في كل حالات التفاوض المباشر المذكورة على سبيل الحصر في المادة 41 من القانون 12-23 السالف الذكر¹ ، ويبدو المشرع واضحا من خلال تكريس أسلوب التعاقد وفق إجراء التفاوض المباشر معترفا للمصلحة المتعاقدة بعدم إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض، وهكذا يكون قد حرر الإدارة من القيود التي يفرضها هذا الأخير.

يظهر الإشكال بشكل كبير في حالة إعطاء بموجب نص تنظيمي أو تشريعي الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي فهو يكفل بعض المؤسسات التجارية و الصناعية تقديم خدمة عمومية في مجال معين أثناء إبرام صفقة عمومية وفق كيفية التفاوض المباشر ومما لا شك فيه أن إعطاء التراخيص و الأولوية لهذه المؤسسات العمومية بالتعاقد عن طريق إجراء التفاوض المباشر و حتى لو كان بموجب نص تشريعي أو تنظيمي سيخل بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين² ، وبالتالي سيمس بمبدأ المنافسة الذي يقوم على حرية الوصول للطلبات العمومية .

حبذا لو ترك المشرع الجزائري المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي لتثبت وجودها بالمنافسة لا أن تحظى هذه بالأولوية و حق حصري، لأن هذا يشبه الطابع الامتيازي علاوة على هذا فإن صفقات إجراء التفاوض البسيط يكمن أن يكون فسادا متى انحرفت المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها و لم تستهدف لتحقيق المصلحة العامة، و خاصة أن

¹ القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق .

² ضريفي نادية لجلط فوز ، مرجع سابق ، ص 226 .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

بعض الموظفين لديهم فكر استغلالي يدفعهم إلى اعتماد هذا الإجراء الإبرام صفقة ومنحها لمن لا يستحقها بمقابل مالي

ب - غياب النزاهة ومبدأ الشفافية :

يمكن للمصلحة المتعاقدة من خلال إجراء التفاوض المباشر التحايل و التلاعب بإجراءاته و ذلك عندما تسند الصفقة المتعامل معين بالذات خاصة و أن المشرع ترك للإدارة الحرية في اختيار المتعامل الذي ترغبه وهذا ما يسهل عليها عملية الاختيار، بالتالي يظهر من خلاله غياب مبدأ الشفافية .

يؤدي غموض القواعد القانونية المنظمة للتفاوض المباشر إلى ثغرات في تحديد حالاته؛ فعدم دقتها يفتح الباب للتلاعب في إبرام الصفقات واستغلال الثغرات عبر ممارسات غير سليمة. فانعدام المنافسة الذي يتطلب الشفافية من خلال إجراءاته سيثمر وقوع جريمة من جرائم

الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية و التي نص عليها المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 88 إلى المادة 94 منه تحت عنوان "مكافحة الفساد"¹ حيث يعاقب عليها القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته² ، إذ أكد من خلاله على مبدأ العلانية والمنافسة وكذا الشفافية.

من الملاحظ أنه رغم هذه الإحاطة القانونية التي قام بها المشرع والمتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية وفق كيفية إجراء التفاوض المباشر إلا أن الواقع أثبت العكس و هذا يظهر في قصورها عن ضمان الشفافية

¹ المواد من 88 إلى 94 في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 (ملغى) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،مرجع سابق .

² القانون رقم 06-01، المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الاستشارة

تعتبر الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الاستشارة آلية استثنائية تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة عندما تقتضي طبيعة الصفقة أو الظروف المحيطة بها عدم اتباع الأساليب العادية كالمناقصة. ويقوم هذا الإجراء على مبدأ التفاوض المباشر مع واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين الذين تم استشارتهم مسبقاً، وذلك بغرض الوصول إلى أفضل العروض الفنية والمالية التي تخدم المصلحة العامة. ونظراً لما يتسم به هذا النوع من مرونة قد تخرج عن القواعد العامة الصارمة، فقد أحاطه المشرع بمجموعة من الإجراءات والضوابط التنظيمية التي تضمن نزاهة العملية والحفاظ على المال العام، وهو ما سنفصله في هذا المبحث من خلال تتبع مراحل الإعداد، الاستشارة، وصولاً إلى مرحلة التفاوض النهائي".

المطلب الأول: إستشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة والغير مشاركة في طلب العروض:

لم يتطرق القانون رقم 12-23 إلى هذه الجزئية بل تطرق لها المرسوم الرئاسي 15-247 في نص المادة 52 في نطاق الإستشارة وحصرته في أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة في حال عدم جدوى إجراء طلب العروض أن تلجأ إلى أسلوب التفاوض بعد الإستشارة

مع إمكانية إستشارة المؤسسات التي سبق لها تقديم عروض في الإجراء، ولم يعفي المشرع المصلحة المتعاقدة من إستشارة المؤسسات التي لم تشارك في هذا الإجراء مطلقاً، وقد وضعت بعض القيود بخصوص هذا الموضوع وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الفرع الأول: إستشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة في طلب العروض:

لم يتطرق القانون رقم 23-12 لهذه الجزئية ولكن تم النص عليها في المادة 52 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تضمنت ما يلي: "... تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة وبنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض .

أولاً : تقليص مدة تحضير العروض: سمحت المادة 52 للمصلحة المتعاقدة بحقها في تقليص مدة تحضير العروض دون أن يمس ذلك بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية المكرس بموجب المادة 03 من نفس المرسوم.

حيث تلتزم المصلحة المتعاقدة بمنح المتعاملين المدعويين أجلاً كافياً في تقليص من مدة تحضير عروضهم، ويحدد هذا الأجل حسب طبيعة وتعتمد موضوع الصفقة مع مراعاة مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية المنصوص عليه في المادة 03 من المرسوم، ويمنع تقليص هذا الأجل إلى حد يعيق إعداد العروض بموضوعية حتى وأن ترتب عن ذلك تأخير في آجال إنجاز البرنامج أو المشروع العمومي.

ثانياً الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط : كما سبق القول أن دفتر الشروط هو الدليل العام للصفقة، وهو الوثيقة التي تتضمن سائر المعلومات بخصوص الصفقة المراد إبرامها، ففي هذه

الحالة إن سلكت المصلحة المتعاقدة هذا الأسلوب من أساليب التعاقد وتم إثبات عدم جدوى طلب العروض بكل الشروط المطلوبة يمكنها أن تلجأ لطريق التفاوض بعد الاستشارة والاحتفاظ بنفس دفتر الشروط¹.

¹ أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 353.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الفرع الثاني: استشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات الغير مشاركة في طلب العروض:

حيث جاء في نص المادة 52 فقرة 02 من نفس المرسوم الرئاسي ما يلي: " إذا قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الإستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم. وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط بإستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض"¹. يفهم من نص هذه المادة أن المصلحة المتعاقدة عندما تقرر إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض يتوجب عليها نشر إعلان عن إستشارة بالكيفية المشار إليها سابقا بالنسبة لطلب العروض وهو قيد شكلي²، فلا يمكن أن تتم الإستشارة بشكل سري أو مغلق دون نشر الإعلان عن الإستشارة، ويجب نشر هذا الإعلان وفقا للأشكال المنصوص عليها في المرسوم، أي مثلما يتم نشر إعلانات الصفقات العادية في الصحف، مواقع إلكترونية رسمية، لوحة الإعلانات (...).

أ. **تقليص مدة تحصيل العروض** : فيما يخص مدة التحضير الخاصة بالمؤسسات الغير مشاركة في العرض لا تنال نفس الخط الممنوح للمؤسسات المشاركة في العرض الأول³.

ب . **إمكانية الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط** : نجد أن نص المادة 52 فقرة 02 منه تنص على أن المصلحة المتعاقدة عندما تقرر القيام باستشارة مؤسسات أخرى غير مشاركة في طلب العروض يمكنها أن تحتفظ بنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض لكن

¹ المادة 52 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام (ملغى) المرجع السابق.

² عمار بوضياف، المرجع السابق ص 352.

³ عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 311.310.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

نجد أن المشرع قد وضع قيد متمثل في إلزامية نشر الإعلان عن الإستشارة وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا المرسوم¹.

يمكن أن نستنتج أنه عند اللجوء إلى هذا الأسلوب، تقوم المصلحة المتعاقدة بما يلي:

أولاً: إستشارة المؤسسات التي سبق أن شاركت في إجراءات طلب العروض في حال كان أسلوب التفاوض بعد الإستشارة نتيجة عدم جدوى المناقصة يتم إعطاء الأولوية (إن وجدت) للعارضين أو المتعاملين الذين شاركوا مسبقا ولم يتم إختيارهم، خاصة إذا كانت عروضهم مقبولة تقنيا يستدعون مجددا في إطار التفاوض.

ثانياً: إمكانية إستشارة مؤسسات جديدة يمكن ويجوز للمصلحة المتعاقدة دعوة مؤسسات جديدة مؤهلة وذلك لتوسيع الإستشارة لتشمل مؤسسات جديدة ولم تشارك سابقا شرط

- أن تكون قادرة ومؤهلة على تقديم الخدمة وأن يكون لديها إعتقاد قانوني أو سجل تجاري ساري المفعول.

-الإستشارة تكون كتابية ومباشرة.

-يجب أن تتضمن تحصيل مدة تحضير العروض والإحتفاظ بنفس دفتر الشروط.

المطلب الثاني:إسناد الصفقة عن طريق التفاوض بعد الاستشارة

يكون إسناد الصفقة العمومية عن طريق إجراء التفاوض بعد الاستشارة للمؤسسات المؤهلة و التي تستجيب لشروط معينة لإنجاز الصفقة على أكمل وجه، كالوسائل المادية الآلات والماكينات الحديثة)، وكذا القدرات المالية و البشرية .

¹ المادة 52 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)،المرجع السابق.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

الفرع الأول : تحديد المصلحة المتعاقدة بيانات وموضوع الاستشارة على أساس دفتر الشروط

يخضع هذا الدفتر قبل الشروع في الإجراء لتأشيرة لجنة الصفقات العمومية المختصة، وهو ما قد يعني إضفاء نوع من الشفافية وعدم المساس بالمنافسة، ما دامت اللجنة المختصة ستأكد من عدم مخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة من 05 هذا المرسوم قبل منح التأشيرة حيث تنص المادة 195 من هذا المرسوم على "... يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللاً..."، و على العموم يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية مهما يكن إجراء الإبرام المختار متلائماً مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته.

ونشير إلى أنه في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ لعدم انطلاق المتعامل في الأشغال أو لتقديمه بعد إمضاء الصفقة معلومات زائفة، يكون دفتر الشروط قد أعد مسبقاً، وبالتالي كان من الأولى استخدام رسالة الاستشارة على أساس هذا الدفتر دون إخضاعه من جديد لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة ربما للوقت خصوصاً وأن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع أجال طلب عروض جديد.¹

أولاً: تحديد المصلحة المتعاقدة بيانات حول الصفقة العمومية

جاء في الفقرة الرابعة من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على مايلي: "تحدد قائمة الدراسات والخدمات الخاصة والأشغال المذكورة في المظتين 2 و 3 من المادة 51، بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد اخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة"².

¹ عريض صليحة، خدنة سعيدة، المرجع السابق، ص 71.

² المادة 51 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، المرجع السابق.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

في حالة إتباع المصلحة المتعاقدة أسلوب التراضي بعد الاستشارة يقع عليها عبئ إعداد دفتر شروط جديد وإحالة الدفتر على لجنة الصفقات المختصة للتأشير. ويكون هذا في إطار الصفقات التالية:

أ - صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض:

وردت هذه الحالة في المادة 51 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-2247، وقد سبق التطرق إليها في حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

ب - صفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية

حيث جاء ذكر هذه الحالة في الفقرة 03 من المادة 51 ، وقد سبق التطرق إليها أيضا في حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

ج - الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض الجديدة

بحيث ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 04 من المادة 51، والتي وقد قمنا بشرحها بالتفصيل في حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، غير أنه يمكن تدعيمها بمثال: إذا تصورنا وجود مشروع معين وليكن تجهيز مجموعة مخابر بأجهزة علمية مخصصة لأعمال التكوين والبحث على مستوى الجامعة، حيث تم تحديد آجال لتسليم التجهيزات، إلا أن المتعامل أخل بالتزاماته، وتم بعد مرحلة إجرائية فسخ الصفقة من جانب واحد، وذلك بسبب أن التجهيزات لم يتم استلامها، والسنة الجامعية على وشك الانطلاق.

فالإدارة المعنية صاحبة المشروع وقع عليها التزام مع سلطات المتابعة والإشراف بتوفير الهياكل

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

البيداغوجية والعلمية من أجل ضمان تكوين جيد، هنا يمكن اللجوء للتراضي بعد الاستشارة بسبب عدم قابلية المشروع و تحمله لإجراءات طلب عروض جديد¹.

ثانيا : تحديد المصلحة المتعاقدة موضوع الاستشارة على أساس دفتر الشروط

جاء ذكر هذه الحالة في الفقرة 05 من المادة 52 من نفس المرسوم.

ففي هذه الحالات المذكورة يستوجب على المصلحة المتعاقدة مراعاة إجراءين جوهريين هما :

أ- وجوب إعداد دفتر الشروط وإحالته على لجنة الصفقات المعنية:

إذا لجأت المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي بعد الاستشارة بعنوان توافر هذه الحالات المذكورة سابقا، وقع عليها عبئ تحضير مشروع دفتر الشروط وعرضه طبقا لمقتضيات الفقرة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 على لجنة الصفقات العمومية المعنية².

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

بحيث ألزمت الفقرة 05 من المادة 52 المصلحة المتعاقدة بتحرير وتوجيه رسالة استشارة على أساس دفتر الشروط تم إعداده أساسا لهذه الطريقة.

فنحن لسنا أمام دفتر شروط يتعلق بطلب عروض سابقة كما هو الحال بالنسبة للوضعية الأولى محل الفقرات 1 2 3 من المادة 52 فنكون هنا بصدد حالة أخرى ودفتر شروط خاص ومعين ويتعلق بحالة تراضي لا طلب عروض.

الفرع الثاني: قواعد فتح الأظرفة في أسلوب التفاوض بعد الاستشارة

يمكن اللجوء إلى صيغة التفاوض بعد الاستشارة في الحالات التي ذكرتها المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، ويتبين لنا في هذا النوع من الاستشارة تكون مرحلة فتح الأظرفة

¹ هناد آية زغدودي صفاء، المرجع السابق، ص 117 .

² المادة 52 الفقرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، المرجع السابق.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

بهذا الصدد على مرحلة واحدة، أيا كانت الصيغة المتبعة في استشارة المتعاملين الاقتصاديين، مع ملاحظة إمكانية تفاوض المصلحة المتعاقدة مع عارض أو أكثر بعد عملية فتح وتقييم العروض.

وبعد الفراغ من عملية فتح الأظرفة على النحو المبين، تعمل لجنة فتح الأظرفة بتقييم العروض على البدء في تحليل ووزن العروض وفقا لقواعد محددة¹.

الفرع الثالث: حالة إعلان عدم جدوى الإجراء

تم النص على هذه الحالة في الفقرة السابعة من المادة 52 كما يلي : " عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة للتفاوض بعد الاستشارة ولا تستلم أي عرض أو أنه لا يمكن بعد تقييم العروض المستلمة، اختيار أي عرض، تعلن عدم جدوى الإجراء " ².

يعتبر الإعلان عن عدم جدوى الإجراء قيد من القيود التي فرضها المشرع على المصلحة المتعاقدة للجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة.

حيث أنه إذا أرادت المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة يجب أن يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، باعتبار أن عدم جدوى طلب العروض حالة من حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة.

الفرع الرابع: حالة المنح المؤقت للصفقة

إن مبدأ الشفافية، يعتبر من المبادئ الأساسية التي كرسها المرسوم الرئاسي 15-247، ولعل إجراء المنح المؤقت هو آلية من آليات تحقيق هذه الشفافية من خلال انتقاء المتعامل الأكثر قدرة ماليا وتقنيا)، وذلك من خلال نشر منح الصفقة المؤقت للاطلاع عليه من قبل باقي المتعهدين، ولقد تعرضنا للمنح المؤقت في أسلوب طلب العروض، ليأتي المشرع ويؤكد عليه

¹ هناد آية زغدودي صفاء، المرجع السابق، ص 119 .

² المادة 52 الفقرة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، المرجع السابق.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

أثناء إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، حيث نصت الفقرة 08 من المادة 52 على أنه: " يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة 65 من هذا المرسوم.

وفي حالة الخدمات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابع سريا، يعوض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم¹.

بالنظر إلى نص المادة نجد أن المشرع الجزائري أحالنا إلى المادة 65 التي تخص إجراءات المنح

المؤقت لأسلوب طلب العروض الذي تطرقنا إليه سابقا، وأضاف المشرع استثناء في حالة الخدمات التي تنفذ خارج البلد أو التي تكتسي طابعا سريا، بعوض إعلان بالمنح المؤقت بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.

ويمكن للمتعهد الذي تمت استشارته وعارض اختيار المصلحة المتعاقدة أن يرفع طعنا حسب الشروط المحددة في المادة 52 الفقرة 09 من المرسوم 15-247.

تجدر الإشارة أن الإعلان طلب المنح المؤقت للصفقة العمومية آثار قانونية، وهذا ما أكدته عليه المادة 82 من المرسوم 15-247: " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة"².

ويلاحظ بدءا من نص المادة 82 أنها وسعت من مجالات الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقة العمومية ليشمل إجراء التراضي بعد الاستشارة.

¹ المادة 52 الفقرة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى) ، المرجع السابق.

² المادة 82 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، المرجع السابق.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

يرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر الإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 184.173 أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.¹

من المادة المذكورة يبرز الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية المتمثل في نشوء ممارسة حق الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك، هنا لم تبرم الصفقة ولم توقع بعد، بل غاية ما في الأمر أنها أعلنت بصفقة مؤقتة عن الفائز في الصفقة، وزودت كل متعهد عن طريق الإعلان بكل العناصر المتعلقة بالتقييم، لغرض تمكينه من ممارسة حقه في الطعن، ويشمل هذا بالطبع حالة التراضي بعد الاستشارة.²

هذه هي إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق أسلوب التراضي، وتجدر الإشارة أنه ورغم الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في اختيار الطرف المتعامل معها، إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد قيد في المادة 60 هذه الحرية، حيث نصت على ما يلي: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلق اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة"³، لذلك فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتقديم الأسباب التي أدت لاختيار أسلوب التراضي هذا دون سواه⁴، وهنا يجب معرفة كيف تبرر المصلحة المتعاقدة اختيارها

تتم عملية تبرير الاختيار عمليا عن طريق إعداد المصلحة المتعاقدة ملفا كاملا يخص الصفقة بجميع الإجراءات المتخذة بشأنها من يوم الإعلان عنها إلى غاية المنح المؤقت، مرفوقا بوثيقة تسمى: بطاقة التقديم، تتضمن ملخصا عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، تبرر من

¹ المادة 82 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، المرجع السابق.

² هناد آية زغودوي صفاء، نفس المرجع، ص 122 .

³ المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، المرجع السابق.

⁴ مانع عبد الحفيظ المرجع السابق، ص 66 .

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية

خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المحصل عليها، ويرسل الملف إلى اللجنة المختصة الوطنية أو الولائية أو البلدية للصفقات العمومية للتأشير عليه.

إن تعليل المصلحة المتعاقدة لاختيارها لا يكون أمام السلطات الإدارية المختصة فحسب، بل يتعداه ليصل إلى الجهات القضائية، حيث يبقى للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الحال يستوجب إبرام الصفقة وفقا لهذا الإجراء أم لا، ويتبين له ذلك من خلال الملف المطروح أمامه والظروف التي أبرمت في ظلها الصفقة، أخذا بعين الاعتبار أنه إجراء استثنائي، ومنه لم يقيد المشرع المصلحة المتعاقدة بأي إجراء أثناء لجوئها الطريقة التراضي عدا تبريرها للحالة الداعية للجوء إليه.¹

لا تعتبر إرساء الصفقة المرحلة الأخيرة، بل لابد اعتماد كيفية الإسناد و مباشرة إجراءات التعاقد من أجل إضفاء الطابع الرسمي و النهائي وكذا الإعلان عن إتمام الإجراءات لأنها لا تكون جائزة و صحيحة إلا بعد مصادقة السلطات المؤهلة قانونا عليها. لا يقتصر المنح المؤقت على أسلوب طلب العروض قط بل شمل أيضا إجراء التفاوض بعد الاستشارة، لأن أمام هذا الأخير تكون المنافسة ضيقة ومحدودة النطاق وعليه نجد أن إصدار المصالح المتعاقدة للمنح المؤقت يعد من بين أهم آليات تكريس مبدأ الشفافية أثناء إبرام الصفقات

العمومية، وأيضا من أجل ضمان وحماية حقوق المتعهدين وإعطائهم حق ممارسة الطعن .
فافية والنزاهة أثناء منح الصفقات.

¹ هناد آية، زغدودي صفاء، المرجع السابق، ص 122 .

خلاصة الفصل الثاني :

ويشترط المشرع لصحة إجراء التفاوض قيام الإدارة بالتحديد الكمي والكيفي المسبق لحاجاتها بناءً على دراسات تقنية وفنية معمقة تقادياً لإبرام ملحقات تعديلية لاحقة تثقل كاهل الميزانية، بالتوازي مع التزامها القانوني بالتحقق من جدارة وقدرات المترشح المهنية، والمالية، والتقنية عبر فحص مراجعة الإنجاز والوضعية الجبائية والشبه جبائية، وهو ضابط حمائي يهدف لإقصاء المتعاملين المعسرّين قبل تقييم العروض.

وتقضي هذه الضوابط الاستباقية إلى اعتماد معيار "العرض الأحسن اقتصادياً" كقاعدة أساسية لاختيار المتعامل الاقتصادي، وذلك عبر دمج تنقيط العرض التقني والمالي وفق صيغة ترجيحية توازن بين الجودة والتكلفة الكلية للمشروع. ولتوسيع قاعدة المنافسة، تحرص المصلحة المتعاقدة على تفعيل آلية الاستشارة لتشمل المتعاملين المشاركين في طلب العروض لتدقيق الالتزامات، وغير المشاركين لاستطلاع واقع السوق ومكامن العزوف، مع وجوب حصر موضوع وبيانات الاستشارة بدقة استناداً إلى دفتر الشروط المصادق عليه باعتباره الشريعة التعاقدية الملزمة التي يحظر تعديل معاييرها بأثر رجعي.

وتخضع مرحلة فتح الأطراف في التفاوض بعد الاستشارة لرقابة لجنة إدارية متخصصة تلتزم بالسرية التامة لضمان عدم تسريب البيانات المالية أو التقنية وحظر ممارسات التواطؤ. وينتهي هذا المسار الإجرائي بإحدى حالتين قانونيتين: إما إعلان عدم الجدوى نتيجة غياب العروض المطابقة أو تجاوز الأسعار للتقديرات المالية المعتمدة، مما يمنح الإدارة سلطة إلغاء الإجراء أو مراجعة دفتر الشروط، وإما إعلان المنح المؤقت لصاحب العرض الفائز عبر نشرة الصفقات العمومية أو الصحف الرسمية، وهو قرار إداري تنظيمي يفتح الآجال القانونية المحددة لتمكين المتنافسين المقصيين من ممارسة حقهم في الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة قبل الإبرام النهائي.

الخاتمة :

بناءً على المعطيات المستخلصة من هذه الدراسة، يتضح أن المشرع قد تبني مقاربة قانونية مستحدثة بإقرار أسلوب **التفاوض** بديلاً عن نظام **التراضي** في مجال إبرام الصفقات العمومية.

وقد أخضع المشرع جهة الإدارة (المصلحة المتعاقدة) لقيود وضوابط قانونية صارمة، تجلت في تحديد حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب على سبيل الحصر.

- حيث يسمح باللجوء إلى التفاوض في حالات معينة مثل عدم منافسة بسبب وجود متعامل وحيد، أو في حالات الاستعجال التي لا يمكن تأجيلها وتتطلب سرعة في اتخاذ القرارات دون طول الإجراءات اللازمة لتقديم العروض، بما في ذلك الحالات التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية التي تهدف الدولة إلى تحقيقها من خلال انتهاج سياسة تحفيز الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، وترقية المؤسسات الناشئة في مجال الرقمنة والابتكار. حيث منحت الدولة بموجب قانون الصفقات العمومية رقم 12-23 لهذين الصنفين من المتعاملين معاملة مختلفة عن تلك المتعلقة بباقي المتعاملين الاقتصاديين.

- بالمقابل، يُلاحظ وجود فراغ تشريعي نسبي يكمن في عدم ضبط الإجراءات المسطرية الواجب اتباعها أثناء عملية التفاوض مع المتعامل الاقتصادي. هذا الغياب الإجرائي منح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة وهامش حرية كبير في هندسة المسار التفاوضي، واختيار الآليات الميدانية الكفيلة بضمان انتقاء العرض الأكثر تلاؤماً مع الشروط التعاقدية المطلوبة لإرساء الصفقة .

انطلاقاً من هذه النتائج سوف تقدم المقترحات التالية:

- تأصيل الضوابط القانونية والشروط الموضوعية الحاكمة لإبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بنوعيه (التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة)، بهدف سد

الفراغات التشريعية وتوفير الأمان القانوني للمصلحة المتعاقدة أثناء اتخاذ القرار الاستثنائي المناسب.

- حتمية الإسراع في إصدار المراسيم التنفيذية والنصوص التطبيقية المنبثقة عن القانون 12-23؛ وذلك لإزالة الغموض وتفصيل جزئيات المسار الإجرائي الحاكم لتطبيق آلية التفاوض في الصفقات العمومية .

- ضرورة تصميم برامج تدريبية وتكوينية متخصصة لفائدة الموظفين القائمين على تدبير الطلبات العمومية؛ لتمكينهم من الاستيعاب الدقيق والوقوف الفعلي على المقاصد الإجرائية والقواعد العامة التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 12-23.

قائمة المصادر و المراجع

1. معجم المعاني الجامعة، متوافر على : <https://www.almaany.com/ar/dict/ar->

الرابط الالكتروني التالي

ar/ تاريخ الزيارة 2026/03/25، توقيت الزيارة : 10:00

المراسيم

1. المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30

ديسمبر سنة 2020، المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،

العدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

2. القانون رقم 06-01، المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة

2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،

العدد 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.

3. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لقانون رقم 23-12 المؤرخ في 18 محرم عام

1445 الموافق لـ 5 غشت (أوت) سنة 2023، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة

بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ

22 أوت 2023 (الملغى).

4. لقانون رقم 23-12 المؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق لـ 5 غشت (أوت) سنة

2023، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية

للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2023.

5. المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم

الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادر بتاريخ

28 يوليو 2002.

6. المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (ملغى)، مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 2010، ص 04.

7. مرسوم تنفيذي رقم 20-254 مؤرخ في 27 محرم 1442 الموافق 15 سبتمبر 2020، يتضمن إنشاء لجنة وطنية لمنح علامة مؤسسة ناشئة و "مشروع مبتكر" و "حاضنة أعمال"، وتحديد مهامها و تشكيلتها و سيرها . ج. ر.ج. ج. د.ش عدد 55 صادر بتاريخ 21 سبتمبر 2020.

8. مرسوم تنفيذي رقم 20-356 مؤرخ في 14 ربيع الثاني 1442 الموافق 30 نوفمبر 2020، يتضمن إنشاء مؤسسة ترقية و تسيير هياكل دعم المؤسسات الناشئة ويحدد مهامها و تنظيمها و سيرها، ج. ر.ج. ج. د. عدد 74، صادر بتاريخ ديسمبر 2020.

الكتب

1. بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة جسور للنشر والتوزيع الجزائر 2011، ص184/185.
2. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 113 .
3. خالد خليفة طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.ط، دار الخلدونية الجزائر، د.س.ن، ص22.
4. خرشي النوي ، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى الجزائر، الطبعة الأولى، 2018، ص 183.
5. خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، د.ط. دار الخلدونية الجزائر، 2011، ص 167 .
6. خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2011، ص 165.

قائمة المصادر و المراجع

7. عصام هزيمة، البيئة القانونية للأعمال العقد كمصدر من مصادر الالتزام، بدون دار نشر بدون سنة نشر، ص 03 .
8. قدوج حمامة، عملية ابرام الصفقات العمومية ما بين قانون 12-23 و المرسوم الرئاسي 15-247 ، ط1، بيت الأفكار للنشر و التوزيع ،46 الجزائر، 2023 ، ص89 .
9. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، د ط، در النهضة العربية، القاهرة، ص 60 .
10. محمد بن مالك، أساسيات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، دار علي بن زيد للطباعة والنشر، بسكرة الجزائر 2019، ص 103
11. مغني منيرة، ابرام الصفقات العمومية وفق اجراء التفاوض في ضوء القانون 23-2012 ، النشر الجامعي الجديد ،الجزائر 2024 المرجع السابق، ص 21.
12. نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص 142.
13. هاني عبد الرحمن إسماعيل النظام القانوني لعقد التوريد دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 517

رسائل الدكتوراه

1. بن بدرة عفيف، حق المؤسسة في المنافسة المشروعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد 40 تلمسان 2016-2017، ص 40 .
2. بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون عام، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة 2016-2017، ص 30.

3. تياب نادية ،آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ،رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 23-11-2013 ، ص 99 .
4. خضري حمزة ، ، آليات حماية المال عام في إطار الصفقات العمومية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر 1 ، 2014-2015، ص 27.
5. شريط محمد ، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر 01 ، الجزائر 2016/2017، ص 174.
6. عائشة خلدون ، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية ،دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 السنة الجامعية ، 2015/2016، ص 314 .
7. مروان الدهمة ، الصفقات العمومية بين الطابع الإداري و الطابع الجزائي أطروحة مقدمة لاستكمال شهادة دكتوراه(الطور الثالث)، تخصص تحولات الدولة ، مرباح ورقلة كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة قاصدي، 2019/2020، ص 75 .

رسائل الماجستير

1. سهام بن دعاس ، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير ، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 47.
2. عبيد ريم ، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة ، 2005، ص 100 .

3. مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008 ، ص 142 .
4. محمد عبدو، الطبيعة القانونية للاتفاقيات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وآثارها، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، جامعة سعد دحلب البليدة، 2007، ص 64.

رسائل الماستر

1. حمادي حبيبة، إجراء التفاوض اللاتنافسي في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر ،كلية الحقوق و العلوم سياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2023/2024 ، ص 8.
2. عريض صليحة ، خدنة سعيدة ، التعاقد عن طريق التراضي في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل ، الجزائر ، 2021 ص 105
3. معمري صونية، وعراب نورة تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في ،الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم سياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2017، ص 8.
4. مليكة بوشويرب ، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الهيئات الإقليمية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، 2014، ص 29 .
5. هاجر بوضياف ، مبدأ المساواة في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل الماستر ، تخصص الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، 2015 ، ص 29-30 .

6. هناد آية ، زغدودي صفاء ، أساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية ، تخصص منازعات إدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، الجزائر ، 2018 ، ص 105 .

7. وهيبة لعلی التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة مكملّة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2014/2015، ص11.

المجلات

1. إيرين نوال ركن الرضا في الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 01 المركز الجامعي قاصدي مرباح ، جامعة ورقلة ،كلية الحقوق و العلوم سياسية ، 2022، ص 253 .

2. بدراني على و بوكوية مريم ، أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية بين ضرورة المصلحة العامة والوقاية من الفساد ومكافحته"، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، جامعة مرسلّي عبد الله تيبازة ،العدد 03، المجلد 15، الجزائر 2022، ص 65.

3. بن زيان سعادة، التراضي إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02 ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،أكتوبر 2021 ، ص291 .

4. بن محمد محمد، حلّيمي منال ، صفقات التراضي في الجزائر أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة ، مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد 13 المجلد 07 جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر ، ص 177

5. بورعدة حورية طرق ومراحل إبرام الصفقات العمومية بناء على المرسوم الرئاسي 15-247 ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس جامعة تلمسان الجزائر، جوان 2019، ص 108 .
6. بوزيد بن محمود ، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الإستشارة" ، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد السادس ، جامعة برج بوعريج ، الجزائر، 2018، ص 198.
7. زناتي مصطفى ، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية حجر الزاوية في عقلنة و ترشيد الطلب العمومي) ، مجلة البحوث السياسية والإدارية ، العدد الثاني عشر ، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، 2018، ص 43 .
8. سليمان عبد الغاني، كيفية وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 01 المجلد 08 ، الجزائر 2023، ص 1627 .
9. ضريفي نادية، لجلط فواز، إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مجلة صوت القانون ، المركز الجامعي صالح أحمد النعامة ، المجلد السادس، العدد 02 نوفمبر 2019 ، ص 221.
10. عباس صادقي، جيلالي تشوار التفاوض عند إبرام العقود الإدارية: القاعدة والاستثناء دراسة مقارنة لأحكام التفاوض عند إبرام العقود المدنية ومدى انطباقها على العقود الإدارية في فرنسا ومصر والجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، المجلد 05 ، العدد 02/2020، ص 410.

11. هاني عبد المعطي عبد العاطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة ، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة بنها، مصر، المجلد 34 ، العدد 03 يوليو 2019، ص 110).

مواقع الكترونية

- <https://www.tribunaldz.com> (<https://tribunaldz.blogspot.com/2021/04/article-90-code-civil-algerien.html>)

مراجع اجنبية

- Sophie Nadal, Négociation, Dictionnaire d'administration publique, Presses universitaires de Grenoble, 2014,p339

الفهرس

I	الاهداء
II.....	شكر وتقدير
أ	مقدمة
الفصل الاول: الإطار الموضوعي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية	
المبحث الاول: التفاوض أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية .. Erreur ! Signet non défini.	
3	المطلب الأول: مفهوم التفاوض في الصفقات العمومية
3	الفرع الأول: تعريف التفاوض
7	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التفاوض
8	الفرع الثالث: أركان العقد :
11.....	المطلب الثاني :التفاوض في ظل تنظيمات الصفقات العمومية
11.....	الفرع الأول : التعريف التشريعي لأسلوب التراضي
13.....	الفرع الثاني: صور عقد التفاوض
الفرع الثالث : التمييز بين التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة في إبرام الصفقات العمومية	
16.....	المبحث الثاني : أشكال أسلوب التفاوض في إبرام الصفقات العمومية
19.....	المطلب الأول : إجراء التفاوض المباشر
19.....	الفرع الأول: تعريف التفاوض المباشر:
21.....	الفرع الثاني : حالات اللجوء للتفاوض المباشر

المطلب الثاني حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة.....	27
الفرع الأول : تعريف التفاوض بعد الاستشارة (التراضي بعد الاستشارة)	27
الفرع الثاني :القيود الواردة على أسلوب التفاوض بعد الاستشارة:.....	28
الفرع الثالث :الحالات الواردة على أسلوب التفاوض بعد الاستشارة	30
خلاصة الفصل الاول:.....	35
الفصل الثاني: الاطار الإجرائي للتفاوض في إبرام الصفقات العمومية	
المبحث الأول :إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر	37
المطلب الأول : ضوابط إجراءات التفاوض المباشر	38
الفرع الأول : تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة	38
الفرع الثاني: التأكد من قدرات المترشح.....	44
المطلب الثاني: اختيار متعامل اقتصادي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية..	46
الفرع الأول : معيار اختيار أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية.....	46
الفرع الثاني : مزايا و مساوئ إجراء التفاوض المباشر.....	47
المبحث الثاني :إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الاستشارة	52
المطلب الأول: إستشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة والغير مشاركة في طلب	
العروض:.....	52
الفرع الأول: إستشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة في طلب العروض:.....	53
الفرع الثاني: استشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات الغير مشاركة في طلب العروض	54
المطلب الثاني:إسناد الصفقة عن طريق التفاوض بعد الاستشارة	55

الفرع الأول : تحديد المصلحة المتعاقدة ببيانات وموضوع الاستشارة على أساس دفتر الشروط	
56.....	
الفرع الثاني: قواعد فتح الأظرفة في أسلوب التفاوض بعد الاستشارة	58.....
الفرع الثالث: حالة إعلان عدم جدوى الإجراء	59.....
الفرع الرابع: حالة المنح المؤقت للمصفة	59.....
خلاصة الفصل الثاني:	63.....
الخاتمة :	64.....
قائمة المصادر والمراجع.	66.....

من خلال هذه الدراسة ، استنتجنا أن التفاوض بصورتيه، المباشر أو بعد الاستشارة، يمثل استثناءً في اختيار المتعامل المتعاقد، حيث لا تلجأ الإدارة لهذا الأسلوب إلا في حالات حصرية محددة، تماماً كما كان عليه الوضع في إجراءي التراضي البسيط وبعد الاستشارة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 (الملغى). ومن الواضح أن المشرع الجزائري في القانون الجديد 12-23 قد استبدل تسمية التراضي بمصطلح التفاوض مع الحفاظ جوهرياً على قواعده وحالاته، باستثناء إضافة حالة التفاوض المباشر لدعم وتشجيع المؤسسات الناشئة، بينما أبقى على الظروف الأخرى التي تستوجب هذا المسار الاستثنائي؛ وهو توجه مبرر فنياً وقانونياً خاصة حين يؤدي طلب العروض لضياع المصلحة العامة أو التأخر في تلبية الاحتياجات المستعجلة للسكان، أو عندما تفرض طبيعة الصفقة وضرورات نجاحها تجاوز تعقيدات المنافسة والإشهار، مما يجعل التفاوض وسيلة ضرورية وفعالة لإبرام العقود العمومية.

-Through this study, we concluded that negotiation, in both its forms—direct or following a consultation—represents an exception in the selection of a contracting party. The administration resorts to this method only in specific, exclusive cases, mirroring the previous status of "direct mutual agreement" (*gré à gré simple*) and "mutual agreement after consultation" (*gré à gré après consultation*) under the repealed Presidential Decree No. 15-247.

It is evident that the Algerian legislator, in the new Law No. 23-12, has replaced the terminology of "mutual agreement" with the term "negotiation" while substantially maintaining its governing rules and circumstances. The only notable exception is the inclusion of direct negotiation as a case to support and encourage startups. Otherwise, the legislator retained the other conditions necessitating this exceptional path—a move justified technically and legally, particularly when a call for tenders might lead to the prejudice of public interest or a delay in meeting the urgent needs of the population. Furthermore, when the nature of the contract and the requirements for its successful execution mandate bypassing the complexities of competition and advertising, negotiation becomes a necessary and effective mechanism for awarding public contracts.