مجلة الحقوق والحريات

العدد الثالث
ديسمبر 2016

تفعيل الاستثمار الاجنبي في عقود الصفقات العمومية

- قراءة في نص المادة 84 من مرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات وتفويض المرفق العام-

الأستاذة خيرة بن سالم

أستاذ مساعدة بكلية الحقوق

جامعة خميس مليانة – الجزائر

bensalemkheira44@gmail.com

الملتقى الدولي السادس عشر حول: "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية"
المنعقد يومي 23/22 فيفري 2016
من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة
ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع
قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية -
جامعة محمد خيضر - بسكرة -

مقدمة:

إن الشراء العمومي يلعب دورا هاما في تحقيق التوازن الاقتصادي والزيادة في معدلات الإنتاج ليساير التطور العلمي والثقافي والتكنولوجي الذي تشهده دول المعمورة.لذلك كان من الأساس تنظيم هذه المشتريات وفقا لقواعد قانون الصفقات العمومية لكل دولة بما يتماشى والسياسة المتبعة في تسيير شؤون البلاد الداخلية والخارجية، فالصفقات العمومية عصب الحياة الاقتصادية واحدى الدعامات الاساسية في بناء الهيكل المالي والاقتصادي للدول، إستراتجية الدولة للنهوض بأعباء الخدمة العامة وضرورة حتمية لكل دولة تريد الرفاهية والرخاء لشعبها وذلك بوصفها وسيلة للتنمية والاستثمار؛ فهي أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية.

الصفقات العمومية حسبما تعرفه المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247 [1]:" هي عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة" . تمثل اليوم الصفقات العمومية أهمية كبرى وذلك نظرا لضخامة المبالغ المالية المرصودة لها وللنتائج المترتبة عن انجاز المشاريع الكبرى على رفع المستوى المعيشي للأفراد، تسعى الدول التي تتوفر على ملاءة مالية كالجزائر الى تنويع شركائها المتعاقدين من اجل ضمان نقل التكنولوجيا وهذا من خلال تشجيع الاستثمارات .

إن سعي الدولة الى جذب الاستثمارات الاجنبية يجب أن يتوافق ومسعاها لحماية الأموال العمومية الموجهة للإنفاق العمومي ولهذا أدخل المشرع عند صدور المرسوم الرئاسي 10/236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم المتضمن قانون الصفقات العمومية فكرة الزام المستثمر الاجنبي بالاستثمار موازاة مع انجاز الصفقة العمومية.

وهو ما يقودنا الى التساؤل: حول ماهية العلاقة بين الاستثمار والصفقات العمومية وهل يساهم الالزام بالاستثمار في تحقيق انجاز الصفقات العمومية وتشجيع الاستثمار الاجنبي؟

[1] – مرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ،جريدة الرسمية العدد 50.

المبحث الأول: الاستثمار الأجنبي في ظل نصوص قانون الصفقات العمومية

غداة الاستقلال توجهت الجزائر الى تبني سياسة اقتصادية للنهوض بالبلاد وكانت الصفقات العمومية والاستثمارات من المجالات ذات الاولوية ولقد شرعت مباشرة وحتى قبل سن أول قانون للصفقات العمومية 1والذي في اصدار قانون للاستثمارات بالقانون 63/277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 يهدف الى جذب رؤوس الأموال الأجنبية، اذ انصبت سياسة الدولة على الاعتراف للمتعهدين الاجانب بامتيازات في اطار قانون الصفقات العمومية الا أن التغيرات التي عرفتها البلاد في السنوات الأخيرة أدت الى تغير سياسة الدولة الى الزام المتعهدين الاجانب بالاستثمار بالموازاة مع انجاز الصفقات العمومية.

أولا – الاعتراف للمتعهدين الأجانب بامتيازات في إطار قانون الصفقات العمومية:

كان قانون الاستثمارات الأول لسنة 1963 موجها أساسا لرؤوس الأموال الأجنبية، وتضمن الإضافية الى الامتيازات الممنوحة للمؤسسات المعتمدة امكانية منحها افضلية الدخول الى الصفقات والتي نصت عليها المادة 9/3.

سيتم استبعاد هذا الامتياز عند صدور القانون الثاني للاستثمار بالأمر 66/284 المؤرخ في 15 1966سبتمبر. ولهذا سنحاول أن نبرز أهم التطورات التي عرفتها الامتيازات الممنوحة في قانون الصفقات العمومية للمتعاملين الأجانب لنتوقف عند التمييز بين التمييز بين المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر والمؤسسات الأجنبية.

أ – تطور الامتيازات الممنوحة في قانون الصفقات العمومية للمتعاملين الأجانب:

تم تجسيد الفكرة التي بمقتضاها يتمتع المستثمر الاجنبي بامتياز الافضلية في الحصول على الطلبات العمومية عند صدور أول قانون للصفقات العمومية بالامر رقم 67/90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، اذ تضمن الامر التمييز بين المؤسسات الاجنبية والمؤسسات الأجنبية المقيمة في الجزائر، ولقد كانت المؤسسات الاجنبية الكائنة في الجزائر موضوعا لأول منشور أصدرته اللجنة المركزية للصفقات.

لقد عرف هذا المنشور المؤسسات الاجنبية الكائنة في الجزائر على انها كل مؤسسة أجنبية تملك على التراب الوطني مرافق مهنية دائمة ضرورية لإنجاز كل أو جزء من الخدمات التي تطلبها الإدارة.

تتضمن الامتيازات الممنوحة للمؤسسات الاجنبية الكائنة في الجزائر المساواة بينها وبين المؤسسات الوطنية وهذا من خلال الاعتراف لها بـ:

-الاستفادة من الاولوية في منح الصفقات حتى لو كانت الاسعار التي تقترحها اعلى من الاسعار التي عرضتها المؤسسات المنافسة،

-الادماج في البطاقية الوطنية للمؤسسات المستفيدة من الاولوية في منح الصفقات،

-المشاركة في الصفقات المبرمة بإجراء المزايدة الذي تستبعد فيه المؤسسات الاجنبية،

-امكانية اختيارها كمتعامل ثانوي والذي يعتبر حكرا على المتعاملين الوطنيين،

تم حذف النص على المؤسسات الاجنبية الكائنة في الجزائر عند صدور ثاني قانون للصفقات العمومية بالمرسوم145/82 المؤرخ في 10 أفريل عام 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل وعاد المشرع ليعيدها منذ صدور المرسوم التنفيذي رقم 91/343 لمؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومي وفي ظل المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ب – التمييز بين المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر والمؤسسات الأجنبية:

عند صدور المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حذف المشرع الامتيازات الممنوحة للمؤسسات الاجنبية الكائنة في الجزائر وأدخل تمييزا قائما بين مؤسسات القانون الجزائري والمؤسسات الاجنبية، وهو ما يعني أن المؤسسات الاجنبية الكائنة في الجزائر قد أدمجت في صنف المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

أما المؤسسات الاجنبية التي ترغب في تقديم عروض للصفقات العمومية فهي ملزمة بالالتزام بالاستثمار في اطار شراكة وهذه القاعدة وضعتها المادة 24من المرسوم الرئاسي رقم236/10 المؤرخ في 7أكتوبر سنة 2010.

ج – إخضاع المتعهدين الأجانب الى الالتزام بالاستثمار في اطار شراكة:

إن الاصل في الاقتصاد الليبرالي هو الاعتراف بالحرية الاقتصادية وهدا يعني ان الاستثمار بدوره يتم بشكل حر وهذا ما ينص عليه الدستور من خلال نص المادة 37 من دستور 1996 والتي حملت في طياتها التعبير الواضح عن هذه الإرادة إذ نصت على أن: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون. بذلك يعتبر حرية التجارة والصناعة مبدا دستوريا بالدرجة الاولى.

كنتيجة منطقية لتطبيق هذا المبدأ نص قانون الاستثمارات بدوره على حرية الاستثمار وذلك من خلال نص المادة 1/04 من الأمر03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار التي تنص على أنه: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة والمتعلق بتطوير الاستثمار التي تنص على أنه: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة".

غير انه في السنوات الاخيرة وبالضبط انطلاقا من سنة 2009 بدأ هذا المبدأ يعرف نوعا من النسبية أو التراجع , وذلك من خلال ما جاء به قانون المالية التكميلي لسنة 2009 من خلال ما نصت عليه المادة 2/58 والذي يفرض شراكة وطنية بمقدار 51 ٪ على الأقل من رأس المال الاجتماعي، بذلك تم التراجع عن مبدأ حرية الاستثمار الذي كان للمؤسسة الوطنية، مقابل 49 ٪ للشريك الأجنبي بذلك تم التراجع عن مبدأ حرية الاستثمار الذي كان معتمدا منذ شروع الجزائر في اعتماد الاتجاه الليبرالي والانفتاح على اقتصاد السوق.

ثانيا – هامش الأفضلية قبل صدور المرسوم الرئاسي 236/10:

بتصفح التنظيمات التي حكمت الصفقات العمومية منذ الاستقلال، نلمس التمييز الذي عرفته نصوصها سواء بين القطاع العام والخاص، أو بين المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين ونظرائهم الأجانب.

ففي ظل الأمر رقم 90/67، ورغم أن المشرع لم يحدد نسبة معينة لهامش الأفضلية الوطنية، إلا أنه لا يمكن إنكار أنه مارس تمييزا واضحا لصالح المؤسسات الوطنية من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية[1]، وهذا ما تؤكده المادة 38 فقرة 02[2]، وذلك بمناسبة إجراء مناقصة أو مزايدة، كما نلمس هيمنة القطاع العام ضمن أحكام الصفقات الممنوحة وفقا لإجراء التراضي[3]، ويبدو مبدأ التمييز بين القطاعين العام والخاص أكثر وضوحا إذا

[1] –Bennadji Cherif, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, Thèse de doctorat d'Etat, institut de droit, Université d'Alger, 1991, P 397.

[2] – نصت هذه المادة على أن تختار الشركة الوطنية أو المؤسسة المسيرة ذاتيا إذا كانتا من بين أصحاب العروض الذين عرضوا السعر الأدنى.

[3] – المادتين 60 و61 من الأمر رقم 90/67.

ما تعلق الأمر بمعايير اختيار العروض طبقا للمادة 49[1]، كما تم في هذه الفترة تخصيص المؤسسات الاشتراكية والمؤسسات ذات الاقتصاد المختلط بإبرام عقود البرنامج دون باقي المتعاملين بما فيهم المتعاملين الأجانب.

وفي خطوة نحو زيادة التمييز الممارس ضد المؤسسات الأجنبية[2]، رتب المرسوم 145/82 المتعاملين المتعاقدين حسب الأسبقية في إطار منح صفقات المتعامل العمومي طبقا لترتيب المادة 24[3]، ويأتي هذا حتى بمناسبة الأزمة الخانقة التي عرفتها الجزائر سنة 1986 والتي دفعتها ومتعامليها العموميين إلى اللجوء للاقتراض الخارجي لتنفيذ إستراتيجيتها التنموية، وبالتالي خضوعها لتعليمات المؤسسات المالية المقرضة ذات الطابع الملزم خاصة منها البنك الدولي، وقد كان إحدى أهم توجيهات هذه المؤسسة تقليص هامش الأفضلية ليتراوح بين 05 % حتى 20 % من ثمن التوريدات أو الأشغال، إلا أن المشرع لم يأخذ ذلك بعين الاعتبار ضمن تعديل المرسوم رقم 145/82، بل وفي سياق هذه الأزمة منحت السلطات العمومية حينها هامش أفضلية بلغ حدود 50 % لصالح المؤسسات الوطنية في مواجهة المؤسسات الأجنبية[4].

وبعد صدور المرسوم التنفيذي 434/91، لم ينص هذا الأخير على تحديد أي هامش للأفضلية الوطنية، كما تخلى أيضا عن أسبقية الترتيب التي كانت معتمدة في ظل المادة 24 من مرسوم 1982، وهي الأسبقية التي لم يأخذ بها المتعاملون العموميون في غالب الأحيان للعديد من الأسباب، أهمها هيمنة المؤسسات الأجنبية على العديد من القطاعات الاقتصادية[5].

وعليه، شهدت هذه المرحلة تراجعا في مسألة الأفضلية الوطنية بسبب بعض الظروف الاقتصادية العويصة التي عرفتها البلاد، ولم يتم اعتمادها أيضا في المرسومين التنفيذيين رقم 54/96 و87/98 المعدلين للمرسوم التنفيذي 434/91، غير أن ذلك لم

---

[1] – نصت هذه المادة على معيار اختيار العروض نظرا لأسعارها إلا إذا كان عرض السعر الأدنى هو لمؤسسة أجنبية، مما يتبين معه أن السعر كان يمثل أكثر المعايير حسما في منح الصفقة.

[2] – ينبغي التذكير بأن هامش الأفضلية لا يطبق إلا بمناسبة الصفقات الوطنية والدولية إذ لا مجال لتطبيقه في الصفقات الوطنية فقط.

[3] –Bennadji Cherif, Op.cit, p. 412.

[4] –Bennadji Cherif, Op.cit, p. 414.

[5] – زمال صالح، مرجع سابق، ص 07.

يمنع من التأكيد على وجوب مراعاة المنتجات الوطنية بصفة أولية في تعاقدات مختلف المصالح المتعاقدة[1].

وبالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 تدارك المشرع ما تم تقريره في المرسوم التنفيذي 434/91 من عدم تقريره لهامش أفضلية للمؤسسات والمنتوجات الوطنية، بإدراجه في المادة 19منه، منح هامش أفضلية قدر بـ 15 %[2] والذي يعتبر حدا معقولا بالمقارنة ببعض التشريعات الأخرى، يطبق على كافة الصفقات العمومية، وذلك سعيا منه للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتوج الوطني، وبالتالي خلق بعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية الراغبة في الحصول على الصفقات الدولية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة[3].

02 – هامش الأفضلية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10:

رفع التنظيم الجديد للصفقات العمومية هامش الأفضلية بـ 10 نقاط ليصبح بذلك 25 % لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية، التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية وبقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع[4]، ويأتي هذا التوجه نتيجة قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث كانت سياسة الحكومة واضحة في تشجيع الأداة الوطنية للإنتاج من جهة، ومن جهة ثانية ضغط رؤساء المؤسسات الوطنية الخاصة من أجل الحصول على حصة من البرنامج الخماسي للفترة بين 2010

[1] – نصت المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 على وجوب أن تطلب المصلحة المتعاقدة أولويا الإنتاج الوطني المتوفر.

[2] – نصت المادة 19 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 على أنه: "يمنح هامش أفضلية لا يفوق 15 بالمائة للمنتوج ذي الأصل الجزائري في جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 11. يجب أن يحدد ملف المناقصة بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية". وتطبيقا لهذه المادة تم صدور القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 22 فبراير 2003 المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفقات العمومية، ج.ر عدد 21 لسنة 2003.

[3] – خويضر طاهر، المبادئ الأساسية المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية في الجزائر في ظل القانون الجديد، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، العدد السابع والعشرون، الجزائر، أبريل 2011، ص. 88.

[4] – المادة 02 من قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج.ر عدد 24، الصادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.

و2014[1]، وتمتد هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة مناقصات وطنية متى كان الإنتاج والأداة الوطنية قادرة على الاستجابة لحاجياتها وهو ما تنص عليه المادة 54 من المرسوم الرئاسي 236/10، ليس هذا فقط إنما في إطار اختيار مكاتب الدراسات دعت الحكومة للتقليص من اللجوء إلى مكاتب الدراسات الأجنبية، واقتصارها على المشاريع الكبرى للمنشآت الأساسية التي لا تزال المعارف الوطنية بشأنها غير كافية[2].

هذا ما يعبر بشكل واضح عن نية الحكومة في التقليص من حصة المتعاملين الأجانب في مجال الصفقات العمومية، فيما يتساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح المؤسسات الوطنية على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمر يستدعي مزيدا من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة[3].

كان من المنتظر، تعديل أحكام هذه المادة في إطار قانون المالية التكميلي لسنة 2010 عوض ذلك تم الاحتفاظ بمبادئها، مع إصدار مادة جديدة تمنح للدولة والمؤسسات ال يبدو أن المشرع في توجهه الحالي يسعى للعودة إلى النظام الاقتصادي الذي كان سائدا قبل المرسوم التشريعي 93/12 ربما كان ذلك بهدف ترقية الاستثمار الوطني على حساب الأجنبي عمومية حق الشفعة على حصص المساهمين الأجانب، أو لفائدة المساهمين الأجانب.

قد انعكست هذه التغيرات التي لحقت بنص المادة الرابعة من قانون الاستثمار على مجال الصفقات العمومية حيث أن المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم م 10/236، ما هي إلا اعادة صياغة لمحتوى المادة 55 من قانون المالية التكميلي.

جمد تطبيق المادة 24 من قانون الصفقات العمومية بمقتضى تعليمة الوزير الأول رقم 08 المؤرخة في 5 جانفي 2011 ثم عدلت بالمرسوم الرئاسي رقم 11/98 مؤرخ في 1 مارس 2011 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي236/10 وبالمرسوم المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013، لقد صيغت المادة 24 مرات عديدة في التعديلات

---

[1] -Berkouk Safia, Relèvement de la marge de préférence nationale, quel intérêt pour les PME en difficultés chroniques, El Watan Economie du 19 au 25 Juillet 2010, supplément hebdomadaire n°253, P 09.

[2] – تعليمة الوزير الأول المؤرخة في 21 ديسمبر 2009 المتعلقة بدراسات الجدوى والملائمة المطلوبة في إطار إنجاز الصفقات العمومية. ذكرها: زمال صالح، مرجع سابق، ص 09.

[3] – هدى بن حبيلس، مرجع سابق، ص 54.

المتتالية اذ جاءت في الصياغة لاولى في ثمانية فقرات وفي التعديل 11/98 في حوالي 18 فقرة، وفي تعديل 2013 في حوالي خمس فقرات.

لتأتي نص المادة 84 من مرسوم 15-247 المؤرخ في والتي تنص على ما سنعرضه في النقطة الموالية.

ثانيا – مضمون الالتزام بالاستثمار في مفهوم المادة 84 من قانون الصفقات العمومية:

إذا كانت بداية قانون الصفقات العمومية هو جعله آلية لجذب الاستثمارات الأجنبية فالمشرع بداية من 2010 تبنى توجها خاصا يتناسب مع السياسة الجديدة للدولة في مجال الاستثمارات الأجنبية القائمة على فكرة الشراكة مع المتعامل الوطني وهذا ما جسدته المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 وأكدت عليه نص المادة 84 في اخر تعديل لمرسوم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام من خلال تكريس الالزام بالاستثمار وتقويته بإقرار عقوبات عن عدم احترام هذا الشرط.

أ- خصوصية الالتزام بالاستثمار:

يعتبر الالزام بالاستثمار شرطا يتمتع بخصوصية تبرز في محتواه وفي مجال تطبيقه وفي مسار اجراء الالزام بالاستثمار.

محتوى الالتزام بالاستثمار: يمثل الالتزام بالاستثمار استثناء على القاعدة العامة في معايير اختيار المتعامل المتعاقد المتضمنة في دفاتر الشروط والمنصوص عليها في المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم

اذ أن المتعارف عليه والمنصوص عليه في النصوص السابقة للصفقات هو أن المصلحة المتعاقدة تضع تحت تصرف المترشحين دفتر شروط يتضمن العناصر التي تسمح لهم بإعداد عروضهم.

ان المادة 84 تخرج عن هذا المبدأ المتعارف عليه والذي يستجيب للمقاييس المهنية في كونها تلزم المصلحة المتعاقدة أن تضمن دفتر الشروط المناقصات الدولية شرطا يلزم المتعهدين الاستثمار في نفس ميدان النشاط، في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون.

نصت المادة 24/2 في صياغتها الأولى "يجب ان يتضمن ملف المناقصة قائمة غير محددة للمؤسسات،كما هي معرفة في الفقرة السابقة التي يمكنها تجسيد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي".

لا يعرف المتعاقدين في مرحلة ايداع العروض مدى امكانية ايجاد المتعامل الوطني الذي يستثمر في هذا المجال، لا يعرف المتعاملين الوطنيين الذي قد لا تربطهم أية علاقة بالعملية محل الصفقة ماهية العمليات التي يرتبطون بها .تتحول المصلحة العمومية الى مجرد رابط بين المتعامل الاجنبي وشريكه الوطني وهو ما يؤثر.على موقعه في الصفقة

ب – مجال تطبيق الالتزام بالاستثمار:

يشترط الالتزام بالاستثمار في دفاتر شروط الصفقات المبرمة بإجراء المناقصات الدولية والتراضي بعد الاستشارة، يقع هذا الالتزام على المتعاملين الأجانب فقط وتستثنى منه المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر.

بعد تعديل 11/98 تضمنت المادة 24 تقييدا بحيث نصت:" يجب أن تنص دفاتر شروط المناقصات الدولية في اطار السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكومة بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بمشاريع تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة المؤسسة الوطنية السيادية التابعة للدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير بالنسبة لمشاريعها ومشاريع المؤسسات أو الهيئات التابعة لها."

لتنص المادة 84 من قانون 15-247:" يجب ان تنص دفاتر الشروط الدعوات للمنافسة الدولية في اطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الاجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق الامر بالمشاريع التي تحدد قائمتها..."

هذا يعني أنه لا يشترط الالتزام بالاستثمار إلا في الصفقات التي تبرم في اطار السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكومة، وتحدد قائمة المشاريع الخاضعة للالتزام بالاستثمار بموجب مقرر من السلطة المختصة المبينة أعلاه.

ج – إجراء الالتزام بالاستثمار:

أضحى لزاما أن يخضع كل مشروع لإجبارية الاستثمار بمقرر من سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو وزير القطاع- حسب الحالة- يجب أن ينص دفتر شروط المناقصة الدولية على القيام بالتعهد بالاستثمار، ويمكن لسلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير إعفاء المتعهد الأجنبي من الالتزام بالاستثمار وإدراج ذلك ضمن دفتر الشروط الذي يعد بمثابة العقد المبدئي بين المتعاقدين.

ويتجسد تنفيذ التعهد بالاستثمار عن طريق شراكة-تتشكل طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما- أي شراكة جزائرية أجنبية، وفقا لقاعدة الاستثمار المعتمدة في الجزائر والتي تحدد نسبة الرأسمال الجزائري، خاصا كان أو عموميا، بـ 51 بالمائة مقابل نسبة 49 بالمائة لا أكثر بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة.

ويمكن أن يتضمن ملف المناقصة قائمة غير محدودة لمؤسسات يمكنها أن تجسد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي كما يمكن أن يعلن المتعهد الأجنبي عن اسم الشريك أو الشركاء الجزائريين بعد تبليغه بالصفقة.

كما وضعت الحكومة شروطا أخرى تتعلق بإلزامية أن يرافق عرض المتعهد الأجنبي التزاما مكتوبا بالقيام بالاستثمار تم تحديد نموذجه، ومن جانبها يتوجب على المصلحة المتعاقدة ضمان متابعة سير عملية تجسيد الاستثمار وإرسال تقرير محلي إلى وزيري المالية والصناعة كل ثلاثة أشهر، وبصفة دورية، وفي حالة ما إذا لم يتم تجسيد الاستثمار قبل الاستلام النهائي للصفقة ولم يكن ذلك راجعا إلى مسؤولية المتعاقد الأجنبي يقوم الطرفان بالاتفاق حول كيفيات تجسيده حسب اتفاق يرضي الطرفين.

إلزامية المستثمر الأجنبي على إقامة مشروع مماثل للصفقة التي أحرزها بالجزائر، تأتي كخطوة نحو إقامة مشاريع استثمارية جزائرية بالشراكة مع أجانب لرفع نسبة الاستثمارات داخل الجزائر، ذلك لأن الاستثمار يعتبر المنبع الأساسي لخلق الثروة ومنها استحداث مناصب شغل جديدة، إلا أن هذا القيد الجديد الذي يدرج في سياق حماية الاقتصاد الوطني شأنه شأن قاعدة الاستثمار بالجزائر والحق في الشفعة الذي أوجدته الدولة، قد يشكل برأي المتابعين للشأن الاقتصادي عاملا من عوامل التنفير على اعتبار أن العديد من المتعاملين الاقتصاديين ينزعون إلى عقود التعامل قصيرة المدى أو متوسطة المدى، خاصة وأن وزارة الصناعة التي وعدت في العديد من المرات بمراجعة مناخ الاستثمار ورفع العقبات والمشاكل التي تجعل من السوق الجزائرية غير مستقطبة ما زالت لم تفرج بعد عن نتائج الدراسة التي أطلقتها لتحسين مناخ الاستثمار.

يعتبر الالتزام بالاستثمار اجراء الزاميا لقبول العرض، وهذا ما تبينه استعمال عبارات "يجب" "الالتزام" .فتم الالتزام بالاستثمار في شكل النموذج المبين بقرار وزير المالية المؤرخ في 24 مارس 2011 يتم الالتزام بالاستثمار دائما في شكل شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلب رأسمالها جزائريون مقيمون، ويجب ان يتضمن ملف

المناقصة قائمة غير محددة للمؤسسات التي يمكنها تجسيد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي.

يجب أن يتطلب دفتر الشروط ضمانات مالية من المتعامل الاجنبي، ويقصد بالضمانات المالية تلك الضمانات التي يكونها المتعامل المتعاقد لضمان تنفيذ الصفقة الجهة المكلفة بمتابعة الاستثمار هي الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تبلغ المصلحة المتعاقدة والوصاية بتنفيذ أو عدم تنفيذ الاستثمار وهذا بواسطة تقارير مرحلية، يمكن للمصلحة المتعاقدة اعفاء المتعهد الأجنبي من الالتزام بالاستثمار وهذا الاعفاء اختياري، يتم بقرار من السلطة المختصة حسب الحالة سواء أجسد هذا الاخير عملية الشراكة أو التزم بتجسيدها مع ذكر امكانية الاعفاء في دفتر الشروط.

د- العقوبات المترتبة عن عدم احترام شرط الالتزام بالاستثمار:

في حالة اخلال المتعاقد بالتزامه بالاستثمار الذي يكون قد كونه عند تقديم العرض، وبعد تأكد المصلحة المتعاقدة أن المتعهد الاجنبي لم يجسد الاستثمار طبقا للرزنامة التعاقدية والمنهجية المنصوص عليه في دفتر الشروط وهذا بخطأ منه فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المبينة في المادة 149، ادناه لضرورة تدارك وذلك تحت طائلة تطبق عقوبات مالية محددة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 147 ادناه وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية حسب الشروط المحددةفي المادة 75، ويمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك اذا رات ضرورة في ذلك فسخ الصفقى تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الاجنبي دون سواه بعد موافقة سلطة الهيئة العموةمية او الوزير المعني حسب الحالة.

خاتمة:

يمثل جذب الاستثمارات الاجنبية الهدف الذي تسعى اليه معظم الدول النامية خاصة منذ التسعينات ولأجل هذا قامت الدول بما فيها الجزائر بتكييف قوانينها الداخلية من أجل استقطاب الاستثمارات وكان مجال الصفقات العمومية من المجالات التي اعتمد عليها المشرع لهذا الغرض إلا أن التوجه الجديد للدولة في الظروف الاقتصادية الجديدة المتميزة بالملاءة المالية والمشاريع الكبرى فرض عليها ان تفرض على المستثمر الأجنبي التزاما بالاستثمار في اطار شراكة مع المتعامل الوطني وهذا استجابة للطلبات التي عرفها المتعاملين الوطنيين بشأن استفادة الاجانب من معظم الصفقات العمومية، ففي

ظل القانون الحالي كل طلب للترشح للصفقات العمومية يقترن بالالتزام بالاستثمار الذي اصبح شرطا ضروريا لإبرام الصفقات العمومية.

إن السياسة التي تبنتها الجزائر في ابرام عقود الصفقات العمومية لكونها العقود الاهم الى رفع الاستثمار في الجزائر وتبني نظام الشراكة , هذا ما يعبر بشكل واضح عن نية الحكومة في التقليص من حصة المتعاملين الأجانب في مجال الصفقات العمومية، فيما يتساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح المؤسسات الوطنية على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمر يستدعي مزيدا من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة.