

العقود والطلبات التي لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية

د/ حاحة عبد العالي
جامعة بسكرة

Résumé :

Il s'agit de l'étude de certaines contrats et commandes qui ne s'effectuent pas selon les modalités de passation des contrats administratifs, bien qu'ils sont soumis à la réglementation des marchés publics, du fait que son objet est une dépense publique.

Si on accepte que l'administration doit se conformer aux dispositions des marchés publics, il est inadmissible de recourir à ces procédures, si le montant de commande est minime, ou quand il s'agit d'un cas d'urgence, ou s'il y a le risque de perte de chance.

C'est pour cela que législateur a distingué entre les contrats devant être conclus conformément aux modalités de conclusion des marchés publics, et ceux qui sont dispensés de ces procédures, et ce pour des plusieurs considérations et critères objectifs.

La problématique de ce sujet consiste en:

- Quels sont les critères adoptés pour déterminer les contrats et les commandes qui sont exemptés des modalités de passation des marchés publics?

الملخص :

يتناول هذا الموضوع بالدراسة والتشخيص لبعض العقود والطلبات التي لا تخضع لإجراءات إبرام الصفقة العمومية رغم خضوعها عموما لقانون الصفقات العمومية لأن محلها يتعلق بصرف أموال عمومية.

فإذا كان إجبار الإدارة على الانصياع لأحكام وإجراءات إبرام الصفقة العمومية أمر مقبول، بل و ضروريا في بعض الحالات لأجل حماية المال العام، فإن الأمر غير معقول إذا تعلق بمبلغ بسيط، أو كانت الإدارة في حالة الاستعجال أو الخطر، حيث التمسك بالإجراءات الروتينية يُضَيِّع الفرصة على الإدارة أو يعرضها لخسارة مالية.

لهذا عمد المشرع إلى التمييز بين العقود الواجب إبرامها وفق أسلوب الصفقة العمومية و تلك التي تتحرر و لا تتقيد بإجراءاتها، و هذا استنادا إلى عدة اعتبارات و معايير موضوعية.

ولذلك جاءت إشكالية البحث تتمحور حول التساؤل التالي:

- ما المعايير المعول عليها لتحديد العقود و الطلبات المعفاة من إجراءات وشكليات أسلوب الصفقة العمومية ؟

مقدمة:

لما كانت الصفقات العمومية محور المال العام و المسار الذي تتحرك فيه هذه الأموال فإنها بذلك تعد مجالاً خصباً و حيويًا لمختلف الجرائم المالية، الأمر الذي أدى إلى ضرورة تقييد حرية الإدارة في إبرام الصفقات العمومية بمجموعة من القيود الشكلية و الإجرائية، خاصة ما تعلق منها بإعداد دفاتر شروط مسبقة، تحديد طرق اختيار المتعامل المتعاقد، إرساء الصفقة و اعتمادها.

كل هذه القيود الهدف منها هو وقاية الصفقات العمومية من مختلف مظاهر الانحراف و التبديد و حسن استعمال المال العام و لضمان نجاعتها.

إلاّ أنّه من غير المقبول و المصلحة العامة في شيء إجبار الإدارة على التعاقد وفقاً لأحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات العادية أو الإستعجالية و أياً كانت قيمة و مبلغ المال العام المراد صرفه و إنفاقه.

و ممّا لا شك فيه أيضاً أنّ إلزام الإدارة العامة على التعاقد في كل الوضعات و الحالات وفقاً لأسلوب الصفقة العمومية و ما يفرضه هذا الأخير من قيود على حرية الإدارة في التعاقد كالإشهار أو الإعلان عن الرغبة في التعاقد و إرساء الصفقة و الرقابة الإدارية عليها من شأنه إطالة أمد العقد الإداري، نظراً لطول و تعقيد الإجراءات، ذلك أنّ الإدارة كما قد تتعاقد بمبالغ كبيرة قد تتعاقد بمبالغ بسيطة، الأمر الذي قد يفوت الفرصة على الإدارة العامة و يتسبب في إضاعة و إهدار المال العام و عدم نجاعة الصفقات العمومية.

و عليه فإذا كان إجبار الإدارة على الانصياع لأحكام و إجراءات إبرام الصفقة العمومية أمر مقبول، بل و ضروري في بعض الحالات لأجل حماية المال العام، فإن الأمر غير سائغ و ليس من الحكمة في شيء إذا تعلق الأمر بمبلغ بسيط ك شراء مستلزمات مكتبية¹، أو في حالة الاستعجال و الخطر حيث التمسك بالإجراءات يُضَيِّع الفرصة على الدولة أو يكبدها خسارة مالية فادحة.

لهذا عمد المشرع إلى التمييز بين العقود و الطلبات الواجب إبرامها وفقاً لقانون الصفقات العمومية و تلك التي تتحرر و لا تنقيد بإجراءات إبرام الصفقات العمومية²، و هذا استناداً إلى عدة اعتبارات و معايير موضوعية.

بناء على ما سبق فإن موضوعنا هذا يتناول بالبحث في الإشكالية التالية:

- هل استطاع المشرع الجزائري وضع معايير قادرة على تحديد العقود و الطلبات المعفاة من إجراءات وشكليات أسلوب الصفقة العمومية من جهة، وتضمن عدم الانحراف المالي للإدارة من جهة أخرى؟

وينبثق عن الإشكالية السابقة الأسئلة التالية: ما هي أنواع الطلبات و العقود التي لا تتطلب بالضرورة إبرامها وفقا لإجراءات الصفقة العامة، و فيما تتمثل إجراءاتها، و إلى أي مدى هي محصنة ضد صور الانحراف المالي؟.

للإجابة على التساؤلات السابقة يقتضي الأمر استعراض العناصر التالية:

أولاً: العقود و الطلبات المعفاة جزئيا من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية

رغبة من المشرع الجزائري في التوفيق بين اعتبارات حماية المال العام و حسن استعماله و بين نجاعة الطلبات العمومية و تحقيق المصلحة العامة، فإنه يلجأ إلى تحديد العقود و الطلبات التي يجب على الإدارة أن تنقيد عند إبرامها بالقيود الواردة في قانون الصفقات العمومية و هذا بهدف الوقاية من الفساد المالي، و تلك العقود و الطلبات التي تيرمها الإدارة متمتعة بحرية كبيرة في التعاقد دون الخضوع لشكليات و إجراءات الصفقات العمومية.

و المشرع في هذا يعتمد على أحد المعيارين: إما معيار الاستعجال، و إما معيار الخطر وذلك لتحديد الكيفية والأسلوب الذي على أساسه تبرم العقود وفقا لقانون الصفقات العمومية.

و فيما يلي تفصيل هذين النوعين من العقود:

1-العقود و الطلبات المعفاة استنادا لحالة الاستعجال:

نص المشرع على هذا المعيار في المادة 01/05 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم³، على أنه تعفى من تطبيق أحكام مرسوم الصفقات العمومية و لاسيما ما تعلق منها بطريقة الإبرام صفقات استيراد المنتوجات و الخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها و التقلب السريع في أسعارها و مدى توفرها، و كذا الممارسات التجارية المطبقة عليها.

مما سبق فإن هذا المعيار لا يطبق على كل العقود التي محلها صفقات عمومية و التي تقوم بها الإدارة، و إنما يتطلب المشرع مجموعة من الشروط حتى يتم إعفاء بعض العقود أو الطلبات من الخضوع الجزئي لقانون الصفقات العمومية و هو الشق المتعلق بالإبرام، أما باقي النصوص الواردة في قانون الصفقات العمومية وخاصة ما تعلق بالرقابة، فإنها تسري على مثل هذه العقود التي تتضمن صرف أموال عمومية⁴.

و الشروط والضوابط الواجب توافرها و مراعاتها في العقود أو الطلبات حتى يتم إعفاؤها من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقة العمومية يمكن إجمالها فيما يلي:

- 1- أن تتعلق الصفقات باستيراد المنتجات أو الخدمات.
- 2- أن يتطلب إبرام هذه الصفقات السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها.
- 3- التقلب السريع في أسعار المنتجات أو الخدمات محل الصفقات.
- 4- مدى توافر هذه المنتجات أو الخدمات من عدمها.
- 5- طبيعة الممارسات التجارية المطبقة على هذه المنتجات أو الخدمات .

و يقوم الوزير المعني بمناسبة كل عملية استيراد للمنتجات أو الخدمات التي تتوافر فيها الشروط المذكورة أعلاه بتأسيس لجنة وزارية مشتركة خاصة مشكلة من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني، برئاسة ممثل المصلحة المتعاقدة، و تكلف بإجراء المفاوضات و اختيار الشريك المتعاقد.

هذا وتحدد قائمة المنتجات و الخدمات المستثناة جزئيا من الخضوع لقانون الصفقات العمومية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المعني⁵.

و حسنا فعل المشرع الجزائري عندما أعفى بعض السلع و المنتجات من الخضوع لقانون الصفقات العمومية بصورة جزئية، فما الفائدة من التقيد بإجراءات و شكليات قانون الصفقات العمومية دون تحقيق المصلحة العامة؟.

فالشيء المؤكد أن المشرع عندما أحاط العقود و الطلبات بشكليات و إجراءات قانون الصفقات العمومية كان هدفه هو المحافظة على المال العام و حسن استعماله و تحصيله ضد مخاطر الفساد المالي.

و عليه فإذا كان من شأن التقييد بقانون الصفقات العمومية إضاعة المصلحة العامة و تفويتها، فيجوز الخروج عنه استثناء تحقيقاً للمصلحة العامة، و هذا كما هو حال استيراد المنتجات و الخدمات التي تتميز بالنقل السريع في أسعارها العالمية و الندرة في غالب الأحيان كالقمح و السكر و الحليب واللحوم(خاصة في شهر رمضان)...فبالضرورة و الاستعجال هنا تقتضي تدخل الدولة و استيراد هذه المنتجات دون الخضوع للإجراءات الطويلة والمعقدة للصفقة العمومية والتي قد تضيع الفرصة أمام إشباع هذه الحاجات محلياً.

و تجاوز قانون الصفقات العمومية في هذا الشأن دعت إليه بعض العوامل الاقتصادية العالمية و التي أدت خلال السنوات الأخيرة إلى تقلب كبير في أسعار بعض المنتجات الأساسية و ارتفاعها إلى مستوى قياسي، الأمر الذي أدى بالمشروع إلى التدخل عند تعديل قانون الصفقات العمومية و النص على هذا الاستثناء لأجل حماية الاقتصاد الوطني من جهة و إشباع الحاجات العامة من جهة ثانية، خاصة و أن الجزائر من أكبر الدول المستوردة للمواد الغذائية الاستهلاكية.

غير أن القفز فوق قانون الصفقات العمومية لا بد أن يراقب بدقة حتى لا تتعسف الإدارة و تسيء استعماله، فالإدارة ملزمة بالتقيد بالشروط والضوابط السابقة لاستفادة من امتياز الإعفاء من قانون الصفقات العمومية، كما لا يجب أن يفهم أن الإعفاء كلياً و إنما هو جزئي خاص فقط بطريقة الإبرام و التي تتحرر منها الإدارة، إذ يجوز لها في هذه الحالة اللجوء إلى إبرام العقد مع متعامل واحد مباشرة أو بعد استشارة مسبقة.

و في غير طريقة الإبرام، فإن الإدارة ملزمة بالخضوع لنظام الصفقات العمومية وإجراءاته، كالرقابة مثلاً، فالإدارة ملزمة بتحرير صفقة تسوية خلال ثلاثة أشهر ابتداء من الشروع في التنفيذ و تعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية⁶.

أما في القضاء المقارن، فإننا نجد مجلس الدولة الفرنسي ورغبة منه في حماية المال العام و منع التلاعب به، قد تشدد في قبول حالات الاستعجال التي تنتزع بها الإدارة حتى تتحلل من إجراءات إبرام الصفقة، حيث أنه قرر بأن القيام بأشغال التدفئة على وجه السرعة لمدرسة لدى اقتراب حلول الموسم الدراسي لا يعد لوحده حالة استعجال⁷، وكذا أن اقتراب انعقاد دورة البرلمان بعد العطلة لا يعد استعجالاً لوحده⁸.

2- العقود و الطلبات المعفاة بسبب حالة الخطر:

إن المشرع أبقى كذلك الإدارة من إبرام الصفقة في حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، و في هذه الحالة ترخص الجهة المختصة بموجب مقرر معطل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام العقد و ترسل نسخة من هذا المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية.

و عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة، يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل.

ومهما يكن من أمر، فلا بد من إعداد صفقة تسوية خلال ستة (06) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 06 أعلاه⁹، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات.

هذا وأضاف المرسوم الرئاسي رقم: 23/12 المعدل والمتمم للمرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية حالة جديدة بموجب المادة 07 مكرر يمكن من خلالها التجاوز والقفز على أسلوب الصفقة العمومية بصورة استثنائية، وذلك إذا كان مبلغ نفقات الخدمات المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت يفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 06 أعلاه، بحيث تكون محل إبرام صفقة تسوية فور تبليغ الاعتمادات.

غير أننا نعتقد أن صفقة التسوية في الحالتين السابقتين ليست لها أي فائدة عملية و ما هي إلا إجراء شكلي لتسوية ما سبق التعاقد عليه فقط، ذلك لأنها لا تخضع الإدارة في ظلها إلى شكليات و إجراءات إبرام الصفقة كالإشهار و فتح باب المنافسة أمام المتعاقدين، الأمر الذي يضيف نوع من الغموض و التعقيم على مثل هذه العقود و يجعلها خالية من الشفافية تماما، مما يفتح المجال واسعا أمام انحراف الإدارة بسلطانها التقديرية و تفشي مختلف صور التلاعب بالمال العام¹⁰.

و إخضاع الصفقة العمومية للرقابة الخارجية هو كذلك إجراء شكلي، ذلك أن الهيئة المختصة بالرقابة سوف لن تعامل هذه الصفقة مثلما هو عليه حال باقي الصفقات التي تخضع لقانون الصفقات العمومية، و إنما ستتولى فقط مهمة التأشير عليها من باب

التسوية، لأن الهيئة المكلفة بالرقابة الخارجية لا تملك إلا ذلك، بحكم أن الصفقة انعقدت و نفذت، و ليس هناك أي مجال لتدارك أي إجراء أو خلل انتابها، و من ثمة فإن الهيئة المكلفة بالرقابة يكاد يكون دورها ثانويا و شكليا و ليس لها أثر بالنسبة للصفقة، لأنها تمت بالفعل، اللهم إلا بعض الآثار المعنوية بالنسبة للمستقبل تسري على أعضاء المصلحة المتعاقدة و الذين ثبت عدم مراعاتهم لصوابط ترشيد المال العام و الحفاظ عليه.

ثانيا: العقود و الطلبات المستثناة كليا من إجراءات إبرام الصفقة العمومية

نتناول بداية المعيار المعول عليه لتحديد ماهية العقود و الطلبات المعفاة كليا من إجراءات إبرام الصفقة العمومية، ثم نستعرض ثانيا أنواعها و هذا كما يلي:

1- المعيار المالي كأساس لتحديد العقود والطلبات التي لا تستلزم وجوبا إبرام الصفقة

تكلمنا في العنصر السابق على الصفقات العمومية المستثناة جزئيا من إجراءات إبرام الصفقات العمومية، أما في هذا الجزء من الموضوع، سنركز على العقود و الطلبات التي تخرج كليا عن نطاق أسلوب إبرام الصفقة العمومية و تتحرر من شكلياتها و إجراءاتها، و قد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 01/06 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية كما يلي: " كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم أو أربعة ملايين دينار لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم ".

و بهذا فإن عقود أو طلبات الأشغال أو اللوازم التي تقل أو تساوي 8.000.000 دج لا تتطلب بالضرورة إبرامها وفقا لطريقة الصفقة.

و كذا العقود المتعلقة بالدراسات أو الخدمات التي تقل أو تساوي 4.000.000 دج لا تقتضي أيضا إبرامها وفقا لأسلوب الصفقة.

و باستقراء النص المذكور أعلاه يتضح لنا أن الإجراءات و القواعد المتعلقة بإبرام الصفقة هي التي لا تخضع لها مثل هذه العقود و الطلبات، في حين تبقى النصوص الأخرى سارية المفعول وخاصة ما تعلق بالرقابة بمختلف صورها¹¹.

و يفهم مما سبق أن هذه العقود و الطلبات يطبق عليها قانون الصفقات العمومية و لكنها معفاة من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقة العمومية.

و بهذا فإن المعيار المعول عليه في هذه الحالة لتحديد مجموع العقود و الطلبات التي لا تخضع كليا لقانون الصفقات العمومية هو المعيار المالي و الذي سبق و أن أخذ به المشرع في كل القوانين المنظمة للصفقات العمومية السابقة.

و يعود السبب من وراء تحديد الحد الأدنى لاعتبار العقد صفقة عامة¹²، هو لترشيد النفقات العامة و ضمان نجاعة الطلب العمومي و حمايتها من مخاطر الفساد المالي، فكلما كان المبلغ كبيرا و ضخما و جب إحاطته بمجموعة من الضمانات حتى لا تتسرب إليه السلوكات السلبية الضارة بالمال العام والتي تؤدي إلى إهداره و إسرافه، دون تحقيق الأهداف المرصودة مسبقا من وراء صرفه، و هذه الضمانات تتمثل في الخضوع لشكليات و إجراءات إبرام الصفقات العمومية و التي تركز الشفافية و تفتح الباب أمام المنافسة و المساواة بين المرشحين.¹³

أما إذا كان المبلغ المطروح للتعاقد بسيطا فلا مبرر لإرهاق الإدارة و إلزامها على التعاقد وفقا لقانون الصفقات العمومية.¹⁴

و قد عرف الحد الأدنى للمبالغ لاعتبارها صفقة تطورا كبيرا، و هذا راجع للظروف الاقتصادية المتغيرة، كارتفاع أسعار المواد الأولية و انخفاض قيمة الدينار و ارتفاع أسعار العملات الأجنبية و ارتفاع نسبة التضخم...

والشيء الذي يحسب للمشرع الجزائري في هذا المجال، هو تدخله في المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم وإلغائه للفقرة 03 من المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم: 250/02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم الملغى، والتي كانت تسمح بتحيين المبالغ المتعلقة بالحد الأدنى للصفقة العمومية بموجب قرار وزاري فقط، ذلك لأن تعديل مرسوم رئاسي بقرار وزاري يثير بعض الإشكالات القانونية كما يقول الدكتور عمار بوضياف¹⁵، فالقرار الوزاري الذي يعدل مرسوم رئاسي أعلى منه درجة وأكثر حجية، فيه مساس بمبدأ المشروعية ومبدأ تدرج القواعد القانونية، لأنه كأصل عام يجب إتباع قاعدة توازي الإشكال عند تعديل أي نص قانوني.

مما سبق فإننا نصل إلى أن قيمة العقد أو الطلب إذا لم تتخطى حاجز ثمانية ملايين دينار بالنسبة لعقود الأشغال والوظائف و مبلغ أربعة ملايين بالنسبة لعقود الدراسات والخدمات فلا حاجة لإبرام صفقة عمومية .

غير أن عدم تقييد المشرع للإدارة بإجراء الصفقة العمومية بالنسبة للعقود والطلبات التي تقل أو تساوي الحد الأدنى للصفقة لا يعني تحريرها الكامل وإبرامها للعقد وفقا للأسلوب الذي تراه مناسبا، وإنما قيدها المشرع وإن كان في حدود ضيقة جدا مقارنة مع الصفقات العمومية، بمجموعة من الإجراءات وجب عليها إتباعها لإفراغ إرادتها التعاقدية فيها، هذا ما سنتولى تفصيله في العنصر الآتي:

2- طرق إبرام العقود والطلبات المستثناة كليا من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نجد أن الإدارة في حالة عدم توافر الحد المالي الأدنى للصفقة، تكون غير مختارة في أن تصب إرادتها في الشكل الذي تراه مناسبا، وإنما ملزمة بحسب الحالة في أن تفرغ إرادتها في شكل سندات طلب(طلب شراء) أو في حالة الضرورة في شكل عقد يبرم عن طريق استشارة، و فيما يلي تفصيل هذين الأسلوبين للتعاقد.

أ- العقد (Contrat) أو الاستشارة:

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 02/06 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: " يجب أن تكون الطلبات المذكورة في الفقرة أعلاه، المفصلة كما ينبغي، محل استشارة بين ثلاثة (03) متعهدين مؤهلين، على الأقل، لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر."

والمقصود بالطلبات في النص أعلاه: هي الطلبات التي يقل أو يساوي ثمنها الحد المالي الأدنى لإبرام الصفقة الوارد في الفقرة الأولى من المادة 06 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وتكون الطلبات السابقة محل عقود تحدد حقوق الأطراف وواجباتهم¹⁶.

هذا وأضافت المادة 06 مكرر المستحدثة بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 23/12 المعدل والمتم للمرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، حالة جديدة معفاة من أسلوب الصفقة،

بحيث يجوز اللجوء في ظلها إلى أسلوب الاستشارة وهي عندما يتعلق الأمر بالخدمات المتعلقة بالنقل البري والجوي والفندقة والإطعام والخدمات القانونية مهما كانت مبالغها. وإذا تجاوز مبلغ الطلب مبلغ تقديم الخدمات المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 06 أعلاه، تقدم الصفقة لرقابة لجنة الصفقات المختصة التي تدرس قبل ذلك الطعون التي يقدمها لها المتعاملون الذين تمت استشارتهم عند الاقتضاء.

والجدير بالذكر أن الإدارة ليست ملزمة بإبرام جميع الطلبات التي نقل أو تساوي الحد المالي الأدنى للصفقة وفقا لأسلوب الاستشارة (العقد)، فلا تكون محل استشارة وجوبا، ولا سيما في حالة الاستعجال، طلبات الخدمات التي نقل مجموع مبالغها خلال نفس السنة المالية عن خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) فيما يخص الأشغال أو اللوازم، وعن مائتي ألف دينار (200.000 دج) فيما يخص الدراسات أو الخدمات¹⁷. و يمنع وفقا للمادة 16/06 من نفس المرسوم المذكور أعلاه تجزئة الطلبات بهدف تفادي الاستشارة المذكورة في الفقرة 02 من هذه المادة.

هذا و تحسب المبالغ المذكورة أعلاه باحتساب كل الرسوم و يمكن تحيينها بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا¹⁸. و فيما يخص خدمات الدراسات، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة إبرام عقد (استشارة) مهما يكن مبلغ الطلب، وهذا استنادا لنص المادة 10/06 من نفس المرسوم أعلاه. أما عن كيفية وإجراءات الاستشارة فقد بينتها الفقرة الثانية من المادة 06 أعلاه بالتفصيل، حيث تتم بين ثلاثة متعهدين مؤهلين على الأقل، كما حدد معيار الانتقاء في هذه الحالة وهو أحسن عرض من حيث الجودة والسعر.

وتنظم المصلحة المتعاقدة إجراء الاستشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الذين بإمكانهم الاستجابة لها، مع مراعاة أحكام المادة 03 من هذا المرسوم.

هذا و يجب على المصلحة المتعاقدة إرفاق الالتزام بالنفقة، بتقرير تقديمي يبرر فيه الاستشارة وكيفية اختيار المتعهد الذي رست عليه الاستشارة. وعندما يستحيل على المصلحة المتعاقدة استشارة ثلاثة (03) متعاملين على الأقل فإنه يجب عليها توضيح الظروف المبررة لذلك في التقرير التقديمي المذكور أعلاه.

هذا و في حالة خدمات الأشغال، فإن المصلحة المتعاقدة يمكن أن تستشير الحرفيين كما هم معروفون بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما. وتعلن حالة عدم جدوى الاستشارة حسب نفس الشروط المذكورة في المادة 44 من هذا المرسوم.

إن الخدمات التي لا يمكن تنفيذها إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة أو لاعتبارات ثقافية أو فنية، تكون معفاة من الاستشارة، وتحدد الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية أو الفنية حسب الشروط المذكورة في المادة 43 من هذا المرسوم.

والجدير بالإشارة إلى أنه إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية الواحدة، وكانت مبالغها تفوق المبالغ المذكورة أعلاه، تبرم حينئذ صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات¹⁹.

وإذا لم تتمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام الصفقة، طبقا للفقرة السابقة، وعرضها على هيئة الرقابة المسبقة خلال السنة المالية المعنية، بالنسبة لعمليات اقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر، التي تحدد قائمتها بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني و الوزير المكلف بالمالية، تبرم صفقة تسوية، بصفة استثنائية خلال السنة الموالية²⁰.

ونفس الملاحظة التي أبديناها سابقا بالنسبة لتسوية صفقات استيراد المنتجات والخدمات المستتناة جزئيا من الخضوع لقانون الصفقات العمومية، نعيدها بالنسبة لهذه الحالة، فما هي الفائدة من إبرام صفقة وإخضاعها للرقابة الخارجية، والاستشارة قد تمت والعقد أبرم، فعملية إبرام الصفقة والرقابة عليها في هذه الحالة ما هي إلا إجراء شكلي تكميلي ليس له مبرر و لا أهمية أو دور في حماية المال العام وتحصينه ضد مخاطر الانحراف المالي.

كما أن الهيئة المختصة المكلفة بالرقابة سلطتها مقيدة، فليس لها في هذه الحالة إلا اعتماد الصفقة و تأشيرها، بحكم أن موضوعها ومحلها قد نفذ، و ليس هناك أي مجال لإعادة الأمور كما كانت عليه قبل التعاقد أو حتى تصحيحها.

كما أنه ليس هناك مبرر في هذه الحالة من وراء تسوية الصفقة، دون احترام شكلية إجراءات الصفقة العمومية والتي وضعت خصيصا لتحسين و حماية المال العام وضمان نجاعة الطلب العمومي، فمادامت الطلبات قد أبرمت وفقا لأسلوب العقد، فلا داعي لتسويتها وفقا لإجراء الصفقة.

ب- سند الطلب (Bon de command)

نصت المادة 15/06 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية أن الطلبات التي تقل مبالغها خلال نفس السنة المالية على خمسمائة ألف دينار فيما يخص الأشغال أو اللوازم و مائتي ألف دينار فيما يخص الدراسات أو الخدمات، لا تتطلب وجوبا إبرام عقد و لا استشارة.

و من ثم يطرح التساؤل حول الإجراء القانوني الذي يجب أن تتبعه الإدارة لتلبية الطلبات السابقة؟

و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم والساري المفعول حاليا، نجد يشير للأسلوب و الطريقة التي يجب على الإدارة مراعاتها لتلبية طلبات الأشغال أو اللوازم أو الخدمات في هذه الحالة و هي اللجوء إلى سندات الطلب²¹، وهذا ما تؤكدته الفقرة 09 من المادة 06 من المرسوم المذكور أعلاه.

والجدير بالذكر في هذا المجال أنه و بالرجوع إلى المادة 06 من المرسوم المذكور أعلاه قبل تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 23/12، لا نجد يشير للأسلوب و الطريقة التي يجب على الإدارة مراعاتها لتلبية طلبات الأشغال أو اللوازم أو الخدمات التي تقل مبالغها عن الحد الأدنى لإبرام الاستشارة.

معنى هذا أنه كان للإدارة حرية كبيرة أثناء التعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسبا وهي غير مقيدة بأي شكلية أو إجراءات معينة.

غير أنه عمليا درجت مختلف الإدارات و المؤسسات العمومية على التعامل في هذه الحالات بموجب سند الطلب (Bon de command) حتى قبل النص عليه صراحة في التعديل الأخير لسنة 2012.

والمشرع يحيط عملية التعاقد بموجب سند الطلب بعدة قيود وضوابط تستهدف عدم الإنفاق إلا إذا كان ضرورياً وبالقدر اللازم فقط، وهذا لأجل المحافظة على المال العام ووقيته من مختلف صور التبديد والاختلاس والإهمال.

و بهذا تقتضي مشروعية التصرفات التي تكون محل سند الطلب (كالشراء بناء على فاتورة و الأشغال بمذكرة) استيفاء العديد من الإجراءات اللازمة للتأكد و التحقق من صدق عملية التعاقد و ضرورتها و حاجة الجهة الإدارية إليها²².

و عليه فإن الطلبات لا تكون محل التعاقد بموجب سند الطلب إلا إذا كانت هذه الطلبات مقيدة في ميزانية السنة المالية الحالية للإدارة أو المؤسسة العمومية و مصادقا عليها. و الإدارة إذا كانت بحاجة إلى طلبات فإنها ترسل طلب خدمات بذلك إلى الممون أو المورد و الذي تختاره بمحض إرادتها و حريتها المطلقة في هذا المجال، لكي يقوم هذا الأخير بإرسال فاتورة شكلية تتضمن تفصيلاً للسلع أو الخدمات التي باستطاعته تلبيتها مع تحديد الأجل القصوى للالتزام بذلك.

و بناء على هذه الفاتورة تعد الإدارة سند الطلب و الذي يجب أن يتضمن تحديد كاف للخدمات المطلوب شراؤها و مواصفاتها بدقة و وضوح، بما في ذلك طريقة تغليبها و تغليفها و وحدة المادة منها و كميتها²³، و هذا حتى تتفادى الوقوع في تعقيدات توريد مواد ذات مواصفات غير مناسبة.

و يجب إمضاء سند الطلب و الذي يكون مرفقا إجباريا ببطاقة الالتزام المالي من طرف الأمر بالصرف، كما يجب التأشير على بطاقة الالتزام من طرف المراقب المالي. و بمجرد إمضاء سند الطلب و بطاقة الالتزام من طرف الأمر بالصرف و خضوعها للرقابة المالية⁽²⁴⁾، تستطيع جهة الإدارة مباشرة التعاقد، و ذلك بإرسال سند الطلب للممون قبل وقت كافي لإتمام عملية الاستيراد أو التوريد و الذي يقوم بالتأشير عليه و الالتزام بعد ذلك بمضمونه خلال الأجل المتفق عليها.

و الشيء الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول حالة تجاوز القيمة المالية للطلبات التي تكون محل سند الطلب أثناء سنة مالية المبلغ المقرر في الفقرة 15 من المادة 06 من المرسوم المنظم للصفقات العمومية، فهل تكون الإدارة ملزمة بإبرام استشارة من باب التسوية أم لا ؟.

و نفس الإشكال يطرح كذلك في حالة تجاوز قيمة سندات الطلبات للحد المالي الأدنى للعقد، فهل الإدارة ملزمة بصفقة التسوية أم لا ؟

إن المشرع لم يوضح ذلك صراحة و لكن نعتقد أنه قياسا على ما هو معمول به في الاستشارة وفقا للمادة 14/06 من المرسوم المنظم للصفقات العمومية، فإن الإدارة إذا قامت بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية الواحدة و كانت مبالغها تفوق الحد الأدنى للصفقة، فتبرم حينئذ صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا و تعرض على الهيئة المختصة بالرقابة من باب التسوية.

أما في حالة ما إذا كانت الطلبات لخدمات مختلفة أو طلبات متماثلة ولكن ليست من عند نفس المتعامل، فإن الإدارة ليست ملزمة بإجراء صفقة تسوية حتى ولو كانت مبالغ السندات الطلبية متجاوزة لقيمة الصفقة.

ومما سبق يلاحظ أن المشرع لم يشر صراحة إلى إمكانية جمع مبالغ السندات الطلبية، وحالة ما إذا تجاوزت قيمتها مبلغ الاستشارة أو الصفقة و الآثار المترتبة عليها، الأمر الذي يمنح حرية كبيرة للإدارة قد تسيء استعمالها، مما يفتح المجال أمام تسرب بعض مظاهر الفساد المالي⁽²⁵⁾، فالإدارة قد تلجأ إلى تجزئة طلباتها إلى عدة أجزاء حتى تتهرب من إجراءات إبرام الصفقة، وما توفره هذه الطريقة من ضمانات حماية للمال العام.

والإدارة في هذه الحالة لا تتهرب من إجراءات إبرام الصفقة فقط، بل قد تتهرب من إجراءات إبرام الاستشارة أيضا، الأمر الذي قد يعرض المال العام للخطر.

كما يلاحظ كذلك أن المشرع لم يحدد معايير انتقاء العرض في حالة سند الطلب، فهل يتم على أساس الجودة أو السعر، مما يترك المجال واسعا أمام الإدارة لتقرر التعاقد مع من يخدم المصلحة العامة، غير أن هذا السلطة الواسعة قد تكون مدعاة للانحراف والتأثير سلبا على المال العام و عدم المحافظة عليه وإهداره.

الخاتمة

وفي الأخير وبعد تناولنا لجميع العناصر المتعلقة بهذا الموضوع نخلص إلى أنه ليس كل العقود والطلبات التي تتضمن صرف نفقات عمومية تبرم بالضرورة وفقا لأسلوب الصفقة العمومية رغم المبررات التي وضعها المشرع لإلزام المصلحة المتعاقدة بالنقيد بهذه الطريقة وإجراءاتها في التعاقد، ولعل أهمها على الإطلاق هو تحصيل الأموال العمومية من مختلف مظاهر التبديد والانحراف المالي.

غير أن المصلحة العامة قد تقتضي في بعض الحالات القفز على شكليات وإجراءات إبرام الصفقة العمومية والتحرر منها جزئيا أو كليا حسب الحالة وهذا لضمان نجاعة الطلبات العمومية.

وقد توصلنا إلى أن هناك بعض العقود معفاة بصورة جزئية من إجراءات إبرام الصفقة العمومية، و لتحديدها يعتمد المشرع على أحد المعيارين: إما معيار الاستعجال، و إما معيار الخطر وهي مذكورة على سبيل الحصر في المواد 05 و 06 و 07 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

كما أعفى المشرع كليا بعض العقود والطلبات من إجراءات إبرام الصفقة العمومية، وقد اعتمد في هذا على معيار العتبة المالية، والتي على أساسها تتحدد طريقة وكيفية إبرام هذه العقود، وهي لا تخرج عن أحد الأسلوبين: إما العقد (الاستشارة) وإما سند الطلب، وهذا بحسب القيمة المالية لكل عقد أو طلب.

هذا وقد توصلنا أيضا من خلال هذه الدراسة أن هذه الأساليب الخاصة للتعاقد لما كانت خالية من الشفافية والتنافس فإنها تعتبر استثناء من الاستثناء (أسلوب التراضي) والذي يعتبر استثناء من القاعدة العامة وهي المناقصة أو الدعوة للمنافسة، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تعي ذلك لأن الخروج عن مقتضيات قانون الصفقات العمومية ما كان ليتم لو لم تدعو له ضرورات المصلحة العامة وكذا نجاعة الطلبات العمومية.

غير أن تحرر الإدارة أثناء التعاقد من إجراءات الصفقة العمومية في مثل هذا النوع من العقود الاستثنائية قد يشجعها على الانحراف بسلطتها قد تصل حد تبديد المال العام واختلاسه، خاصة وأن هذه العقود لا تحترم المبادئ الأساسية في التعاقد كمبدأ اختيار المتعاقد الأكثر كفاءة و مبدأ العلانية أو الإشهار ومبدأ المنافسة العامة ومبدأ المساواة بين

المتنافسين، لذلك فإننا نعتقد أن المشرع لم يوفر الضمانات اللازمة لحماية المال العام أثناء التعاقد خارج أسلوب الصفقة العمومية، لأن بعض الإجراءات التي جاء بها قانون الصفقات العمومية كضرورة إجراء صفقة تسوية وإخضاع بعض العقود لرقابة لاحقة لن يفي بالغرض المطلوب حسب اعتقادنا، لذلك كان على المشرع أن يضمن الحماية القانونية للأموال التي ستصرف عن طريق هذه العقود بتقييد المصلحة المتعاقدة بضرورة الخضوع لإجراءات وشكليات حتى ولو كانت مخففة مقارنة مع تلك التي تتعلق بالصفقة وهذا وقاية وحفاظا للمال العام مهما كانت مبالغه صغيرة وبسيطة.

لهذا فإننا ندعو المشرع الجزائري إلى التدخل لتقييد حرية الإدارة في التعاقد إذا لم تتوفر شروط إبرام الصفقة العمومية، وذلك بتقنين بعض الشكليات والإجراءات الواجب إتباعها عند إبرام مثل هذا النوع من العقود وخاصة سند الطلب، ولكن بالقدر اللازم لحماية المال العام وتحقيق المصلحة العامة، ذلك لأن السلطة التقديرية للإدارة ضرورة حتمية لسير العمل الإداري، والمشرع ملزم في هذه الحالة بضرورة الموازنة بين مبدأ حماية المال العام في أي يد وجد ومهما كانت قيمته والذي يتطلب تقييد الإدارة قدر الإمكان بمجموعة من الإجراءات، وبين مقتضيات ومنطلقات تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي منح هامش من الحرية للإدارة في التصرف والتعاقد ضمانا لنجاعة الطلبات العمومية.

الهوامش

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسور، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص.50.

² - هناك بعض العقود المستثناة كليا من الخضوع لقانون الصفقات العمومية كعقد التأمين و النقل و التزويد بالغاز و الكهرباء و الماء و كلها عقود تخضع للتشريعات و التنظيمات الخاصة.

³ - المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ج ر ج ج، عدد 58 لسنة 2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر ج ج، عدد 14 لسنة 2011 والمعدل بالمرسوم رقم 222/11 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر ج ج، عدد 34 لسنة 2011، والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر ج ج، عدد 04 لسنة 2012.

المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم: 03/13 المؤرخ في: 13 جانفي 2013 ج ر ج ج، عدد 02 لسنة 2013.

⁴ - لمزيد من التفصيل حول الجهات المختصة بالرقابة على الصفقات العمومية أنظر: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص. 52 وما بعدها.

⁵ - المادة 3/5 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المعدل والمتمم

⁶ - المادة 4/5 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المعدل والمتمم

⁷ - C.E,4 avril 1997,département d'Ile- et- Vilaine ,N°145388, <http://www.legifrance.gouv.fr> 10 جوان 2013 تاريخ تصفح الموقع الالكتروني:

⁸ - E,5 mars 1999,président de l'assemblée nationale ,N°163328,

<http://www.legifrance.gouv.fr> 10 جوان 2013 تاريخ تصفح الموقع الالكتروني:

⁹ - وهذه المبالغ هي ثمانية ملايين دينار (8.000.000) لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار (4.000.000) لخدمات الدراسات أو الخدمات.

¹⁰ - أنظر: أمال قاسمي، "دور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تكريس قواعد الشفافية في مجال الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، ماي 2013، ص. 5 وما بعدها. وأنظر كذلك: صالح زمال، "امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، ماي 2013، ص. 7 وما بعدها.

¹¹ - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 98.

¹² - إن الحد الأدنى للصفقات العمومية عرف عدة تطورات نظرا لتغير الظروف الاقتصادية كارتفاع أسعار المواد الأولية، انخفاض الدينار، التضخم...

¹³ - نادية تياب، "تكريس حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، ماي 2013، ص. 04 وما بعدها.

¹⁴ - كلوفي عزالدين، نظام لمنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، برج بو عريبيج، 2012، ص. 30.

¹⁵ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص. 52.

- 16- المادة 09/06 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المعدل والمتمم
 17- المادة 15/06 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المعدل والمتمم
 18- المادة 17/06 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المعدل والمتمم
 19- المادة 13/06 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المعدل والمتمم
 20- المادة 14/06 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المعدل والمتمم
 21- هذا و قد ثار خلاف فقهي حول تحديد طبيعة العقود التي تبرمها الإدارة وفقا لأسلوب سند الطلب فهل هي عقود إدارية أم خاصة؟

يرى في هذا المجال Remili أن عقود الإدارة التي تكون أقل من السقف المحدد للصفقات العمومية هي عقودا من عقود القانون الخاص، و في حالة التنازع فإن القاضي المدني هو الذي يحدد طبيعة هذا العقد بتطبيقه المعايير القضائية.

أما الأستاذ Drago فإنه يعتبر الطلبات التي تكون قيمتها أقل من الحد المالي الأدنى للصفقة هي بمثابة عقود إدارية رغم أنها ليست بصفقات عمومية.

إلا أنه حسب اعتقادنا الخاص و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 800 والذي كرس المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري، فإن العقد السابق هو عقد إداري ما دامت الإدارة طرفا فيه.

أنظر لمزيد من التفصيل: قدوج حمامة، مرجع سابق، ص.ص.36.35

22- عبد الله طلبية، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، مطبعة العجلوني، الطبعة الخامسة، جامعة دمشق، دمشق، بدون سنة نشر، ص.327. وانظر كذلك: محمد أبو زيد محمد، دروس في القانون الإداري، مطبع الطوبجي، القاهرة، 2002، ص.128.129.

23- على خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2003، ص.693.

24- شيخ عبد الصديق، "رقابة الأجهزة والهيئات المالية على الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، ماي 2013، ص.11 وما بعدها.

25- Organisation de coopération et de développement économiques, **Corruption dans les marchés publics**, les éditions de l'ocde, paris, 2007, p.39. 40.