حدود المنافسة في الإجراءات الخاصة ذات النمط المستعجل والسريع في مجال الصفقات العمومية

Limits of Competition in Special Procedures with an Urgent and Rapid Pattern in the Field of Public Transactions

عشاش حمزة[1]*، خضري حمزة[2]

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، hamza.achache@univ-msila.dz
مخبر الدراسات والبحوث في القانون والاسرة والتنمية الادارية

[2] كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، hamza.khadri@univ-msila.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/30 تاريخ القبول: 2021/05/25 تاريخ النشر: 2021/06/20

ملخص:

تهدف الدراسة لإظهار مدى تجسيد مبدأ المنافسة في الإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المواد 12 و23 من تنظيم الصفقات العمومية، والمتعلقة بصفقات الاستعجال الملح والصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، حيث لاحظنا قصور تكريس المنافسة في هذا النوع من الصفقات، ويعود السبب الى رغبة المشرع في الحفاظ على سير المرافق العمومية وتقديمها للخدمة في مختلف الظروف.

كلمات مفتاحية: الصفقة.، المنافسة.، الاستعجال.، السرعة في القرار.، التنظيم.

Abstract:

This study aims to show the extent to which the principle of competition is reflected in the special procedures stipulated in articles 12 and 23 of the regulation of public transactions in force related to urgent transactions that require speed in decision-making, where we noted the lack of dedication of competition in this type of transaction, due to the desire of the legislator to maintain the functioning of public facilities and provide them for service in various circumstances.

Keywords: transactions; competition; urgent; organizing; speed in decision.

* **المؤلف المرسل**

1. مقدمة :

تدخل الإدارة في روابط عقدية كثيرة بهدف قيامها بنشاطها وتسيير مرافقها وتلبية حاجات الجمهور مستعملة في ذلك الأموال العامة لتحقيق الأهداف المرجوة منها، الشيء الذي جعل معظم الدول تتبنى قانون متميز ومستقل تخضع له الإدارة في إطار هذه المعاملات ونعني بالخصوص تنظيم الصفقات العمومية، هذا الأخير الذي يحتوي أساليب إبرام خاصة تعتمد عليها الإدارة وذلك بإبرام عقود مكتوبة مع متعاملين متعاقدين سواء لإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم، أو تقديم خدمات أو إعداد دراسات.

ولقد عرفت الجزائر صدور العديد من القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، أولها كان الآمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، والذي تلته العديد من التشريعات الصادرة في هذا المجال إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي يعد نقلة نوعية سواء من حيث التنظيم أو الدقة بالمقارنة مع النصوص القانونية السابقة.

ونظم المرسوم الرئاسي 15-247 عدة مسائل من أهمها إلزام المصالح المتعاقدة بإتباع شكليات وإجراءات معينة في الإبرام، سواء تعلق الأمر بإجراء طلب العروض أو التراضي، غير أنّ المشرع أورد حالات خاصة تختلف باختلاف الأغراض التي تأسست بموجبها، ويتعلق الأمر هنا أساسا بالإجراءات الخاصة في الصفقات العمومية ذات الطابع المستعجل والسريع موضوع دراستنا، والتي خصص لها المشرع المواد من 12 إلي 23 حيث حصرها المشرع في حالتين ، وهي الاستعجال الملح والصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، فهنا أخضع المشرع المصالح المتعاقدة لمجموعة من القواعد و الإجراءات المتميزة حسب كل حالة.

واخترنا هذا الموضوع لأسباب ذاتية وأخري موضوعية، تتمثل الأولي في الرغبة الملحة لتناول موضوع الصفقات العمومية من منطلق الحاجة إلي الفهم والتوسع في هذا المجال كوننا مقبلين نحو الحياة المهنية، أما الثانية فترجع لقلة الأبحاث القانونية والدراسات الأكاديمية المتعلقة بهذا الموضوع مقارنة بغيره من المواضيع.

وتبرز أهمية الموضوع من المكانة التي تحتلها الصفقات العمومية، ومن الإشكالات القانونية التي يثيرها الموضوع في تطبيقه من طرف المصالح المتعاقدة، خاصة مع كون تنظيم الصفقات العمومية ذو طابع تقني وفني يقتضي فهمه وصحة تطبيقه الاختصاص في هذا المجال.

وفي ضوء هذه العناصر حددنا إشكالية الدراسة من خلال التساؤل المحوري التالي:

– هل وفق المشرع الجزائري في بناء التنظيم القانوني للصفقات ذات الطاب المستعجل والسريع والحفاظ على تكريس المنافسة فيها؟

إنّ طبيعة موضوع البحث تقتضي استخدام مناهج معينة، فالمنهج المعتمد والغالب أساسا هو المنهج التحليلي، وذلك للتوقف على الأحكام التي جاءت بها مختلف المواد والكشف عن النقائص والاختلالات الواردة بها، مستعينين أيضا بالمنهج الوصفي لإعطاء بعض التعاريف وكذا الخصائص والشروط.

وفي سبيل الإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا موضوع الدراسة إلى محورين اساسيين، تناولنا في الأول لصفقات المبرمة بعنوان الاستعجال الملح، والإجراءات الخاصة بالصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار كمحور ثاني.

2. حدود المنافسة في الصفقات المبرمة بعنوان الاستعجال الملح:

ذهب المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الى تنظيم الاستعجال الملح في المادة 12 منه[1]، وبين الإجراءات التي تتبناها المصلحة المتعاقدة في حالة اللجوء اليه، حيث سنبين احكام هذا الاجراء من خلال عنصرين أساسيين يتعلق الأول بالتنظيم القانوني لحالة الاستعجال، والثاني قصور التنظيم ومحدودية المنافسة في الصفقات عن طريق الاجراء السابق ذكره.

1.2.التنظيم القانوني لحالة الاستعجال الملح:

ويتعلق هذا العنصر أساسا بإظهار معني شرط الاستعجال الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 12، مبينين في ذلك شروطه والإجراءات التي يجب على المصلحة المتعاقدة إتباعها عند توفر هذه الحالة وتمييزها عن الحالة المشابهة لها والواردة في ن الفقرة الثانية من المادة 49 من نفس المرسوم، وسنقوم بهذا من خلال فرعين مبرزين شرط الاستعجال اولا، والإجراءات المتبعة في هذا الاجراء

1.1.2 شرط الاستعجال:

وقد قسمنا هذا الفرع إلى ثلاثة أجزاء رئيسية، حيث سنتكلم عن المقصود بالاستعجال بصفة عامة، ثم الاستعجال الملح في الصفقات العمومية وشروطه، وأخيرا تمييز الاستعجال الملح الوارد بالمادة 12 عن الاستعجال الملح الوارد بالمادة 49.

1.1.1.2 الاستعجال بصفة عامة:

يقصد بحالة الاستعجال أنها: "هي حالة استثنائية تعفينا من تطبيق الشروط والإجراءات ولا يلجأ إليها إلا في حالة الضرورة"[2].

ويستعمل الاستعجال أيضا في مجال التقاضي على انّه ذلك الإجراء الذي يتخذ بالسرعة التي يتوخى من ورائها عدم استفحال النزاع وتطوره لوضعية يصعب إصلاح نتائجه ضمنها[3].

وكذلك الحال بالنسبة في مجال التعاقد، حيث تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال كون أنّها إذا لم برباط عقدي في وقت سريع سينجم ضياع مالها واستثمارها[4].

2.1.1.2 الاستعجال الملح وشروطه في الصفقات العمومية:

حدد المشرع الجزائري حالة الاستعجال التي تسمح بتطبيق الإجراء المنصوص عليه في المادة 12 بالخطر الداهم الذي يتعرض له مللك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو وجود خطر يهدد استثمار أو ملك للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، ولا يسعه التكيف مع أجال إبرام الصفقات العمومية، وذلك شريطة ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وان لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

وميزة الاستعجال في الصفقات العمومية عن الاستعجال بصفة عامة أو الاستعجال في مجال التقاضي، بالإضافة صفة الإلحاح والتي وان دلت فإنّها تدل عن الحالة التي يكون فيها الخطر واقعيا وحالا ومفاجئا للمصلحة المتعاقدة التي لا تمتلك من الزمن ما يتيح لها إبرام صفقة عمومية، ولهذا اقترنت حالة الاستعجال في المادة 12 بمجموعة من الشروط وهي:

_ أن يكون هناك خطر قد يلحق ضررا بالأشخاص أو الأموال أو الأملاك.

_ أن يستحيل درء الخطر بالطرق العادية، أي بتطبيق صيغ الإبرام الموجودة في تنظيم الصفقات العمومية حتّى ولو كانت اقل تنافسية.

_ ألا تتعدي المصلحة المتعاقدة الضروري من إجراءات وأشغال وخدمات، لأنّ الضرورة تقدر بمقدارها كما ينص الفقه[5].

_ ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال ولا تكون نتيجة مناورات ومماطلات من طرفها.

3.1.1.2 تمييز الاستعجال في المادة 12 عن الاستعجال الوارد في الفقرة الثانية من المادة 49:

باستقراء الفقرة الأولي من نص المادة 12نجد أن عنصر الاستعجال الذي يبرر الشروع في تنفيذ الخدمة، هو نفسه عنصر الاستعجال الوارد في الفقرة الثانية من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أنّهما يختلفان من نواحي عديدة سنبرزها كالتالي:

أ _الترخيص بتنفيذ الخدمات: لقد توقف المشرع في نص المادة 49 عند عبارة "...وان لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها..."، أي انه لم يستعمل عبارة "...بالشروع في بداية تنفيذ الأشغال..." الواردة في المادة 12، وعليه فما يمكن فهمه أن الانطلاق في بداية تنفيذ الأشغال مسموح به في المادة 12 قبل إبرام الصفقة، بينما في المادة 49 بعد إبرام الصفقة[6].

ب _ إجراء التراضي البسيط: إذا تمعنا جيدا في المواد الخاصة بالتراضي نجد المشرع استعمل مصطلح "إجراء"، لكن في نفس الوقت إذا تمعنا في المادة 12 نجده لن يستعمل لا مصطلح "تراضي" أو "إجراء" بل استعمل مصطلح لا نجده في مواد التراضي ألا وهو' 'الترخيص"[7].

ج _ طبيعة الخدمات: تقتصر الخدمات في المادة 12 على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة لكن في المادة 49 تكون كلية وليست جزئية.

د _ رقابة مقرر الاستعجال: يجب أن ترسل نسخة من مقرر الاستعجال إلى مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية)، في حين الاستعجال في المادة 49 يتم رقابته والفصل فيه قبل إبرام الصفقة وقبل الانطلاق في تنفيذ الخدمات ويخضع للرقابة السابقة للجنة الصفقات العمومية وموافقة السلطة المختصة، ثم يمنح الأمر ببدأ الأشغال بعد إمضاء الأطراف المتعاقدة الصفقة[8].

هـ _اختيار المتعاقد: إنّ اختيار المتعاقد وفق إجراء التراضي البسيط يجب أن يكون بناء على عدة نقاط حددتها المادة 50 وتتمثل في:

_ تحديد الحاجات: حيث أنّ المصلحة المتعاقدة ملزمة بتحديد حاجياتها قبل البدء في إجراءات إبرام الصفقة وفق التراضي البسيط في حين أنّها غير ملزمة بذلك في المادة 12.

ـ قدرات المتعامل الاقتصادي وكيفية اختياره: في إطار التراضي البسيط يجب تأكد المصلحة المتعاقدة من القدرات الفنية والمهنية والمالية للمتعامل الاقتصادي قبل تخصيص الصفقة له، ويجب أن تختار العرض المتوفر على مزايا اقتصادية، في حين أن هذه القدرات والمزايا غير ملزمة للمتعاقد في نص المادة 12[9].

ـ تنظيم المفاوضات: وحسب الفقرة السادسة من المادة 52 [10]، يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تنشا لجنة مهمتها التفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة، العرض المالي...الخ، في حين أنّ الظروف التي تخضع لها الصفقة المبرمة في ظل المادة 12 خصها المشرع بإجراءات تتلاءم والوقت الضيق وذلك بالسماح باتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل، أي دون تفاوض[11].

2.1.2 الإجراءات في حالة الاستعجال الملح:

لقد خص المشرع الجزائري الاستعجال الوارد بالمادة 12 بمجموعة من الإجراءات التي يجب إتباعها أثناء تطبيق هذا الإجراء والتي سنوردها كالتالي:

1.2.1.2 إصدار المقرر:

لقد نصت الفقرة الأولي من المادة 12 على إمكانية إصدار مقرر الشروع في تنفيذ الخدمات عند توفر عنصر الاستعجال الملح المنصوص عليه في المادة، ولقد أعطي المشرع صلاحية إصداره لمسؤول الهيئة العمومية، أو الوزير المعني حسب كل قطاع وزاري، أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، هذا الأخير الذي أعطاه المرسوم الرئاسي 15-247 هذه الصلاحية علما وأنّه لم يكن يتمتع بها في ظل المادة 7 من المرسوم السابق 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ويجب التنبيه على أنّ المشرع في نفس الفقرة ألزم السلطة التي تصدر المقرر تعليل أسباب اللجوء إلى الترخيص بالشروع في الخدمات وتبرير حالة الاستعجال الملح.

2.2.1.2 اقتصار الخدمات على ما هو ضروري:

إذا تمعنا في المادة نجد المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بتحديد الخدمات على ما هو ضروري لدرء حالة الاستعجال فقط، وذلك لأنّ هذا الإجراء استثناء عن الأصل كون أنّ إبرام الصفقة العمومية يكون قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات حسب نص المادة 3، وبما أنّ نص المادة 12 استثناء عن هذه المادة وجب التقيد بالحدود التي اقرها المشرع.

3.2.1.2 إرسال نسخة من المقرر:

وبالرجوع للفقرة الثانية من المادة 12 نجد أنّها حثت على وجوب إرسال مقرر الشروع في تنفيذ الخدمات إلى مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمتفشية العامة للمالية)، كون هذا الإجراء منافي للمبادئ الواردة بنص المادة 5 فوجب تبريره أمام الجهات الذكورة فوق.

4.2.1.2 كيفية اتفاق الأطراف:

مراعاة من المشرع لظروف التي تحيط بالمصلحة المتعاقدة، سمح لها في هذا الإجراء بإثبات الاتفاق مع المتعامل المتعاقد عن طريق الرسائل وذلك عندما لا يسمح الاستعجال بإعداد صفقة قبل الشروع في تنفيذ الخدمات، وذلك لتوفير السرعة لدرء المخاطر التي قد تقع.

5.2.1.2 إبرام صفقة على سبيل التسوية:

بالنظر للفقرة الأخيرة من نص المادة 12 نجد أنّها تكلمت عن صفقة التسوية، حيث ذهب المشرع إلى تنبيه المصالح المتعاقدة التي تطرقت إلى الإجراء الوارد بالمادة 12، بضرورة إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على مقرر الشروع في تنفيذ الخدمات، وعرضه على هيئات الرقابة الخارجية للرقابة ما جاء في صفقة التسوية والتأكد من تتبع المصلحة المتعاقدة لكافة الإجراءات الواردة في نص المادة 12.

2.2 قصور التنظيم ومحدودية المنافسة في الصفقات المبرمة بعنوان الاستعجال الملح:

رأينا فيما سبق أنّ الاستعجال الملح الوارد في المادة 12 من تنظيم الصفقات العمومية الساري المفعول، هو عبارة عن حالة خاصة وإجراء استثنائي مقترن بشروط وضوابط محددة، إلاّ أنّ التحديد والدقة لم تكن على مطلقها، الشيء الذي دفع بنا إلى إفراد فرع في هذا المطلب لقصور التنظيم القانوني للمادة، في حين تكلمنا في الفرع الثاني عن مسألة توفر المنافسة على مستوي هذا الإجراء.

1.2.2 قصور التنظيم في الاستعجال الملح:

لقد أحسن المشرع الجزائري في المادة 12 بإتاحة هكذا إجراء للمصالح المتعاقدة من اجل درء المخاطر التي قد تمسها جراء بعض الحالات المفاجئة وغير المتوقعة، غير انه لم يوفق في إعطاء المادة الحصانة

اللازمة التي تحول دون تطبيقها على نهج خاطئ، ويظهر هذا القصور في بعض النقاط التي أوردناها فيما يلي:

1.1.2.2 مسألة التقدير:

كان من المفترض عدم تترك مسألة التقدير لشخص ولحد حتّى ولو كان مسؤول المصلحة المتعاقدة فكان الأجدر أن يعهد الأمر للجان تقنية تتشكل لغاية معاينة حجم ومدي إحداق الخطر وداهميته وتقرير إلحاحه من عدمه، بالإضافة لتحديدها المقدار الضروري للخدمات، وتعتبر مراكز المراقبة التقنية سواء المتخصصة بالبناء أو الأشغال الأكثر كفاءة في هذا المجال، ثمّ بناء على التقرير التقني لهذه اللجان يحق لمسؤول المصلحة اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا للتكفل بالحالة[12].

2.1.2.2 التأشير على صفقة التسوية:

قد تقع المصلحة المتعاقدة بعد إبرامها صفقة التسوية في مشكل ألا وهو إمكانية رفض المراقب المالي التأشير عليها، وذلك تقديرا منه أنّ حالة الاستعجال الملح غير متوفرة، مما قد يؤدي إلى عدم تسوية الجانب المالي للصفقة فتبقي المصلحة المتعاقدة معلقة بما يراه المراقب المالي، لذا كان لزما اللجوء إلى الحل الذي سنورده في النقطة الثالثة.

3.1.2.2 توضيح المادة عن طريق التنظيم:

نري أنّ المشرع الجزائري وعلي غير العادة لم يلجا في آخر المادة إلى الإشارة لمسالة لطالما كان ينبه إليها في مختلف المواد المعقدة والاستثنائية، ألا وهي مسالة صدور التنظيم لتوضيح المادة أكثر، فكان من الأفضل وبما انه إجراء استثنائي ألا ينظم بمادة وحيدة، خاصة وأنّ التنظيم سمح لرئيس المجلس الشعبي البلدي بالإصدار المقرر، ونحن نعي جيدا انه على المستوي المحلي قد لا تتوفر الكفاءات المناسبة لتطبيق المادة في ظل عدم معرفة الأخير وإحاطته بمجال الصفقات العمومية.

وما يدعم الطرح المقدم أعلاه هو صدور فتوى وحيدة فقط عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية، والتي جاءت ردا علي والي ولاية عين الدفلى، وجاء فيها رئيس المجلس الشعبي البلدي مخول لان يرخص بموجب مقرر معلل البداية في تنفيذ الخدمات، وهذا الشيء واضح وضوح جليا في المادة 12، فإذا كان الوالي وما يتوفر عليه من كفاءات على مستوي الولاية يتساءل على مسالة بسيطة كهذه، قس على ذلك حالة المنتخبين على مستوي البلديات، وبالتالي كان لزاما أن يتطرق المشرع لمسألة توضيح المادة عن طريق التنظيم[13].

2.2.2 انعدام المنافسة في اجراء الاستعجال الملح

إنّ ما يمكن استنتاجه بالنسبة للصفقات المبرمة وفق الإجراء الوارد في 12 المتعلق بالاستعجال الملح أنّ المنافسة فيها منعدمة وتؤول إلى الصفر، كون أنّ اختيار المتعامل المتعاقد يكون بطريقة مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة قبل إبرام الصفقة، ولا يمكن التذرع بخضوع هذا الإجراء لرقابة مجلس المحاسبة وسلطة ضبط الصفقات العمومية والمفتشية العامة للمالية ولجنة الصفقات المختصة للقول بأنّها بديل للمنافسة بين المترشحين[14].

وبالقياس مع حالة الاستعجال المذكورة في المادة 49[15]، والتي تبرم عن طريق التراضي البسيط الذي يعتبر استثناء في إبرام العقود الصفقات العمومية والذي تنعدم فيه المنافسة، ما بالك حول الاستثناء على هذا الإجراء وهو الترخيص بالشروع في تنفيذ الخدمات مباشرة قبل إبرام الصفقة دون حتّى مفاوضات.

وما يمكن ملاحظته أن المقتضيات التي جعلها المشرع ضرورية لقيام حالة الاستعجال الملح في المادة 12، هي نفسها المقتضيات التي أدرجها في الفقرة الثانية من المادة 49 والتي تعطي الصلاحية للمصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التراضي البسيط، وبذلك يمكن القول انه في حالة توافر شروط حالة الاستعجال الملح فإن للمصلحة المتعاقدة الخيار في اللجوء إما الشروع في تنفيذ الخدمات قيل إبرام الصفقة، أو اللجوء إلى إبرام صفقة عن طريق إجراء التراضي البسيط[16].

3. حدود المنافسة في الإجراءات الخاصة بالصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار:

إنّ المشرع الجزائري وعناية منه بخصوصية بعض المجالات، نص من خلال المادة 23 من تنظيم للصفقات العمومية الساري المفعول على إجراء ذو طبيعة متميزة عن الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية في ظل الظروف العادية، وذلك مراعاة لعدم تأقلم هذا النوع من الصفقات مع أجال إبرام الصفقات العمومية، لذلك سنتطرق لدراسة هذا المبحث من الجهة المتعلقة بخصوصية الإبرام في هذه الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار كعنصر أول، ومن جهة ثانية دراسة قصور الجانب التنظيمي وكذا مسألة المنافسة في هذا الإجراء كعنصر ثاني.

1.3 خصوصية طريقة الإبرام في الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار:

باستقراء نص المادة 23 [17]من تنظيم الصفقات العمومية الحالي لاسيما الفقرة الأولي منها نجد أنّ المشرع الجزائري المصالح المتعاقدة من الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية الخاصة بالباب الأول من

المرسوم الرئاسي 15-247، لاسيما ما يخص منها طريقة الإبرام وذلك في صفقات استيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة السرعة في اتخاذ القرار، حيث خصها بطريقة خاصة للإبرام والتي سنبينها كما نتناول الرقابة الخارجية عليها.

1.1.3 إجراءات الإبرام:

بين المشرع نوع الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار بموجب الفقرة الأولى من المادة 23 حيث حصرها في استيراد منتجات أو الخدمات التي يجب أن تحتوي أربعة عناصر متميزة وهي طبيعة المنتجات أو الخدمات والتقلبات السريعة في أسعارها، ومدي توفرها وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها والتي لا تكون مكيفة مع أجال إبرام الصفقات العمومية، وقد بين المشرع إجراءات إبرامها والتي سنحددها كالتالي:

1.1.1.3 تحديد قائمة المنتجات والخدمات:

لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 23 أنّ آلية تحديد قائمة المنتجات والخدمات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار هي إصدار قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة بالإضافة لوزير القطاع المعني الذي سيبرم الصفقات لصالح قطاعه.

وتجدر الإشارة إلى أنّه صدر قرار وزاري مشترك وحيد في مجال الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار ويتعلق الأمر بوزارة الاتصال وذلك بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 أكتوبر 2016 والتي حددت المادة 2 منه القائمة بما يلي:

_ كراء ترددات الأقمار الصناعية.

_ البث المباشر عبر الأقمار الصناعية.

_ البث عبر الموجات القصيرة.

_ اقتناء برامج أجنبية لدي المنتجين و/أو الموزعين الأجانب[18].

2.1.1.3 تشكيل لجنة وزارية مشتركة:

أشارت الفقرة الثانية من المادة 23 أنّ وزير القطاع المعني باستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، عليه أن يقوم بمناسبة كل عملية بتأسيس لجنة وزارية مشتركة خاصة، أي أن يكون جزء من أعضائها تابعين للقطاع المعني باستيراد المنتجات والخدمات مع ضرورة أن يكونوا مؤهلين لذلك

والجزء الآخر من قطاع وزارة التجارة والمالية، ويخضع هؤلاء كلهم لرئاسة ممثل المصلحة المتعاقدة المعني وتتمثل مهام هذه اللجنة بالقيام بالمفاوضات واختيار الشريك المتعاقد معها.

3.1.1.3 إبرام صفقة تسوية:

أفادت الفقرة الأخيرة من المادة 23 أنّ المصلحة المتعاقدة ملزمة بالإبرام صفقة تسوية خلال اجل ثلاثة أشهر وذلك ابتداء من تاريخ الشروع في تنفيذ الخدمات، وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية.

وما يمكن استخلاصه أنّ المادة 23 كذلك مثلها مثل المادة 12 السابقة الذكر والتحليل تعتبر استثناء عن نص المادة 3، حيث يمكن الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، ويعود ذلك لطابع السرعة الذي تتمتع به الخدمات والمنتجات المستوردة في ظل المادة 23 حيث لا يسع الوقت لإتباع الإجراءات الشكلية في إبرام الصفقات العمومية.

2.1.3 الرقابة الخارجية بعد الشروع في تنفيذ الخدمات:

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 23 أنّ المصلحة المتعاقدة عند تحريرها لصفقة التسوية يجب أن تعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية، والتي تتعدد أجهزتها من لجان موجودة على جميع المستويات وفي كل الإدارات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية تأكيدا لمبدأ التسيير الجماعي لملف الصفقة وكذلك مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية[19].

وبالنظر للمادة 163 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن غاية الرقابة الخارجية تتمثل في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المبرمة من المصالح المتعاقدة لتشريع والتنظيم المعمول به، ومطابقة التزامها بالعمل المبرمج بكيفية نظامية.

وأوجب المشرع الجزائري في المادة 165 إحداث لجان تكلف بالرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية وذلك بالنظر للحدود المالية المذكورة في المادتين 173 و184.

ونجد ان المشرع وزع اختصاص كل من لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة ولجنة الصفقات القطاعية علي أساس الاعتبار المالي، فالمبالغ الضخمة والقيم المالية الكبيرة تؤول حصريا للجنة الصفقات القطاعية[20].

وبما أن الإجراء المذكور في المادة 23 يتعلق باستيراد المنتجات والخدمات، فان الصفقة المبرمة هنا هي صفقة الخدمات أو اللوازم، وبما انه فواتير الاستيراد تكون ذات مبالغ مرتفعة تتجاوز الحدود المذكورة لصفقة الخدمات واللوازم المذكورة في المادة ،184 فان الاختصاص في مجال الرقابة الخارجية يعود للجنة الصفقات القطاعية بالنظر في الصفقات المبرمة وفق الاجراء المذكور في المادة 23.

وتتمثل صلاحية اللجنة القطاعية للصفقات حسب المادة 180 بالنسبة للجراء المذكور في المادة 23 في مراقبة مدي صحة اجراءات ابرام الصفقة.

2.3 العنوان قصور التنظيم ومحدودية المنافسة في الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار:

بما أنّنا بصدد الكلام عن إجراء خاص بإبرام الصفقات العمومية، يتميز بالسرعة ولا يتكيف مع متطلبات و أجال الإبرام التي في الطرق الشكلية للإبرام ويعفي المصلحة المتعاقدة من اللجوء لأحكام الباب الأول والمتعلق بالأحكام المطبقة علي الصفقات العمومية، كان من الأجدر أن يكون هذا الإجراء الاستثنائي بدرجة من التنظيم و التفصيل لكي يحمي الضمانات التي جاء بها تنظيم الصفقات العمومية وبالخصوص مبدأ المنافسة، لكن هذا الشيء الذي لم يكن للدرجة المرجوة والتي كان لزاما علي المشرع توفيرها لهذا تطرقنا في هذا المطلب إلي التكلم عن قصور التنظيم في هذا الإجراء كفرع أول، و انعدام المنافسة فيه كفرع ثاني.

1.2.3 قصور التنظيم:

وقمنا بالتعليق علي نص المادة من حيث القصور في التنظيم خلال إبراز ملاحظتين أساسيتين:

1.1.2.3 قصور الصياغة القانونية للفقرة الأولي من المادة 23:

بالنظر للفقرة الأولي من المادة 23 نجد أن المشرع الجزائري نص على الإعفاء من أحكام الباب الأول من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومنه فان هذا الإعفاء بصفة كلية قد يشمل الإعفاء من احترام المبادئ العامة المدرجة ضمن نفس الباب سيما تلك الموجودة في المادة 5 منه، وبالتالي فان هذا الشيء غير معقول بتاتا، وبالتالي كان من الاجدر أن يضيف عبارة "في ظل احترام المبادئ العامة المذكورة في المادة الخامسة" على ان يبقي باقي العبارات كما هيا[21].

ويجب التذكير أن المشرع الجزائري في نص المادة 5 من المرسوم 10-236 والمتعلقة بنفس الإجراء كان قد أورد عبارة "تعفي من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم..."، ونرى أنّ هذه العبارة معقولة مقارنة

بالعبارة الواردة في التنظيم الحالي لصفقات العمومية، كون أنها تترك المجال لتطبيق أحكام المادة 5 والتي لا يمكن التحجج بعاملي السرعة وقصر المدة لإقصاء العمل بها.

وينبغي في هذا الصدد أن يكون المشرع أكثر توضيحا وتدقيقا لمجال الاستثناء من أحكام الباب الأول المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ولما لا فان المشرع الذي تفطن لوضع هذا الإجراء تحسبا لعدم تعطيل المصالح المتعاقدة، وتوقعا منه لخصوصية بعض المجالات والقطاعات بالتحديد، فانه أدرى ما يكون بمختلف الإجراءات التي تعطل المصالح المتعاقدة، وبالطبع يكون التطبيق السليم لهذا الإجراء من الناحية العملية، ويتجنب المشرع بذلك الإشكالات التي قد تتمحص من الفهم الخاطئ للإجراء.

2.1.2.3 عدم توضيح المادة لطريقة عمل اللجنة الوزارية المشتركة:

صحيح أن المشرع الجزائري نص أن الوزير المعني للقطاع الذي سيبرم صفقات تتطلب السرعة في اتخاذ القرار يقوم بتعيين لجنة وزارية مشتركة خاصة، وان هذه الأخيرة برئاسة ممثل المصلحة المتعاقدة هي التي تقوم بإجراء المفاوضات واختيار الشريك المتعاقد، لكن الشيء الملاحظ هنا انه لم يبين كيفية تداول هذه اللجنة وكيف تصح مداولاتها هذا من جهة ومن جهة أخري لم تبين المادة ما يجب أن يحتويه محضر اللجنة من عناصر لصحته، خاصة وان المقررات الصادرة عن الوزراء في تطبيق هذا الإجراء بتعيين اللجان المشتركة الخاصة لا تنص إلا علي أسماء أعضاء هذه اللجان.

وبالتالي كان على المشرع أن يضيف فقرة على هذه المادة تفيد بتوضيح كيفيات تطبيق المادة عن طريق التنظيم وذلك بواسطة قرار يصدر عن وزير المالية، والأفضل من ذلك أن يوضح هذا الإجراء بموجب عدة مواد يحل بها مجمل النقاط ويفض مجمل الإشكالات، ويحذو حذو المشرع التونسي الذي خصص لهذا الإجراء بابا كاملا يحوي سبعة مواد تحت عنوان المواد المستوردة ذات الأثمان المتغيرة.

حيث ان المشرع التونسي وزيادة على ما ذهب إليه المشرع الجزائري من تبيان المقصود من هذه المواد، وصدور قائمة بخصوصها عن طريق قرار وزاري مشترك وتشكيل لجنة مشتركة ...الخ، بين كيفية تداول اللجنة وذلك في الفصل 131، وكيفية إصدار قراراتها، أي عن طريق إجماع أعضائها الحاضرين، وما يجب أن يدون في محاضرها ... الخ، حتى انه لم يتوقف هنا بل أضاف الأحكام المتعلقة بدفاتر الشروط وما يجب أن يتضمن هذا الأخير وذلك بموجب الفصل 134 [22].

وما يمكن الخروج به هنا انه إذا أمكن للمشرع التونسي أن ينص على مختلف الأحكام الخاصة بهذا الإجراء، فان المشرع الجزائري لا يصعب عليه ذلك.

2.2.3 انعدام المنافسة:

ما يمكن تسجيله علي المنافسة بالنسبة لإجراء الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار من خلال استقراء نص المادة 23، أن المشرع وباعتبار انه لم ينص علي ضرورة احترام المبادئ المذكورة في المادة 5 وبمقابل إعفاءه من أحكام الباب الأول خاصة ما تعلق بالإجراءات الإبرام والتي من بينها الإشهار بكل أنواعه، والذي يعد من بين أهم السبل لتكريس مبدأ المنافسة، وبالموازاة إعطائه الحرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد مباشرة دون الدعوة للمنافسة، فان هذه الأخيرة وبناء على الاعتبارات السابق ذكرها منعدمة، ولا يمكن البتة القول ان تكليف لجنة وزارية بعملية اختيار المتعامل الاقتصادي قد يضمن تطبيق المنافسة، وخاصة في ظل غياب محددات وضوابط لعملها[23].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع ألزم المصالح المتعاقدة ان تحدد قائمة الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار بموجب قرار وزاري مشترك، لكن هذا الأمر لا تلتزم به مختلف المصالح المعنية، وإذا فعلت فإنها لا تعمد إلي نشره بالكيفيات التي ينص عليها القانون، بدليل أن قطاع الاتصال فقط من أصدر قائمة بهذه الخدمات من 2010 إلى يومنا هذا على حد علمنا[24].

4. خاتمة:

من خلال ما تقدم دراسته يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري بموجب بعض الظروف والحالات قد سمح للمصالح المتعاقدة بإتباع إجراءات استثنائية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر غير الإجراءات الشكلية للإبرام، وذلك بموجب المادة 12 التي نصت على حالة الاستعجال الملح، وكذلك المادة 23 من تنظيم الصفقات العمومية والمتعلقة بالصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، والتي خرجنا عبر دراستها بالنتائج التالية:

_ تمكين المشرع الجزائري المصالح المتعاقدة من اصدار مقرر بدء تنفيذ الاشغال قبل ابرام الصفقة العمومية وذلك عند توفر عنصر الاستعجال المنصوص عليه في المادة 12 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

_ حصر المشرع صلاحية اصدار مقرر الشروع في بداية تنفيذ الخدمات، بيد كل من مسؤول الهيئة العمومية والوزير، والوالي، ورئيس المجلس الشعبي البلدي.

_ انعدام المنافسة في الصفقات المبرمة عن طريق اجراء الاستعجال الملح.

_ غموض طريقة عمل اللجنة الوزارية المشتركة، خاصة في عدم تحديد طريقة عملها في المادة 23 من تنظيم الصفقات العمومية.

ورغم أهمية الإجراءات الخاصة ذات النمط المستعجل والسريع في مجال الصفقات العمومية والنصوص المتعلقة بها، الا ان ذلك لا يمنع من تقديم بعض الاقتراحات يمكن اجمالها فيما يلي:

_ضرورة الفصل صراحة في كيفية اختيار المتعامل المتعاقد في الاجراء الوارد بالمادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

_ وجوب تنظيم المشرع لإجراء الاستعجال الملح والسرعة في اتخاذ القرار في أكثر من مادة، او النص على توضيحهما عن طريق التنظيم لتوضيحهما أكثر مما يسهم في تسهيل عملية تطبيق الإجراءين.

5. الهوامش:

[1] المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[2] CATHERINE PREBSSY-SHNALL, la pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ paris-France édition, 2003, p.111.

[3] خرشي النوي، الصفقات العمومية " دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 49.

[4] بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الاول، ط 5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2017، ص 225.

[5] خرشي النوي، المرجع السابق، ص 51-52.

[6] زروقي مريم، حالات الاستعجال الواردة في المادة 12 والمادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/06/16 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ص1، على الرابط التالي: http://www.mouwazaf-dz.com، اطلع عليه يوم 15 أفريل سنة 2018 على الساعة 10:00.

[7] المرجع نفسه، ص 2.

[8] المرجع نفسه، ص 2.

[9] المرجع نفسه، ص 2.

[10] المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

[11] زروقي مريم، المرجع السابق، ص3.

[12] خرشي النوي، المرجع السابق، ص 52.

[13] مراسلة رقم 36 الصادرة عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، بتاريخ 13 جانفي 2016.

[14] حضري حمزة، ضياف ياسمينة، محدودية المنافسة في مرحلة ابرام الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 5، العدد 1، 2020. ص 109.

[15] المادة 49، من المرسوم الرئاسي 15-247، السابق الذكر.

[16] حضري حمزة ، ضياف ياسمينة ، المرجع السابق، ص 109.

[17] المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر.

[18] قرار وزاري مشترك مؤرخ في 13 أكتوبر 2016 يحدد قائمة المنتجات والخدمات التي يتطلب استيرادها السرعة في اتخاذ القرار، الجريدة الرسمية العدد 61 بتاريخ 19 أكتوبر 2016.

[19] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، دار جسور لنشر والتوزيع، الجزائر،2017، ص81.

[20] المرجع نفسه، ص 82.

[21] خرشي النوي، المرجع السابق، ص74.

[22] امر عدد 1039 لسنة 2014، المؤرخ في 13 مارس 2014، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 22، الصادر بتاريخ 18 مارس 2014.

[23] خضري حمزة، ضياف ياسمينة، المرجع السابق، ص 112.

[24] المرجع نفسه، ص112.