

أولاً: معنى منازعات الصفقات العمومية:

بالعودة إلى الفقه الإداري الجزائري نلاحظ أنه ليس هناك تعريف لمنازعات الصفقات العمومية، في حين نجد أن الفقه الفرنسي قد عرفها وفي هذا الإطار عرفها أحد الفقهاء الفرنسيين بأنها المنازعات المتعلقة بالمساس بالمبادئ التي تحكم إبرام الصفقة العمومية، وهي مبدأ مساواة المرشحين ومبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، ومبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

ويدخل في إطار منازعات الصفقات العمومية المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تؤدي إلى إبرام الصفقات العمومية والمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية¹

وحسب فقيه آخر، فإن منازعات الصفقات العمومية هي المنازعات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عندما تحيد عن التزاماتها عن طريق

القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى تنفيذ الصفقات العمومية يؤدي إلى ظهور منازعات تخصها²

وعليه يمكننا أن نقول أن منازعات الصفقات العمومية هي كل منازعة تنشأ بسبب صفقة عمومية خلال أي مرحلة من مراحلها.

¹ - Braconnier (s) droit des marchés publics, imprimerie nationale " édition techniques " , paris 2002 p 151 ,p 273, p 393

² - Voir lajoys (c) droit des marchés publics, Galiano éditeur, Eja paris 2005 p 146, p 159

ثانياً: تميز منازعات الصفقات العمومية عما يشابهها من مصطلحات:

سنقوم بتمييز الصفقات العمومية عما يلي:

1- تمييز الصفقات العمومية عن المنازعات الإدارية:

عرف الأستاذ رشيد خلوفي المنازعة الإدارية على الشكل التالي: " المنازعات الإدارية، هي كل القضايا الإدارية التي يعود النظر فيها للقاضي الإداري الذي يطبق قواعد القانون الإداري"¹.

أما الأستاذ عمار عوايدي فعرفها: " اصطلاح المنازعات الإدارية في معناه الواسع، يعني مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بعملية حل المنازعات وتنظيم وتطبيق عملية التقاضي في الخصومات القضائية الإدارية " ²

نلاحظ أن هناك تشابه كبير بين المنازعات الإدارية ومنازعات الصفقات العمومية، في أن كلاهما يشكلان نوع من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، غير أنهما يختلفان حيث ليست كل منازعات الصفقات العمومية هي منازعات إدارية حيث يمكن لبعض منازعاتها أن تخضع للقانون العادي، هذا لأن نطاق المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 ³

أشمل من المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ - انظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري الجزء الأول المرجع السابق ص 4
² - انظر عمار عوايدي، النظرية العامة في المنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية العاصمة 2005 ص 4
³ - انظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المرجع السابق

2 - تمييز منازعات الصفقات العمومية عن منازعات العقود الإدارية:

منازعة العقود الإدارية هي كل منازعة تنشأ عن العقود الإدارية سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ والتي تخضع للقضاء الإداري وبالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية فهناك من يرى أنها هي نفسها منازعات العقود الإدارية، أو هي جزء منها في حين هناك أرى آخر يرى بأن منازعات الصفقات العمومية تختلف عن منازعات العقود الإدارية، حيث أن منازعات العقود الإدارية تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري في حين أن منازعات الصفقات العمومية يمكن أن تكيف بعض منازعاتها على أنها منازعة عادية وتخضع للقاضي العادي ويمكن أن تكيف بعض منازعاتها على أنها منازعة إدارية وتخضع للقاضي الإداري.

المطلب الثاني: أنواع المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية

عقود الصفقات العمومية كباقي العقود الأخرى لا تخلو من الوقوع في النزاع، وفي هذا الإطار يتوجب علينا تبيان أنواع هاته المنازعات وذلك من أجل تحديد طبيعة الوسائل القانونية التي يستعملها الطرف المتضرر في هذه النزاعات التي تنشأ عن الصفقات العمومية من أجل حماية حقوقه أمام الجهات المختصة، فقد تكون هاته المنازعات في مرحلة الإبرام وقد تكون في مرحلة التنفيذ، وهو ما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه النزاعات.

الفرع الأول: المنازعات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية

تختلف الأحكام التي تحكم المنازعات الناشئة عند إبرام العقود في قانون الخاص عن تلك التي تنشأ عند إبرام العقود في قانون العام ونخص بالذكر الصفقات العمومية وقد حدد المرسوم الرئاسي 15 - 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

كيفية إبرام الصفقات العمومية، وقد جاء القانون الجديد بمجموعة من الأهداف من بينها التخفيف من الإجراءات البيروقراطية التي كانت تعرفها عملية إبرام الصفقة العمومية¹.

والملاحظ أن القانون الجديد أعاد النظر في أساليب اختيار المتعامل المتعاقد حيث تخطى النظام المناقصة نهائيا واستبدله بنظام طلب العروض حسب المادة 39 التي تنص " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق اجراء التقاضي " كماحدد القانون الجديد المبادئ التي تحكم الصفقة العمومية و كذا الإجراءات و الشروط التي تتبع من أجل اختيار المتعاقد و إبرام الصفقة و بالتالي في حال نشوب أي نزاع أثر مخالفة هاته الإجراءات و الشروط فإنها تمنح المتضرر من استعمال الوسائل القانونية المتاحة للمطالبة بحقوقه .

فعملية إبرام الصفقات العمومية كما ذكرنا تحكمها مبادئ وهي مبدأ العلنية (الإشهار) هو عبارة عن إعلان تلتزم الإدارة بنشره في الجرائد اليومية وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 61² من المرسوم الرئاسي 15 - 247 التي تنص: " يكون اللجوء الى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية: طلب العروض المفتوح - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا - طلب العروض المحدود - المسابقة - التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء " .

¹ - الأستاذ فاضلي سيد علي - شوية منازعات الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد - كلمة ألقاها في يوم دراسي حول: التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتوضيحات المرفق العام يوم 23 فيفري 2016 جامعة مسيلة
² - قد تخط الإدارة شروط الإعلان في مرحلة الإعلان عن الصفقة وفقا لما نصت عليه المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المرجع السابق

ومبدأ العلنية يشمل جميع مراحل إبرام الصفقة وكل مخالفة لهذا تتيح للمتضرر المطالبة بحقوقه باستعمال الوسائل القانونية.

كما التزم القانون الجديد 15 - 247 على أن يحتوي الإعلان على مجموعة من البيانات الإلزامية، وبالتالي فإن الاختلال بأي بيان من هاته البيانات يعتبر اختلال بمبدأ العلنية وينشأ بذلك اختلال يوجب للمتضرر منه المطالبة بحقوقه

بالإضافة لمبدأ العلنية هناك مبدأ آخر هام وهو مبدأ المنافسة العامة والذي يشكل احدى الركائز الأساسية لكل صفقة، ذلك لما تثير، من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات مما يسمح للإدارات العمومية باستخدام مواردها استخداما عقلانيا ويضفى على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة.

ولقد اهتم المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث نص على مبدأ المنافسة من خلال المادة 40 التي تنص "طلب العروض هو اجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين...."¹

كما تنص المادة 78 كذلك على مبدأ المنافسة²

وبالتالي فإن أي اختلال بهذا المبدأ يتيح للمتضرر ممارسة الوسائل القانونية لحماية حقوقه أمام الجهات المختصة.

¹- انظر المادة 40 من القانون 15 - 247

²- المادة 78 من القانون 15-247

رد على ذلك هناك مبدأ ثالث هام وجب احترامه في إبرام الصفقات العمومية حيث جاء في نص المادة 9 " لا تخضع المؤسسات العمومية والاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب، ومع ذلك يتعين عليها اعداد اجراءات ابرام الصفقات حسب خصوصياتها على اساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين والشفافية الاجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية"¹ وعليه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تراعي الالتزام بهذا المبدأ في كل مراحل إبرام الصفقات العمومية بدا من إعداد دفتر الشروط والتعامل مع المرشحين الى الامتناع عن افشاء المعلومات التي تحتوي عليها العروض.²

كذلك قد تنشأ منازعات ناتجة عن مخالفة اجراءات وشروط ابرام الصفقة العمومية في اي مرحلة من مراحلها حيث قد تكون المخالفة في كيفية البرام كأن يختار طريقة " التراضي" على حسب "طلب العروض" أو قد تكون المخالفة في قواعد الاشهار المنصوص عليها في المادتين 61 و62 من المرسوم الرئاسي 15-247 وكذا المادة 65 المتعلقة باللغة.

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها، مما يترتب آثار قانونية بالنسبة للإدارة المتعاقدة وكذا المتعامل الحائز على الصفقة. بحيث تولد آثار تتمثل في حقوق والتزامات بين الأطراف.

¹ - من قانون 15-247 المادة 9

² - انظر خويضر الطاهر - المبادئ الأساسية المعتمدة في إبرام الصفقات العمومية في الجزائر في ظل القانون الجديد - مجلة الفكر البرلماني العدد 27، الجزائر 2011 ص 89

إن دراسة العقود الإدارية بصفة عامة تظهر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، ويتجلى هذا بوضوح في عملية تنفيذ الصفقات العمومية، أين تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات و امتيازات تجعل مركزها غير متساوي مع المتعاقد معها ، و ذلك لمقتضيات المصلحة العامة، غير أن هذا لا يمنع من حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة حيث يتمتع هذا الأخير بحقوق لا مثيل لها في العقود الخاصة.

وتتجلى هاته السلطات والامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة أكثر بعد إبرام العقد أي في مرحلة التنفيذ ،ولكن في بعض الأحيان قد يتعثر هذا التنفيذ فتنشأ نزاعات بين الطرفين الصفة سواء قبل البدء في التنفيذ أو أثناء التنفيذ أو عند التسليم النهائي للصفة. نتيجة اخلال أحد طرفي الصفة العمومية بالتزاماتها، أو قد يكون بسبب خارج عن إرادة الطرفين.

الحالة الأولى: المنازعات الناشئة نتيجة اخلال المتعاقد بالتزاماته:

قد يخل المتعاقد مع الادارة بالتزاماته سواء بالامتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه، أو القيام به بصورة غير لائقة، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة إما اللجوء الى القاضي للحصول على ادانة المقاول أو المورد ليدفع للإدارة تعويضات، أو أن يعلن فسخ العقد على حساب الطرف العاجز.¹

كما يمكن للإدارة أن تقوم بإرادتها المنفردة بتوقيع جزاءات على المتعاقد معها، و هذا بحكم السلطات التي تتمتع بها، وهدف الإدارة من توقيعها الجزاء، ليس إعادة التوازن بين

¹ - ناصر لباد الوجيز في القانون الإداري -المرجع السابق ص 295

الإلتزامات المتبادلة التي ينشئها العقد فقط، إنما تنفيذ الإلتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الخلال الذي لحقه¹، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

أما عن الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد معها فتتقسم الى جزاءات مالية المادة 147² يشمل: غرامات التأخير في حالة التنفيذ الغير المطابق، فهي بمثابة تعويضات جزافية أو مصادرة مبلغ الضمان تأميناً للإدارة وضماناً ضرورياً يشرع لمصلحتها و قد تنوعت بين: كفالة (ضمان) التعهد، كفالة حسن التنفيذ، كفالة رد التسبيقات و ضمان الكفالة وكلها ضمانات لازمة تضمن أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، و هاته الجزاءات تعرف أنها جزاءات اتفاقية لا يمكن للإدارة أن توقعها الا اذا كان العقد ينص عليها، و هي تحدث دون إثبات وقوع ضرر، بالإضافة أن توقيعها يكون دون حاجة لإعذار المتعاقد معها.

وهناك نوع ثاني من الجزاءات فهي غير مالية وتتنوع بين الجزاءات الضاغطة وتتمثل في: وضع المقاومة تحت الإدارة المالية - الشراء على حساب المورد، وضع المرفق تحت الحراسة، وما يميز هذه الإجراءات أنها توقع حتى في حالة سكون العقد على النص عليها، لكنها توقع بتوافر شروط محددة قبل تنفيذه وهي:

ارتكاب خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد ووجوب إعذاره ومنحه مهلة³.

بالإضافة الى كل هذا هناك جزاء تم النص عليه في المادة 75 من المرسوم 15-247⁴

¹- انظر بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية دار الهدى عين مهلة - 2010 ص 111

²- انظر المادة 147 من المرسوم 15-247، المرجع السابق

³- أنظر ديش صورية العقوبات الإدارية على المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية والعون الاقتصادي في قانون المنافسة- دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة الماجستير - كلية الحقوق جامعة بلعباس 2014

⁴- انظر المادة 75 من المرسوم 15 - 247

و المتمثل في الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وهذا الإقصاء قد يكون مؤقت أو بصفة دائمة. وهناك الجزاء الأكثر تشدداً والمتمثل في الفسخ، بحيث في حالة إذا لم ينفذ المتعاقد مع الإدارة التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بها في الأجيال المحددة وإذا لم يتدارك المتعاقد تأخيرته، تقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفق من جانب واحد¹ بالإضافة الى هذا قد يقوم المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته بطريقة غير مباشرة عن طريق المناولة²، حيث يعهد جزء من الصفقة الى الغير للقيام محلة ببعض الالتزامات وفقا لما جاء في المواد 140 - 141 - 142 - 143 - 144³ والمناولة هي عقد فرعي بين المتعاقد الرئيسي والمناول حيث يقوم محله بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية بشرط أن لا تتجاوز 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

واللجوء الى المناولة يكون بشروط:

- أن يتم النص على المناولة في عقد الصفقة أو في دفتر الشروط
 - أن يخص اختيار المناولة بموافقة المصلحة المتعاقدة
 - تسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة
 - أن يتم تحديد مبلغ الحصة القابلة للتحويل في عرض المتعهد
- بالإضافة الى هاته الشروط هناك شرط أساسي بتمثيل في ان لا تتجاوز حصة المناولة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية، فلا يعقل أن تنصب المناولة على كل الصفقة العمومية

¹ - أنظر المادة 149 من المرسوم 15-247 المرجع السابق .

² - في السابق الملغي رقم 10-236 كانت تعرف بالتعامل الثانوي و أصبحت مناولة

³ - أنظر المواد من 140 - 144 من المرسوم 15 - 247

وفي هذا الصدد قد تنشأ نزاعات خلال تنفيذ الصفقة العمومية تكون إما بين المتعامل المتعاقد والمناول في حال عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته.

كما قد تنشأ بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة في إطار تنفيذ المناولة حيث يبقى المتعامل المتعاقد هو المسؤول عن عمل المناول اتجاه المصلحة المتعاقدة¹

والفرق بين النزاعين أن النزاع الأول يكون في مجال تنفيذ بنود عقد المناولة بين المتعامل المتعاقد والمناول، في حين النوع الثاني من النزاع يكون في إطار تنفيذ الصفقة العمومية.

الحالة الثانية: المنازعات الناشئة نتيجة اخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماته:

خلال مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية قد تقوم المصلحة المتعاقدة بالإخلال بالتزاماتها، وهذا يربط نزاعات بين طرفي الصفقة.

وهاته النزاعات قد تكون إما بسبب اخلال الإدارة بالتزاماتها اتجاه المتعاقد معها، كما قد تكون نزاعات ناشئة بفعل ممارسة الإدارة للسلطات الممنوحة لها.

ففي حال قيام نزاع بسبب اخلال الإدارة بالتزاماتها اتجاه المتعاقد نميز بين شكلين من النزاعات وهما:

الشكل الأول: النزاعات التي تتعلق بإخلال الإدارة بالتزاماتها المالية تجاه المتعاقد معها، حيث يعتبر المقابل المالي أهم التزامات الإدارة وهو هدف المتعاقد معها، وهو يتخذ عدة صور قد

¹- أنظر عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية - جسور للنشر و التوزيع - الجزائر العاصمة 2011 ص236

يكون ثمن السلع والبضائع في عقود التوريد وقد يكون ثمن العمل المقدم في عقود الأشغال العمومية¹

وقد يحدث أن تخل الإدارة بالتزامها المالي بعدم تسديد المقابل المالي المتفق عليه أو التأخير في تسديده وفق الآجال المتفق عليها، مما يسبب أضرار للمتعاقد معها، فينشأ نزاع بينهما، كما قد تنشأ نزاعات بسبب رفض الإدارة لمراجعة الأسعار أثناء التنفيذ أو بسبب حجز مبلغ الضمان يعد التسليم.

كما قد تنشأ نزاعات بين المصلحة المتعاقدة و المناول في عقد المناولة حسب المادة 143 / ف 2 من المرسوم 15 / 247²، وفي هذه الحالة يمكن للمناول أن يطالب بحقوقه.

الشكل الثاني: النزاعات التي تتعلق بإخلال الإدارة بالتزاماتها غير المالية ويكون الإخلال هنا بالالتزامات العقدية غير المالية كعدم تقديم المواد الضرورية لتنفيذ الصفقة.

- أما الحالة الثانية وهي في حال قيام نزاعات بسبب ممارسة الإدارة للسلطات الممنوحة لها: حيث يمكن للإدارة أن تستعمل سلطاتها على نحو غير مشروع مما يسبب أضرار للمتعاقد معها، كما قد تستعمل سلطاتها بصفة مشروعة ومع ذلك تسبب ضرر للمتعاقد معها، وفي كلا الحالتين توجب حق التعويض للمتعاقد معها

الحالة الثالثة: المنازعات الناشئة بسبب خارج عن إرادة طرفي الصفقة: قد تنشأ نزاعات حول تنفيذ الصفقة مردها أسباب خارجة عن إرادة الطرفين تنتج عن وقائع وأحداث غير متوقعة

¹ - ناصر لباد الوجيز في قانون الإدارة، مرجع سابق، ص 296
² - انظر المادة 143 من المرسوم 15 - 247 المرجع السابق

تؤدي الى استحالة التنفيذ وبذلك ترتب على المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتة.

وهاته النزاعات قد تكون بعدة أشكال وهي:

- إما نزاعات بسبب صعوبات مادية غير متوقعة: كأن تكون أرضية التنفيذ ذات طبيعة استثنائية غير متوقعة فتزيد من الأعباء المالية على المتعاقد مما يؤدي الى تعويض المتعاقد المرهق¹.

- كما قد تكون نزاعات بسبب حدوث قوة قاهرة: هي عبارة عن حادث مستقل عن إدارة طرفي العقد و غير متوقع يحول بصورة مطلقة عن تنفيذ مجموع الإلتزامات العقدية أو بعضها².

- و يمكن أن تكون نزاعات بسبب حدوث ظرف طارئ : و هي ظروف غير متوقعة و لكن لا تؤدي الى استحالة التنفيذ و انما تؤدي الى وقوع المتعاقد في خسارة مع بقاءه ملزما بالمتابعة، و هنا وجب على الإدارة من تحمل جزء من هته الخسارة، و مثال ذلك رفع أسعار المواد أو ندرة المواد الضرورية للصفقة³

و يترتب على نظرية الظروف الطارئة حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض جزئي من الإدارة تحت رقابة القضاء⁴.

¹- أنظر ما جد راغب لحلو - المرجع السابق ص 176 و 179
أنظر كذلك نواف كنعان - القانون الإداري - الكتاب الثاني - دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2007 ص 375
²- أنظر محمود عبد المجيد المغربي المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية واثارها القانونية المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس 1998 ص 126
³- أنظر محمد عبد المجيد المغربي المرجع السابق ص 126
⁴- أنظر بوعمران عادل - المرجع السابق ص 122 - 123

وكمثال عن هته الحالة، ما حدث في الجزائر نتيجة انخفاض سعر الدينار ابتداء من 1991، وكان لهذا الوضع اثارا على تنفيذ العقود التي أبرمت من قبل بسبب إرتفاع الأسعار، مما أدى بالمتعاقدين بالمطالبة بإعادة النظر في الوضعية المالية للعقد.¹

¹- انظر طاهري حسين القانون الإداري و المؤسسات الإدارية الطبعة الأولى - دار الخلدونية للنشر والتوزيع - الجزائر العاصمة 2007 ص127