المحور الثاني: إشكالات تنفيذ الصفقات العمومية.

الطرق المستحدثةللتسوية غير القضائية لمنازعات الصفقات العمومية

جفالي أسامة

طالب دكتوراه علومعن جامعة البليدة2

عضو مقرر في لجنة الصفقات العمومية لولاية تبسة.

ملخص المداخلة:

بالنّظر إلى المساوئ الكثيرةالتي تكتنف الطّريق القضائي لفضّمنازعات الصّفقات العمومية، ككثرة الإجراءات وتعقّدها وارتفاع التّكاليف وطول أمد الخصومة، فقد اتّجه المشرّع الجزائري إلى تبنّي سيّاسة جديدة لفضّ تلك النّزاعات،حيث قام باستحداث هيئات بديلة عن القضاء الإداري في سبيل ذلك؛ وهذه الهيئات منها ذات الطابع الإداري التي يكون تدخّلها في هذه النزاعات وجوبيّا قبل عرضها على القضاء، وتتمثّل في لجان التّسوية الودّية للنّزاعات -وهي لجان مركزيّة ومحليّة-تختص بالفصل في النّزاعات النّاجمة عن تنفيذ الصّفقات مع المتعاملين الجزائريين، إلى جانب الهيئة الوطنيّة لتسويّة النّزاعاتالمتفرّعة عن سلطة ضبط الصفقات العمومية، التي أسند إليها أمر الفصل في النّزاعات التي يكون المتعاملين الأجانب طرفا فيها، وإلى جانب هاته الهيئات،نجد هيئات شبه قضائية تسلب الاختصاص كليا من القضاءالإداري،وتتمثّل في كلّ من مجلس المنافسة،حيثأجاز المشرّع للمتعاملين الإقتصاديينااللجوء إليه في منازعات إبرام الصفقات خصوصا عند الإخلال بقواعد المنافسة، إلى جانبالتّحكيم، الذي يبرز دوره أكثر في منازعات الصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب.

الكلمات المفتاحيّة: الصفقات العمومية، تسوية المنازعات، الهيئات البديلة.

Abstract:

In view of the manydisadvantages of the judicialprocess of resolving public transactions disputes, such as the complexity and complexity of procedures, the high cost and the long duration of the dispute, the Algerian legislator has adopted a new policy to resolvethese disputes by creating alternative bodies for administrative justice. The administrative nature of the intervention in these disputes isobligatorybeforesubmittingthem to the judiciary. These are the committees for amicablesettlement of disputes - central and local committees - which are competent to adjudicate disputes arisingfrom the execution of transactions with Algerian dealers, The National Dispute SettlementAuthority, whichisresponsible for the regulation of disputes involvingforeign dealers, For economic traders to resort to in the disputes of the conclusion of transactions, especially in violation of the rules of competition, in addition to arbitration, whichhighlightsitsrole more in disputes transactions withforeign dealers.

Keywords: public transactions, dispute settlement, alternative bodies.

مقدمة:

إذا كان من بينمهام القضاء الإداري فض النزعات المتعلّقةبالصفقات العمومية، فإن فشله في تلك المهمّة أو أدائها بالوجه غير الملائم من شأنه أن يسوّغ إقصائه منها وإحلال محلّه هيئات بديلة عنه، تكون كفيلة بتليين العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها،وبالطريقة الملائمة وقتا وجهدا ومالا، خاصة أن مسألة فض هذا النوع منالنّزاعات تحظى بأهمية متزايدة نظرا للبعد الاقتصادي والتنموي وحتى السياسي للصفقات العمومية،إلى جانب الميزات الكثيرة التي تميّز الطرق غير القضائيةلتسوية تلك النزاعات، كسرعة الفصل فيها وبساطة الإجراءات المتبعة في ذلك وانخفاض التكاليف وغيرها من الميزات التي يفتقرها القضاء الإداري، وعليهفإن التساؤل يثور حولجهود المشرّع الجزائري فيمسألة فض النّزاعات المترتّبة عن تنفيذ الصّفقات العمومية عبر الطريق غير القضائي في قانون الصفقات العمومية والقوانين ذات الصلة.

يبدو أن المشرّع الجزائري قد استوعب أهمية التسوية السريعة والبسيطة للنّزاعات المتعلّقةبالصّفقات العمومية؛ وذلك عندما اتّجه إلى استحداث هيئات بديلة عن القضاء الإداري، وهي هيئات إدارية وشبه قضائية تختص بتسوية منازعات الصفقات العمومية –بالرغم من أن القرارات المنبثقة عن بعض هذه الهيئات تقبل في ذاتها الطعن القضائي(محور ثان)، وهذا التّوجّه من قبل المشرّع كان ناتجا عن أسباب وخلفيات عديدة، الأمر الذي يستوجبأولا الإحاطة بالجانب النظري المؤطّر لتلك الهيئات (محور أول).

المحور الأول- التّأصيل النظري لفكرة التسوية غير القضائية لمنازعات الصفقات العمومية:

حاول المشرّع تعزيز وزن الهيئات البديلة في فض النزاعات عموما، وتقديمها كبديل حقيقي عن القضاء وحتى ندا له، فأضفى على بعض المحاضر الصادرة عنها القوة التنفيذية كمحضر الصلح ، بالإضافة إلى جعلها أحيانا طريقا يحجب الطريق القضائي -كما هو الحال بالنسبة للتحكيم الدولي-، كما أنه جعل اللجوء إلى بعضها وجوبيا قبل اللجوء إلى القضاء في حالات معيّنة، وغيرها من المظاهر التي تؤكّد توجّه المشرّع الجزائري الإعتماد على الهيئات البديلة وبالمقابل إدارة ظهره للقضاء التقليدي، وبالنتيجة تقزيم دوره في فض النزاعات التي يفترض أن يكون هو صاحب الاختصاص الحصري فيها.

بغرض استساغة هذا الوضع الجديد على صعيد المنازعات الإدارية وما ينجر عنه من تراجع لدور القضاء الإداري في فض النزاعات ذات الصبغة الإدارية، وطبعا قبل ذلك فض هذه النزاعات بطرق أقل جهدا ووقتا ومالا، ينبغي أولا الإحاطة بالجوانب المفاهيميةللهيئات البديلة عن القضاء ومعرفةملابسات ظهورها(فرع أول)، ثم تقييم دور هذه الهيئات في فض المنازعات، من خلال استعراض مزاياها وعيوبها (فرع ثان).

الفرع الأول- الإطار المفاهيمي للهيئات البديلة:

يعتبر مصطلح الهيئات البديلة عن القضاء من المصطلحات المستحدثة في مجال المنازعات الإدارية، لكون القضاء هو الطريق المألوف لفض تلك المنازعات، غير أن ظهورها كواقع مقنن

خصوصا في منازعات الصفقات العمومية يوجب التّطرّق إلى مفهومها (فقرة أولى) ثم استعراض أسباب ظهورها (فقرة ثانية).

فقرة أولى- مفهوم الهيئات البديلة:

تعرف الهيئات البديلة لحل النزاعات عموما، على أنها تلك الوسائل والآليات التي يلجأ لها الأطراف عوضاً عن القضاء عند نشوء خلاف بينهم، بغية التوصل لحل لذلك الخلاف[1]، فالهيئات البديلة عبارة عن هياكل غير قضائية تناط بمهمة الفصل في قضايا هي أصلا تدخل في اختصاص الجهات القضائية المختلفة، وتصدرا قرارات مستقلة ومنفصلة تماما عن القضاء غير أنه يمكن الطعن فيها أمامه.

في الحقيقة، تعتبر الهيئات البديلة فكرة مستحدثة لتسوية النزاعات المختلفة سواء في القضاء العادي أو القضاء الإداري، فالقضاء طالما كان هو الجهة الخولة بتلك المهمة، إلا أن تطورات المجتمعات سواء الإقتصادية أو الثقافية أو حتى الإقتصادية أدّت إلى تراجع القضاء كصاحب الإختصاص الجامع المانع بنظر المنازعات المختلفة وحلول محلّه هيئات بديلة عنه تناط بما كان موكل له.

فقرة ثانية- أسباب ظهور الطرق والهيئات البديلة:

يكفل اللجوء إلى القضاء ولو بصفة نسبية تحقيق المحاكمة العادلة نظرا للضمانات المحيطة بالدعوى من علنية الجلسات، ومبدأ المواجهة، وإستقلالية القضاء، والمكرسة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك يعتبر الوسيلة الأساسية لحل النزاعات[2]إلا أن بطئ إجراءات التقاضي وتعقيدها خصوصا في مجال المنازعات الإدارية[3]،من شأنه أن يمس بحق التقاضي وبالمحاكمة العادلة، فكثيرا ما تتردد عبارات بطئ الإجراءات و ازدحام جداول المحاكم و المصاريف المرتفعة و تشعب القضايا وعوائق التنفيذ و إشكالاته، حتى أصبحت مرادفات مألوفة لدى المتقاضين[4].

إن كثرة وتعقد الإجراءات القضائية الإداريةخاصة بعض المنازعات الخاصة كالمنازعات الجبائية الذي يتميّز بطول الإجراءات ومنازعات نزع الملكية،وطول أمد المنازعة الإداريةإلى جانب التكاليف المالية الباهضة للتقاضي،المنجرة أساس عن توكيل المحامي وإجراء الخبرة ومصاريف التبليغ وإثبات الحالات والتنفيذ ناهيك عن تعدد درجات التقاضي وغيرها، بالإضافة إلى رفض الدعوى شكلا في كثير من الحالات حتى عند إغفال لإجراء بسيط، كلّها عوامل تعاب على الطريق القضائي لتسوية المنازعات الإدارية، وبالمقابل فإن الطرق غير القضائية لا تهتم بالجانب الإجرائي بقدر الإهتمام بموضوع المنازعة وكيفية تسويتها، وكل هذه المعطيات في ظل البعد الإقتصاديوالإجتماعي للصفقات العمومية الذي يرتكز على عاملي الزمن والمنفعة العامة[5].

كل هذه السلبياتجعلت أولا الدول الأنجلوسكسونية تهتدي مبكرا إلى اعتماد طرق بديلة عن الطريق القضائي لفض النزاعات، أقل مساوئ من القضاء وأكثر مزايا، بل قامت بإدماجها في نظامها القضائي أين أصبحت جزا منها، وهذا الوضع أغرى الكثير من الدول اللاتينية التي حذت حذوها في هذا المجال[6]، والأمر ذاته بالنسبة للجزائر، التي تبنت الصلح والتحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، ثم الوساطة في القانون الإجرائي الجديد، كما استحدث هيئات إدارية في قانون الصفقات العمومية الجديد تناط بتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، إلى جانب إقحام مجلس المنافسة في تسوية منازعات الإبرام، بمقتضى قانون المنافسة وذلك عند المساس بمبدئي المنافسة والشفافية اللذان يرتكز عليهما قانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني- مزايا وعيوب الطرق والهيئات البديلة:

من دون شك لكل هيئة أو تنظيم مزايا (فقرة أولى) وعيوب (فقرة ثانية) ينبغي التطرق إليهما للحكم عن فعالية أو نجاحه في القيام بالمهام المنوطة به

الفقرة الأولى- مزايا الطرق والهيئات البديلة:

لاقت فكرة الطرق البديلة عن القضاء عموما تقبّلا تشريعيا وفقهيا كبير، بل أن هذا التّقبّل إمتدّ ليصل حتى المتقاضين أنفسهم، إذ يلاحظ أن هناك إقبالا من طرفهم على اللجوء إلى هذه الطرق لفض نزاعاتهم بالنظر إلى معطيات عدّة[7]، فالطرق البديلة تتمتع بالسرعة في فض النزاعات، كما تهدف إلى الفتح باب الحوار،فقيم وأخلاق وتراث المجتمع الجزائري تجعل المواطن يجنح إلى الصلح الذي هو سلوك متجذر في المجتمع الجزائري ، محبب للنفس البشرية التي ترفض الإملاء و أساليب القوة من السلطة العامة بما فيها القضاء، وكذا قبول المحكّم أو الهيئة غير القضائية التي يرى فيها المتقاضي السرية والحياد لتقريب وجهات النظر بين الفرقاء من الخصوم والوصول إلى حل ينال رضائهم التام،مما يبرر سعي كل منهما إلى تنفيذ الحكم الذي ساهما هما معا في إعدادهعوضا من وضعه السلبي أمام القضاء[8].

من جانب آخر تهدف الطرق البديلة لحل النزاع عن طريق الحوار والتفاوض الهادف والبناء، وهذا يدل على سلوك حضاري لأفراد المجتمع، كما تسعى هذه الطرق لتلافي نشوب الأحقاد والعداوات بين الأطراف المُتنازعة قدر المُستطاع فهي غالبا ما تحقق العدل بدون نشوب أحقاد بين الأطراف المُتنازعة على عكس القضاء الذي يُحقق العدل لكنه غالبا ما يُخلف الحقد والكراهية بين الأطراف المُتنازعة، وهذا مرده إلى أنّ الطرق البديلة تبنى على الإتفاق والتراضي وتستمد سُلطتها في حل النزاع من اتفاق الطرفين[9].

إن التنصيص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على طرق بديلة كبديل لحل النزاع ينقلنا إلى عدالة مرنة و أكثر ليونة إلى جانب أن أسلوب العمل القضائي التقليدي لا يتيح في الكثير من الأحيان الاستجابة عن كثب لبعض القضايا بالسرعة المطلوبة، في حين أن الطرق البديلة تستطيع ذلك بالتفاوض بين الخصوم حول الحلول المطروحة من طرفهم والوصول إلى الحلول على المقاس والتخفيف من العبء الذي تعاني منه الجهات القضائية، وهو ما من شأنه أن يساهم في الأمن الاجتماعي و كذا في الاستقرار في التعاملات و هو ما ينشده القاضي الإداري أيضا[10]، بينما اللجوء إلى القضاء قد يقضي على أي خط للرجعة وإرجاع العلاقة الودية بين طرفي النزاع.

ثانيا- عيوب الطرق والهيئات البديلة:

من بين أهم المآخذ التي تسجّل على الهيئات غير القضائية المختصة في فض النزاعات سواء الإدارية أو العادية هو أنها تفتقر للاستقلالية والحياد، الهيئات الإدارية المستحدثة بمقتضي قانون الصفقات الإدارية الجديد ذات طبيعة إدارة، الأمر الذي يعزز فرضية تبعيتها للإدارة المركزية ومن ثمة عد حيادها،والتجربة أثبتت أنّ أفضل وسيلة تسمح بإخضاع الكافّة للقانون حكّاما ومحكومين هي الرّقابة القضائية، فهذه الأخيرة توصف بأنّها أكثر أنواع الرقابة ضمانا لحقوق الأفراد، لما يفترض في القضاء من حيدة ونزاهة ومعرفة بالقانون[11].

كما أن وجوبية اللجوء إلى بعض الهيئات البديلة قبل اللجوء إلى القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية يساهم في إبعاد القضاء الإداري عن الفرد وإطالة عمر النّزاع، بحيث يحتمل -نتيجة ذلك- أن يترك الفرد دعواه ويتنازل عن حقوقه قبل وصول النزاع إلى القاضي الإداري، جراء كثرة

الإجراءات الوجوبية والمراحل التي تسبق رفع الدعوى القضائية أمام القاضي الإداري، وما ينجرّ عن ذلك من استهلاك للوقت والجهد والمال.

من جانب آخر وإن كان اللجوء إلى الطرق البديلة لفض النزاعات بين الأطراف مفتوح أمام كل من أشخاص القانون العام كما لأشخاص القانون الخاص على حد السواء، وإن كان الأمر لا يطرح أي إشكال بالنسبة لنزاعات الأفراد العاديين فإن الصعوبة تنشأ عندما يتعلّق النزاع بالإدارة وذلك نظرا للطابع الإستثنائي الذي يحكم كل من النظام القانوني والقضائي المنظم لنشاطها النزاعات المنجرّة عنها، فهي أنشئت خصيصا لتحقيق المصلحة العامة والإستفادة من امتيازات السلطة العامة في سبيل ذلك[12]، الأمر الذي يجعل حل منازعاتها بالطرق البديلة يبدو وكأنه يواجه عدّة عقبات لكون أن هذه الطرق في الحقيقة موجهة لتسوية منازعات أشخاص القانون الخاص، مما يصعّب إعمالها في النزاع الإداري أو على الأقل عدم إمكانية تطبيقها بنفس الطرق والأشكال التي تطبق على منازعات الأفراد العاديين، فإذا كان رفض الإدارة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدّها أمر لا جدال فيه، فمن باب أولى يتعيّن التسليم بعدم انصياعها أثناء محالة تسوية نزاعاتها بالطرق البديلة[13].

المحور الثاني- الهيئات البديلة المختصة في فض منازعات الصفقات العمومية:

تشمل الهيئات البديلة المختصة في فض منازعات الصفقات العمومية كلا من الهيئات الإدارية المتمثلة في لجنة التّسوية الودّية للنّزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية والهيئة الوطنية لتسوية النزاعات (فرع أول)، إلى جانب الهيئات شبه القضائية المتمثلة في مجلس المنافسة ومحكمة التحكيم (فرع ثان).

الفرع الأول- الهيئات الإدارية البديلة للطريق القضائي:

يتم التطرّق إلى الهيئات الإدارية البديلة للطريق القضائي المتخصصة في فض منازعات تنفيذ الصفقات العمومية من خلال التّأصيل لفكرة تبنيهاته الهيئات (فقرة أولى) ثم استعراض أنواعها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- تأصيل الهيئات الإدارية البديلة للطريق القضائي:

أحدث المرسوم الرّئاسي رقم 15-247 المتضمّن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر سنة 2015، هيئات متميّزة عن تلك المكلّفة بفض النزاعات المترتّبة عن تنفيذ الصفقات العمومية المعهودة على الصعيد الإداري أو القضائي، فحلّت بذلك محل كلا من الإدارة والقضاء الإداري في تلك المهمّة، وذلك بالرّغم من أن القرارات الصادرة عن تلك الهيئات تقبل في حد ذاتها الطعن القضائي أمام جهات القضاء الإداري.

من جانب آخر، لم يكتف المشرّع بإنشاء هيئات بديلة عن القضاء الإداري لفض النزاعات الناجمة عن إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، بل جعل اللجوء إليها إجراء وجوبيا قبل التّوجّه إلى القضاء الإداري، وهو ما يشكّل حاجزا أمام المتعهّد للّجوء إلى القضاء الإداري مباشرة عند نشوب النزاع، فالمتعامل الذي يعتقد أن القضاء هو الهيئة الكفيلة باقتضاء حقوقه، ينبغي أن لا يكون مجبرا في اختيار هيئة بديلة عنها، خصوصا إذا كانت الهيئة البديلة ذات صبغة إدارية، مما يقوي فرضية الانحياز للإدارة الخصم.

بالرجوع إلى تاريخ الهيئات الإدارية المختصة بالفصل في النزاعات المترتّبة عن إبرام الصفقات العمومية أو تنفيذها يلاحظ أنها لم تكن موجودة في ظل القوانين المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية إلى غاية ديسمبر 2015، أين صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-275 المنظّم للصفقات العمومية، حيث أحدث هذا المرسوم تغييرا نوعيا في طريقة فض النزاعات المترتّبة عن إبرام الصفقات العمومية أو إنجازها، وذلك بإنشائه لهيئتين إداريتين مختصتين في فض تلك النزاعات وهمالجنة التّسوية الودّية للنّزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية والهيئة الوطنيّة لتسويّة النّزاعات، وهي جهاز متفرّع عن سلطة ضبط الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام.

الفقرة الثانية- أنواعالهيئات الإدارية البديلة للطريق القضائي:

تشمل الهيئات الإدارية البديلة للطريق القضائي لجنة التّسوية الودّية للنّزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية(أولا) والهيئة الوطنيّة لتسويّة النّزاعات، وهي جهاز متفرّع عن سلطة ضبط الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام (ثانيا)، وتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية عن هاتان الهيئتان أسماها المشرّع في قانون الصفقات العمومية الجديد بـ"التسوية الودية للنزاعات".

أولا- لجنة التّسوية الودّية للنّزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية:

إستحدث المشرّع الجزائري هيئةإدارية تختصبالتّسوية الودّية للنّزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية بالنسبة للمتعاملين الجزائريين دون الأجانب أسماها لجنة التسوية الودية، تنشأ لدى كل وزير أو وال أو مسؤول هيئة عمومية، ففي حالة عدم اتفاق الإدارة مع المتعامل الإقتصادي المتعاقد معها يعرض النزاع عليها وفق شروط وآليات محددة، وهذا الإجراء هو إجراء وجوبي قبل عرض النزاع على القضاء، إذ يجب إدراج هذا الشرط في دفتر الشروط[14].

بالرجوع إلى آلية عمل اللجنة، فإنها في سبيل إيجاد حل ودي ومنصف للنزاع المتعلّق بتنفيذ الصفة العمومية دون نزاع إبرامها، تبحث عن العناصر المتعلّقة بالقانون والوقائع ولها في سبيل ذلك الإستعانة بكل كفاءة ترى أن من شأنها المساعدة في حل النزاع[15]، وذلك بعد أن يوجه الشاكي إلى أمانتها تقريرا مفصلا مرفقا بالوثائق الثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، ثم يستدعى المشكو منه من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها أيضا لإعطاء رأيه في النزاع في أجل أقضاه عشرة أيام، على أن يتم الفصل في هذا الأخير في أجل ثلاثون يوما برأي مبرر بأغلبية الأعضاء مع ترجيع صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات[16].

في النهاية تبلغ اللجنة هذا الرأي إلى طرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل إستيلام وترسل نسخة منه إلى سلطة ضبط الصفقات وتفويضات المرفق العام المستحدثة بقانون الصفقات العمومية الجديد، على أن يبقى القرار الأخير بيد المصلحة المتعاقدة، التي يجب أن تبلّغ المتعاقد معها في ظرف ثمانية أيام من إستلامها رأي اللجنة وتبّلغ هذه الأخيرة به[17].

إنّ استحداث المشرّع للجنة التّسوية الودّية للنّزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية ليس محل انتقاد في ذاته، بل أن محل الإنتقاد يكمن في منح للإدارة إمكانية اللجوء إلى هاته اللجنة والتعسّف في استعمال هذا الحق في كل مرّة، وما يترتّب عن ذلك من إطالة عمر النزاع والإكثار من الإجراءات والآجال، ناهيك عن التركيبة البشرية المشكلة من الإداريين وهو ما يقوي فرضية التحيّز لصالح الإدارة على حساب المتعامل. كما أن وجوبية اللجوء إليها قبل عرض النزاع على القضاء من شأنه أ يبعد

المتقاضي عن القضاء ويطيل أمد النزاع، خاصة أن لجنة التسوية الودية للنزاعات هيئة إدارية لا تتمتع بالإستقلالية وهي عبارة عن إدارة في النهاية مما يقوي فرضية الإنحياز للمصلحة المتعاقدة.

من ناحية أخرى، يعد استحداث لجنة التّسوية الودّية للنّزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية خطوة إلى الوراء في مجال فض النزاعات الإدارية، لكونه يرجعنا إلى فترة الأحادية القضائية إين كانت اللجنة الإستشارية لفض النزاعات في ظل الأمر 67-90 المتعلّق بالصفقات العمومية، التي تشبه إلى حد بعيد لجنة التسوية الودية للنزاعات المستحدثة مؤخرا، خصوصا من حيث دورها والرأي الصادر عنها ووجوبية المرور عليها قبل التوجه إلى العدالة.

الفقرة الثانية- الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات:

تم استحداثسلطة ضبط الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بمقتضى الباب الرابع من قانون الصفقات العمومية الجديد، وتحديدا في المادة 213 منه، وهي موضوعة تحت وصاية وزير المالية وتشتمل على مرصد للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات، وقد أحال المشرّع تنظيم هذه السلطة وكيفيات سيرها على التنظيم، وتحديدا بمقتضى مرسوم تنفيذي، وهو المرسوم الذي لم يصدر إلى غاية يومنا هذا، الأمر الذي يبعث الشك حول نية المشرّع في تفعيل دور هذه السلطة في ضبط سوق الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بالرجوع إلى نص المادة الوحيدة المقتضبة، المنظمة لسلطة ضبطالصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرّع أناطها بالصلاحيات التالية:

. إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، وتصدر بهذه الصفة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الإقتصاديين.

. إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والملومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

. المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

. إجراء إحصاء إقتصادي للطلب العمومي سنويا.

. تحليل المعطيات المتعلّقة بالجانبين الإقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة.

. تشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد الطلب العمومي.

. التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة.

. البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب.

. تسيير واستغلال نظام المعلوماتية الصفقات العمومية.

. إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

من خلال المطة الثامنة يتضح أن من بين مهام سلطة ضبطالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب، وهذه المهمة من دون شك ليست ممنوحة لمرصد الطلب العمومي الذي يتبع سلطة الضبط ولكن هو من اختصاص الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات التابعة لها، غير أنإسناد هذه المهمة لهذه الهيئة من شأنه أن يؤدي إلى تنازع الاختصاص بينها وبين جهات التحكيم الدولي، المختصة أساس بالفصل في نزاعات المتعاملين الأجانب.

يظهر أخيرا أن المشرّع قد فرّق المتعاملين المتعاقدين الجزائريين والمتعاملين المتعاقدين الأجانب من خلال عدم إخضاعهما لنفس الجهة الإدارية المختصة بتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، وذلك راجع طبعا لاختلاف وزن ودور كلا منهما في المساهمة تحريك الاقتصاد الوطني من خلال استقطاب المتعاملين الأجانب وتحفيزهم على الاستثمار في الجزائر.

الفرع الثاني- الهيئات شبه القضائية لفضمنازعات الصفقات العمومية:

أقحم المشرّع[18] مجلس المنافسة –إبداء من سنة 2008- في تسوية منازعات إبرام الصفقات العمومية، الذي يعتبره الكثير من الفقه هيئة شبه قضائية -بالنظر إلى الكثير من المعطيات- بالرغم من قصور الإطار القانوني المنظم لهذه المسألة (فقرة أولى)، إلى جانب التحكيم الذي اعترف به في نفس الوقت كطريق بديل عن القضاء في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مجلس المنافسة:

لم يترك المشرّع الجزائري للقضاء الإداري احتكار الاختصاص بنظر المنازعات المترتّبة عن إبرام الصفقات العموميةعن طريق الدعوى الاستعجالية، إذ قام بإقحام مجلس المنافسة في تلك المنازعات بصفته حامي مبدأ المنافسة وهو المطبّق الأول لقانون المنافسة الذي يمتد نطاقه إلى مجال الصفقات العمومية.، وهذا بالرغم من غموض النصوص القانونية -سواء تعلّق الأمر بقانون المنافسة أو حتى قانون الصفقات العمومية- بخصوص مسألة تأهيل مجلس المنافسة بتلقي شكاوي أو إخطارات عند المساس بمبدأ المنافسة في مرحلة الإبرام والفصل فيها[19].

إن تدخل مجلس المنافسة عند كل تجاوزات تقوم بها الإدارة في مجال منح وإبرام الصفقات العمومية، يجد تبريره في اعتباره سلطة ضبط في مجال المنافسة ومخول بضمان احترام قواعدها، خصوصا أن مختلف العمليات المتعلقة بالصفقات العمومية مشمولة بأحكام قانون المنافسة، وهو المعني الرئيسي بتطبيق أحكام هذا القانون الذي يشمل نطاقه مجال الصفقات العمومية أيضا[20]، فقصور النص الذي يقحم مجلس المنافسة في منازعات إبرام الصفقات العمومية لا يعني أنه غير مختص بنظر هذه المنازعات[21].

بالرجوع إلى المادة الثانية من قانون المنافسة بعد تعديلها سنة 2008، نجدها قد حددت مجال تدخل مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، الذي يكون منذ الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي لها وما يكون بينهما من إجراءات يكون خاضعا لرقابة المجلس، غير أن المنطق لا يقبل تدخله في الممارسات المتصلة بالسلطة العامة، وهذا الأمر أخذ به المشرّع وهو محق في ذلك، لكون السلطة العامة

والمصلحة العامة أمران لا يلتقيان مع مفهوم المنافسة المنسجم مع مبادئ القانون الخاص[22]، ولكن الخطأ الذي وقع فيهالمشرّع، أنه استبعده من الرقابة على دفتر الشروط والبنود الواردة فيه، التي يمكن أن تتضمن شروطا تمييزية، الأمر الذي تحظره المادة 78 من قانون الصفقات العمومية، وبذلك يبقى دون رقيب حقيقي ومستقل كمجلس المنافسة[23].

من جانب آخر، يمكن لمجلس المنافسة إخطار المحكمة الإدارية بعريضة عند مل إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة باعتباره سلطة ضبط مختصة بحماية مبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، لذلك يعبر من ذوي المصلحة في رفع الدعوى كما اشترط المشرّع في 940 ق إ م إ وتحرك المجلس وإخطار مجلس المحكمة الإدارية لا يكون إلا بعد إجراء تحقيق في الطلبات والشكاوي الموجهة إليه من المتضررين من الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية[24].

الفقرة الثانية- محكمة التحكيم:

تحتممقتضيات الواقع و إزياد العلاقات و تشعبها بين القطاع العام و القطاع الخاص على الدولة أن تكرس اللجوء إلى التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ومع أن الطابع الخاص الذي يميز هذه العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة جعل من مسألة إدراجهكوسيلة لحل النزاعات أمرا صعبا، لكونها ترى في هذا الطريق مساسا بسيادتها، لكن نجد أن الدولة الجزائرية كرستالتحكيم في قوانينها الداخلية وذلك تماشيا مع إعتبارات التنمية و الرغبة في مواكبة التطورات الإقتصادية الحديثة وتشجيعا للإستثمارات، إضافة إلى الإتفاقيات التي صادقت عليها، فأصبح محتما عليها الإعتراف بالتحكيم في مجال العقود الإدارية و بالتالي السماح للشخص المعنوي العام للجوء للتحكيم[25].

في ظل هذه الأوضاع، تغيرتفلسفة المشرع الجزائري بخصوص الأحكام الخاصة بفض النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[26]، وذلك من خلال توسيعه لنطاق استعمال الطرق البديلة لحل هذه النزاعات، إذ أقر لأول مرة بجواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة المذكورة في نص المادة 800 من ذات القانون إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بالصفقات التي تبرمها،وهذا ما نصت عليه المادة 975 من ذات القانون والتي جاء فيها: **"لا يجوز للأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"**، وقد وأعاد المشرّع تأكيد هذا الأمر في الفقرة الثالثة من نص المادة 1006 من القانون المذكور، ولجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم مرتبط بشرط ضرورة النص على اللجوء إليه في بنود الصفقة العمومية المادة 1008ق.إ.م.إ.

بهذا التوجه، يكون المشرع الجزائري قد انتقل من مرحلة حظر اللجوء إلى التحكيم إلى مرحلة جواز اللجوء إليه، حيث كانت الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية ممنوعة من اللجوء للتحكيم في نزاعاتها المرتبطة بالصفقات العمومية[27]،وذلك بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، والتي كانت تنص على أن: **"لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين أن يطلبوا التحكيم"**، وهذا التغيّر في موقفالمشرع الجزائري سببه رغبته في التقليل من عرض النزاعات على الجهات القضائية الإدارية، وكذا لعدم تعطل مصالح الإدارة والمتعاقدين معها لما يتميز به التحكيم من سرعة الفصل في النزاعات[28].

من جهته، أخضع قانون الاستثمار الجزائري النزاعات القائمة في مجال الاستثمار بصفة استثنائية إلى جهات التحكيم الدولي بدلا من الجهات القضائية الجزائرية[29]،فأطراف عقد الاستثمار الأجنبي لهم

اختيار الجهة التي يخول لها الفصل في المنازعة التحكيمية، التي قد تكون مؤسسات دائمة تعهد لها سلطة التحكيم، ويطلق على هذا النوع التحكيم المؤسساتي، كما هو الحال بالنسبة للمركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار[30].

بالرجوع إلى كيفية إجراء التحكيم في النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية، نجدأن المشرع الجزائري أحال على الأحكام العامة لهذا الطريق، والتي تضمنها الباب الثاني من الكتاب الخامس من ق.إ.م.إ، إلا أنه لا نجدها قد شملت كل الجوانب الخاصة بالنزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، فنجد من بين هذه الأمور هو نطاق التحكيم في هذه العقود الإدارية، الذي من دون شك يستبعد النظر في شرعية بعض القرارات الإدارية المتصلة بالصفقة، فإذا كانت الصفقات العمومية تعتمد في وجودها بالدرجة الأولى على التقاء إيجاب المتعاقد مع قبول الإدارة-أي على ركن الرضا- فإن ذلك لا يعني خلو هذه الأعمال القانونية من وجود قرارات إدارية، بحيث نجد أن مختلف مراحلتكوين الصفقة تشهد وجود عدة قرارات إدارية كقرار الإقصاء أو الاستبعاد من طلب العروض أو قرار المنح أو الإرساء المؤقت، كما أن تنفيذ الصفقة العمومية يشهد هو الأخر عدة قرارات إدارية كالقرارات المتضمنة فرض جزاءات على المتعاقد، أو تعديل احد بنود الصفقة بالإرادة المنفردة للإدارة، وفي ظل هذا الوضع،تظهر مسألة مدى إمكانية استعمال دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات، وهنا تظهر ما يعرف بنظرية القرارات القابلة الانفصال التي بموجبها تتم إجازة الطعن بالإلغاء القضائي ضد هذه القرارات مع استبعادها من نطاق التحكيم[31].

أخيرا، يبدوا نظريا من خلال المواد المنظمة للتحكيم في مجال الصفقات العمومية أن هذا الطريق البديل في فض النزاعات سيكون له دور كبير في حسم النزاعات المتعلقة بهذه العقود نظرا لما يحققه من سرعة في فض النزاعات، ومن ثم ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك من خلال عدم توقف تنفيذ الصفقة العمومية لوقت طويل بسبب عرض النزاع على القضاء.

الخاتمة:

بالرغم من الجهود المبذولة من طرف المشرّع الجزائري بخصوص التسوية السريعة والملائمة لمنازعات الصفقات العمومية، إلا أن إنجازاته بهذا الخصوص لا تزال تعاني نقائص جمّة، وعموما فقد تمخّض عن استعراض الطرق المستحدثة للتسوية غير القضائية لمنازعات الصفقات العمومية النتائج التالية:

أصبحت الطرق البديلة عن القضاء تحتل مكانة بارزة في فض النزاعات عموما نظرا لمزاياها العديدة وقلة مساوئها، مع أم من شأنها أنتبعد المتقاضي أكثر عن العدالة، خاصّة أن هذا الأخير أكثر ما يثق في القضاء دون سواه، فإذا عهد أمر البت في النّزاعات الإدارية إلى جهة غير قضائية، فإن ذلك من شأنه المساس بالحد الأدنى من ضمانات المحاكمة العادلة والمبادئ المختلفة التي تضمنها.

تأثرا بالقانون المقارن وبالكتابات الفقهية، إتجه المشرّع الجزائري إلى استحداث هيئات بديلة عن القضاء لفض منازعات الصفقات العمومية، وهذه الهيئات منها الإدارية ومنها شبه القضائية، مع جعل اللجوء إلى معظمها وجوبيا قبل اللجوء إلى العدالة.

الإطار القانوني المؤطر للهيئات البديلة لا يزال يشوبه قصور وأحيانا غموض كما هو الحال بالنسبة للإطار القانوني لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذلك غموض دور مجلس المنافسة بخصوص التدخل وفض منازعات إبرام الصفقات العمومية.

إقصاء القضاء الإداري من المساهمة في فض النزاعات التي تعتبر من صلب اختصاصاته، بل وتعتبر الإختصاص الوحيد له، وما ينجرّ عن ذلك من تضييق مجال الإجتهاد القضائي في المادّة الإدارية، وهو الوضع الذي يخلق وضعا جديدا في مجال القانون الإداري يتّسم بفقدان طابعه الإجتهاديوالإتجاه نحو تقنين قواعده ومبادئه وهو ما يضرب في الصّميم روح القانون الإداري.

في ظل هذه النتائج، فإن هذه المداخلة تقترح:

الإسراع بإصدار المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيم سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكيفيات سيرها، وتحديد مجال اختصاص الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات المنبثقة عنها، وذلك لتلافي تنازع الإختصاص بينها وبين محكمة التحكيم.

رفع الغموض التشريعي الذي يشوب دور مجلس المنافسة في فض منازعات إبرام الصفقات العمومية، بإسناد هذه المهمة له صراحة أو منعه من ذلك صراحة، خصوصا أن هناك تداخل بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية، وما ينجر عن ذلك من وجوبية تدخل مجلس المنافسة عن كل مساس بمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية التي أصبحت تدخل في نطاق قانون المنافسة.

الهوامش والإحالات:

1- أحمد أنوار ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة الفقه والقانون، منشور على الموقع : www.majalah.new.ma .

2- حيرش نور الدين، تفعيل الوساطة كآلية لحل النزاعات بعيدا عن القضاء، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الدّولي حولالطّرق البديلة لتسوية النّزاعات، الحقائق والتّحديات، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية،جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية، الجزائر يومي 26 و27 أفريل 2016، غير منشور،ص 1.

3 - JEAN LUC Pissaloux, la sanction du délai raisonnable a propos de l'arrêt de section du conseil d'état du 17 juillet 2009, gazette de palais, recueil bimestriel, novembre, décembre, n° 6, paris, 2009, p 3493.

4- حيرش نور الدين، المرجع السابق، ص 7.

5- بوضياف عمار، الطرق السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية في الجزائر بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومرسوم الصفقات لسنة 2015، مجلة الفقه والقانون، العدد 53، مارس 2017، ص 21.

6- زيريزهية، الطرق البديلة لفض النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 9.

7- خلاف فاتح، الوساطة في حل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المكر، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ص 430.

8-عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزعات القضائية، الصلح والوساطة القضائية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الجزائر1، 2012، ص 14.

9- حابتأمال، في الموازنة بين اللجوء للحل القضائي واللجوء للطرق البديلة لحل النزاعات، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الدّولي حول الطّرق البديلة لتسوية النّزاعات، الحقائق والتّحديات، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية، الجزائر يومي 26 و27 أفريل 2016، غير منشور، ص 14.

10-حيرش نور الدين، المرجع السابق، ص 11.

11- حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، إختصاص القضاء الإداري، تنازع الإختصاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003، ص 70.

12- زيري زهية، المرجع السابق، ص 10.

13- قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010،ص190.

14-أنظرالمادة 153 من قانون الصفقات العمومية.
15- بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 32.
16- أنظر المادة 5/155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 لسمنة 2015.
17- أنظر المادة 155 من قانون الصفقات الجديد.
18- القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36 لسنة 2008.
19- إرزيلالكاهنة، التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية، مجلة الحقوق والحريات،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الخامس، 2018، ص15.
20- أنظر المادة الثانية من قانون المنافسة والمادة الثالثة من قانون الصفقات العمومية.
21- إرزيل الكاهنة، المرجع السابق، ص 15.
22- ورد في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون المنافسة: "غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية"
23- راضية رحماني، مجال إختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، العدد 29، الجزء الثاني، ص 250.
24- عائشة بوعزم، منازعات المنافسة أمام الجهات القضائية الإدارية، القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ادرار، ص191.
25- فوناس سهيلة، التحكيم في عقود تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي،مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الدّولي حولالطّرق البديلة لتسوية النّزاعات، الحقائق والتّحديات، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية،جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية، الجزائر يومي 26 و27 أفريل 2016، غير منشور، ص 9.

26 أنظر القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/2/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008.
27 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.336.
28- بركات أحمد،نطاق التحكيم في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الدّولي حولالطّرق البديلة لتسوية النّزاعات، الحقائق والتّحديات، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية،جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية، الجزائر يومي 26 و27 أفريل 2016، غير منشور، ص7.

29- أنظر المادة 17 من الأمر رقم 01-03، المؤرّخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 لسنة 2001.
30- قبايلي طيب، الإتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال الإستثمار، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 1 لسنة 2017، ص 14.
31- بركات أحمد، المرجع السابق، ص7.