مجلة الحقوق والحريات
المجلد 12 ، العدد 1
السنة 2024 ، ص115-ص134

القاضي الإداري: فاعل في حماية مبدأ المنافسة الحرة في مجال إبرام الصفقات العمومية

The administrative judge: an actor in the protection of the principle of free competition in the award of public contracts

سميحة لعقابي [1] شمس الدين بشير الشريف [2]

[1] أستاذة محاضرة قسم أ بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2، الجزائر

s.lakabi@univ-setif2.dz

[2] أستاذ محاضر قسم أ بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2، الجزائر

c.bachircherif@univ-setif2.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2024/01/24	2024/03/25	2024/04/05

الملخص:

حرصا منه على تحقيقها لأهدافها في تلبية الطلب العمومي وتحفيز الاقتصاد الوطني في بعديه الكلي والجزئي، أخضع المشرع عملية إبرام الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة، كما جعل من القاضي الإداري فاعلا أساسيا في حماية هذا المبدأ، الأمر الذي يمكن معاينته على حد سواء على صعيد تنصيب قاضي الاستعجال الإداري حاميا للالتزام الشكلي المفروض على المصلحة المتعاقدة بوضع إبرام الصفقة العمومية حيز المنافسة، وعلى صعيد تنصيب قاضي الموضوع فاعلا في الضبط التنافسي للصفقات العمومية من خلال إقرار المصالحة أو التوازن بين متطلب الحفاظ على السير التنافسي العادي لإبرام

المؤلف المرسل : سميحة لعقابي

الصفقات العمومية وبعض المتطلبات الأخرى للمصلحة العامة. تحاول الدراسة البحث في تفاصيل الدور الذي يؤديه القاضي الإداري في حماية مبدأ المنافسة الحرة في مجال إبرام الصفقات العمومية، وقد تم الركون منها إلى وجود كفاية مقبولة لهذا الدور.

الكلمات المفتاحية:

القاضي الإداري، المنافسة الحرة، الصفقات العمومية، الاستعجال ما قبل التعاقدي، الممارسات المقيدة للمنافسة.

Abstract:

In order to achieve its objectives in terms of satisfying public procurement and stimulating the national economy in its macro and micro dimensions, the legislator has subjected the public procurement process to the principle of free competition, and has made administrative judge a key player in the protection of this principle, what can be observed both at the level of the appointment of the emergency administrative judge as protector of the formal obligation imposed on the contracting authority to put the conclusion of the public contract into competition, and at the level of the installation of the administrative judge of the background as an important player in the competitive regulation of public contracts, by establishing the conciliation or balance between the requirement to maintain the normal competitive functioning of the conclusion of public contracts and certain other requirements of public interest. The study attempts to examine the details of the role played by the administrative judge in the protection of the principle of free competition in the conclusion of public contracts, it concluded that this role is acceptable.

keywords:

Administrative judge, free competition, public contracts, pre-contractual referral, restrictive competition practices.

مقدمة:

تشكل الصفقات العمومية من وجهة النظر القانونية أحد الوسائل القانونية للنشاط الإداري، ومن وجهة النظر الاقتصادية أحد وسائل تلبية الطلب العمومي، دفع عجلة الاستثمار العمومي وتحفيز الاقتصاد الوطني في بعديه الكلي والجزئي على نحو يسمح بتحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية شاملة ومتوازنة، لذلك أخضع القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية إبرام هذه الأخيرة إلى مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية كمبدأ يفرض ضرورة إتاحة النفاذ إلى هذه الطلبات ضمن وسط تسوده المنافسة الحرة.

من شأن هذه الأهمية الاقتصادية للصفقات العمومية وارتباطها بالانفاق العمومي أن يجعل منها فضاء خصبا للممارسات الماسة بمبدأ المنافسة الحرة التي قد يرتكبها سواء المتعاملون الاقتصاديون الخواص أو المصالح المتعاقدة بصفتها أشخاص معنوية عامة، لذلك نصب المشرع من القاضي الإداري بصفته قاضي الإدارة وحارس الحقوق والحريات حاميا لهذا المبدأ في مواجهة الأشخاص العمومية صاحبة الصفقة.

يبرز هذا التدخل للقاضي الإداري في الفضاء التنافسي للصفقات العمومية على مستويين أساسيين: يتعلق أولهما باختصاص قاضي الاستعجال الإداري بحماية الالتزام الشكلي المفروض على المصلحة المتعاقدة بوضع إبرام الصفقة العمومية حيز المنافسة وذلك في إطار طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي المقرر في المادة 946 من ق.إ.م.إ، بينما يتعلق المستوى الثاني باختصاص قاضي الموضوع بضبط تنافسية الصفقة في مواجهة الممارسات المقيدة لها التي قد تصدر عن المصلحة المتعاقدة.

بناء على ما سبق، ترمي الدراسة الماثلة إلى إبراز تفاصيل الدور الذي يؤديه القاضي الإداري في ضمان احترام المصالح المتعاقدة لمقتضى تنافسية الصفقات العمومية، وذلك وفق إشكالية تنصب على بحث **مدى كفاية هذا الدور في تحقيق أهدافه في حماية مبدأ**

المنافسة الحرة في مجال إبرام الصفقات العمومية. للوصول إلى هدف الدراسة والإجابة عن إشكاليتها، سيتم هيكلتها وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي: حامي التزام وضع إبرام الصفقات العمومية حيز المنافسة

المطلب الأول: النظام القانوني لطلب الاستعجال ما قبل التعاقدي

المطلب الثاني: سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي في الحكم الصادر في الطلب

المبحث الثاني: قاضي الموضوع الإداري: حامي المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة لها في مجال إبرام الصفقات العمومية

المطلب الأول: مجال تدخل قاضي الموضوع الإداري لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة لها في مجال الصفقات العمومية

المطلب الثاني: حدود تدخل قاضي الموضوع الإداري لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة لها في مجال الصفقات العمومية

المبحث الأول: قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي: حامي التزام وضع إبرام الصفقة العمومية حيز المنافسة

تعظيما للاستفادة من مزايا السرعة، البساطة الإجرائية والفعالية، نصب المشرع الإجرائي بمقتضى المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ المعدل والمتمم[1] قاضي الاستعجال الإداري حاميا للالتزام المفروض على المصلحة المتعاقدة بوضع عملية إبرام الصفقة العمومية حيز المنافسة، وذلك من خلال طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي كطلب استعجالي مخصص للعقود الإدارية، من ناحية، ويتيح لقاضي الاستعجال سلطات تقترب من سلطات قاضي الموضوع.

[1]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر.ج.ج، العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008) المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022 (ج.ر.ج.ج، العدد 48 المؤرخة في 17 جويلية 2022).

المطلب الأول: النظام القانوني لطلب الاستعجال ما قبل التعاقدي

كرست طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي le référé précontractuel المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، وهو طلب استعجالي يرمي إلى الحصول من قاضي الاستعجال الإداري على حماية سريعة ومبسطة من الناحية الإجرائية للالتزامات الشكلية المتعلقة بالإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة بصفتها عقود إدارية مسماة أخضع القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية إبرامها للتقيد الصارم بمقتضيات الوضع حيز الإشهار والمنافسة[1].

ينعقد الاختصاص النوعي بالنظر في هذا الطلب حسب المادة 946 من ق.إ.م.إ للمحاكم الإدارية وحدها دون محكمة الاستئناف الإدارية للجزائر العاصمة ومجلس الدولة. يجد هذا التركيز للاختصاص القضائي بطلب الاستعجال ما قبل التعاقدي على مستوى المحكمة الإدارية شرعيته القانونية في كون هذا الطلب يدخل، بالنظر إلى سعة السلطات التي يتيحها لقاضي الاستعجال الإداري كما سنفصله لاحقا، ضمن القضاء الكامل لا قضاء الإلغاء، لذلك تختص به حصرا المحاكم الإدارية دون سواها حسب المادة 801 من ق.إ.م.إ المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13.

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي بهذا الطلب، فهو ينعقد حسب نص المادة 804 من ق.إ.م.إ المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 للمحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها المكان المفترض إبرام الصفقة العمومية فيه وذلك عتبارا بأن هذه الأخيرة لا تزال في طور الإبرام فقط.

أخضع المشرع الإجرائي **قبول هذا الطلب** من طرف قاضي الاستعجال الإداري إلى شرطين خاصين فقط، هما:

[1]- انظر المادة 5 من القانون رقم 23-12 المؤرخ في 5 أوت 2023 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، العدد 51 المؤرخة في 6 أوت 2023.

- **شرط صفة مقدم الطلب**، حيث يتعين لقبول طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي شأنه في ذلك شأن باقي الدعاوى القضائية سواء الموضوعية منها أو الاستعجالية أن تتوافر للمدعي صفة في تقديمه إعمالا للأصل الإجرائي القاضي بوجوب رفع الدعوى من ذي صفة وعلى ذي صفة. تثبت الصفة في تقديم هذا الطلب من حيث الأصل حسب الفقرة الثانية من المادة 946 من ق.إ.م.إ للمترشح الفعلي أو المحتمل المتضرر من جراء الإخلال بالتزام وضع إبرام الصفقة المعنية حيز المنافسة، بمعنى أن شرط صفة المدعي هنا يذوب أو يندمج في شرط المصلحة.

كما منح المشرع، من ناحية ثانية، وعلى سبيل الاستثناء، صفة التقاضي في هذا الطلب لممثل الدولة على مستوى الولاية، أي للوالي بصفته التمثيلية للدولة وليس للولاية، وذلك إذا تعلق الأمر بصفقة عمومية في طور الإبرام من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية حسب المادة 946 من ق.إ.م.إ، بمعنى أن شرط الصفة هنا قد ثبت للوالي بحكم القانون لا بحكم المصلحة. تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى وجود عدم انضباط في صياغة نص المادة 946 من ق.إ.م.إ، يمكن معاينته في استعمال هذا النص لعبارة **"إذا أبرم العقد"**، في حين أنه لا يمكن تفعيل طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي بطبيعته إلاّ قبل تمام إبرام العقد على نحو ما سنبينه في الجزئية الموالية.

- **شرط أجل تقديم الطلب**، حيث يتعين تقديم طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي حسب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة قبل تمام إبرام الصفقة العمومية المعنية، أما إذا تم إبرام أو إمضاء هذه الأخيرة فيؤول الاختصاص بإدانة الإخلال بالتزامات المنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة إلى قاضي الموضوع[1] باعتباره قاضي الأصل أو قاضي علاجي.

[1]- René CHAPUS, **Droit du contentieux administratif** ,12ème éd., Montchrestien, Paris, 2006, p. 1441.

يترجم هذا الشرط فلسفة قضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي، كقضاء وقائي تصحيحي يرمي إلى تصحيح الإخلالات التي تلحق بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وذلك من أجل تحصين هذه الأخيرة ضد الالغاء لاحقا أمام قاضي الموضوع لما ينجر عنه من إهدار للمال العام وشل للنشاط الإداري كنشاط مدفوع بتحقيق المصلحة العامة.

أما شرط الارتباط بدعوى موضوعية، فلم تنص عليه المادة 946 من ق.إ.م.إ، مما يعني أنه لا يعتبر شرطا لقبول طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي وأن هذا الأخير يعتبر طلبا أصيلا أو مستقلا autonome يمكن تفعيله دونما حاجة لرفع أي طعن موضوعي. تبرز الحكمة من وراء إعفاء المدعي من هذا الشرط في تسهيل وتبسيط النظام الإجرائي لقبول هذا الطلب.

أما بالنسبة للشروط الموضوعية لهذا الطلب، فينبغي لكي يأمر قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي بالتدابير المطلوبة من المدعي حسب المادة 946 من ق.إ.م.إ توافر شرط وحيد، هو أن يثبت له وجود إخلال من جانب المصلحة المتعاقدة بالتزام وضع عملية إبرام الصفقة العمومية المعنية حيز المنافسة، كالتزام شكلي يرمي إلى ضمان الفعلية لمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية المكرس في المادة 5 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

بمفهوم المخالفة، لا يمكن للمدعي، تحت طائلة رفض طلبه من طرف قاضي الاستعجال الإداري، أن يؤسس طلبه على وجه آخر غير مأخوذ من إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامها بوضع إبرام الصفقة العمومية حيز المنافسة، كما هو الحال مثلا لو أسس هذا الطلب على خرق قواعد قانون المنافسة، وبصفة خاصة القواعد المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة (الاتفاقات المقيدة للمنافسة والتعسف في وضعية الهيمنة خاصة)[1].

يعتبر من قبيل الإخلال بالتزامات المنافسة المبرر لتفعيل طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي، مثلا:

[1]- Voir, Olivier LE BOT, **Le guide des référés administratifs**, Dalloz, Paris, 2013, pp. 599-601.

- مبالغة المصلحة المتعاقدة في المعايير التقنية المعلن عنها بهدف تفضيل أحد المترشحين على حساب المترشحين الآخرين، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في هذا السياق أن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها بغية حصر المنافسة بين مرشحين معينين فيه مساس خطير بقواعد المنافسة[1]؛

- الإقصاء التعسفي لأحد المتعاملين من المشاركة في الصفقة العمومية المعنية، وذلك بغية تضييق دائرة المنافسة بين مترشحين معينين؛

- لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التفاوض المباشر في إبرام الصفقة في غير الحالات المحددة قانونا له[2].

أما شرط الاستعجال الملازم تقليديا للطلبات المستعجلة، فقد سكتت عنه المادة 946 من ق.إ.م.إ، مما يعني أنه ليس شرطا موضوعيا لتفعيل طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي وأن هذا الأخير يندرج ضمن دعاوى الاستعجال العادي le référé ordinaire. يكشف إعفاء المشرع للمدعي من إثبات توافر شرط الاستعجال في هذا الطلب عن الإرادة التشريعية في مسايرة التطورات الحاصلة في مجال قضاء الاستعجال الإداري في الأنظمة القانونية المقارنة[3]، وفي تيسير قبول طلبات الاستعجال ما قبل التعاقدي لتعظيم الاستفادة من مزاياها.

---

[1]- بزاحي سلوى، **"رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية"**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق- جامعة بجاية-، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد01، 2012، ص. 38.

[2]- حددت المادة 41 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية هذه الحالات على سبيل الحصر.

[3]- أعفى المشرع الإجرائي الفرنسي مثلا بمقتضى المادة L551-1 من قانون العدالة الإدارية طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي من شرط الاستعجال.

المطلب الثاني: سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي في الحكم الصادر في الطلب

أعطت المادة 946 من ق.إ.م.إ لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي سلطات تحفظية واسعة، تتمثل في ثلاث سلطات أساسية، هي: توجيه أمر أصلي للمصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها المتعلقة بوضع إبرام الصفقة حيز المنافسة، فرض الغرامة التهديدية عليها، وتأجيل إبرام العقد.

- **سلطة توجيه أمر أصلي للمصلحة المتعاقدة:** تعتبر أهم السلطات التحفظية التي يحوزها قاضي الاستعجال الإداري في طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي، حيث يمكن لهذا الأخير في حال عاين توافر شروط القبول والشروط الموضوعية لهذا الطلب أن يأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها المتعلقة بوضع إبرام الصفقة حيز المنافسة وتحديد أجل لهذا الامتثال حسب المادة 946 من ق.إ.م.إ في فقرتها الرابعة، كأن يأمرها مثلا بإعادة صياغة الشروط التقنية للصفقة، أو بإعادة نشر الإعلان عن الصفقة بصفة صحيحة، أو بقبول المترشح الذي تم إقصاؤه تعسفيا،..الخ.

تبرز أهمية سلطة الأمر في هذه الحالة من حيث أنها تتضمن أمرا أصليا injonction principale موجها من القاضي الإداري إلى المصلحة المتعاقدة وليس فقط أمرا تنفيذيا injonction d'exécution، الأمر الذي يشكل تجاوزا من المشرع لأحد الطابوهات التقليدية الراسخة في المنازعة الإدارية. تبرز أهمية هذا الأمر، من ناحية ثانية، من حيث أنه ذا طابع تصحيحي ووقائي à caractère correctif et préventif، حيث يرمي إلى تصحيح الإخلالات التي لحقت التزامات المنافسة ووقاية الصفقة العمومية من تعرضها لجزاء الإبطال لاحقا أمام قاضي الموضوع بسبب هذه الإخلالات.

- **سلطة توقيع الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة:** تشكل سلطة النطق بغرامة تهديدية في مواجهة المصلحة المتعاقدة يسري مفعولها من تاريخ انقضاء أجل الامتثال المحدد في الأمر الاستعجالي سلطة مكملة في الواقع لسلطة الأمر المشار إليها أعلاه، غرضها ضمان

تنفيذ مقتضيات الأمر الأصلي المنطوق به. تبرز أهمية هذه السلطة من حيث أنها تشكل آلية تنفيذية في غاية الأهمية من شأنها حمل المصلحة المتعاقدة على الانصياغ لمضمون الأمر الاستعجالي الذي يصدره قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي ومن ثم ضمان الفعلية والفعالية لهذا الأمر في الواقع.

- **سلطة تأجيل إمضاء العقد:** كرست هذه السلطة المادة 946 من ق.إ.م.إ في فقرتها السادسة، حيث أجازت لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي بمجرد إخطاره أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد أو الصفقة إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما، وهي المدة التي ألزم المشرع قاضي الاستعجال بالحكم في الطلب خلالها.

تبرز الحكمة من وراء منح قاضي الاستعجال الإداري مثل هذه السلطة التحفظية في ضمان تحقيق طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي لهدفه، من خلال المعالجة الوقائية لفرضية مسارعة المصلحة المتعاقدة إلى إتمام إبرام العقد قبل نهاية إجراءات الفصل في الطلب، الأمر الذي يجعل من هذا الأخير دون محل أو بلا مقتضى في هذه الحالة. تعكس هذه السلطة، من ناحية ثانية، الطابع الوقائي المشار إليه سابقا لطلب الاستعجال ما قبل التعاقدي.

غير أنه إذا كانت المادة 946 من ق.إ.م.إ قد منحت لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي سلطات تحفظية واسعة، إلاّ أنها في المقابل لم تمنحه أي سلطات قطعية في هذا الإطار كسلطة الإلغاء الكلي أو الجزئي للقرارات المرتبطة بإبرام العقد، وسلطة إلغاء الشروط الموجهة لأن تظهر في العقد إذا كانت تنتهك التزامات الإشهار والمنافسة، على غرار ما كرسه المشرع الفرنسي مثلا في المادة L.551-2 من قانون العدالة الإدارية[1].

يبرز من كل ما سبق أن المشرع الإجرائي قد صمم نظاما قانونيا لقضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي يستجيب على حد سواء لمقتضى تيسير نطاق أو دائرة قبول هذا الطلب لاسيما من خلال إعفاء المدعي من شرطي الارتباط بالدعوى الموضوعية والاستعجال، ولفلسفة هذا

[1]- انظر المادة L.551-2 من قانون العدالة الإدارية الفرنسية.

القضاء كقضاء وقائي يرمي إلى تحصين الصفقات العمومية ضد حالات الإبطال المؤسسة على خرق المصلحة المتعاقدة لالتزامات المنافسة التي يخضع لها إبرام هذه العقود المهمة، الأمر الذي يمكن معاينته على صعيد مضمون السلطات التحفظية التي يحوزها قاضي الاستعجال الإداري في الأمر الصادر في هذا الطلب.

المبحث الثاني: قاضي الموضوع الإداري: حامي المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة لها في مجال إبرام الصفقات العمومية

زيادة على قاضي الاستعجال الإداري، نصب المشرع كذلك قاضي الموضوع حاميا لمبدأ المنافسة الحرة في مجال إبرام الصفقات العمومية، غير أنه وعلى خلاف الأول لا يتدخل قاضي الموضوع لحماية الالتزام الشكلي بوضع إبرام الصفقة حيز المنافسة، بل لحمايتها من الممارسات المقيدة للمنافسة التي قد تصدر عن المصلحة المتعاقدة بصفتها شخص عمومي يتصرف كسلطة عمومية.

المطلب الأول: مجال تدخل قاضي الموضوع الإداري لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة لها في مجال الصفقات العمومية

حرصا منه على عقلنة المنافسة الحرة داخل السوق وتعظيما للاستفادة من مزاياها على صعيد معادلة الجودة والسعر وحمايتها، حظر المشرع بمقتضى الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم[1] الممارسات المقيدة للمنافسة التي قد تصدر عن المتعاملين الاقتصاديين سواء كانوا خواص أو عموميين في إطار وظيفة الضبط التنافسي البعدي التي أقرها هذا القانون. تتمثل هذه الممارسات حسب الأمر ذاته في: الاتفاقات المقيدة للمنافسة، التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، والبيع بأسعار مخفضة تعسفيا[2].

[1]- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة (ج.ر.ج.ج، العدد 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003) المعدل والمتمم.

[2]- انظر المواد 6، 7، 11 و 12من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

تشكل الصفقات العمومية حقلا خصبا لارتكاب هذه الممارسات المنافية للمنافسة لاسيما منها الاتفاقات المقيدة للمنافسة والتعسف في وضعية الهيمنة وذلك سواء من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخواص أو من طرف المصلحة المتعاقدة، لذلك أخضعها المشرع بمقتضى المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة والمتممة بالمادة 2 من القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 عملية إبرامها لقانون المنافسة لاسيما في أحكامه المرتبطة بالممارسات المقيدة للمنافسة بنصها على أنه **"بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:(...)- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه، يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية"**.

غير أنه ولما كانت هذه الممارسات قد تصدر إما عن المتعاملين الاقتصاديين أو عن المصلحة المتعاقدة كشخص عمومي يتصرف بصفته سلطة عمومية، فإن الاختصاص بإدانة هذه الممارسات يتوزع حسب الحالة بين مجلس المنافسة والقاضي الإداري. بالنسبة لمجلس المنافسة، فإنه يختص بردع الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين المترشحين فعليا أو احتماليا للصفقة العمومية المعنية بصفتهم أشخاص خاضعين للقانون الخاص.

أما بالنسبة للممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة، فقد استقر الاختصاص بإدانتها في فرنسا للقاضي الإداري وذلك بالنظر إلى ارتباط الصفقات العمومية بأعمال السلطة العمومية، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قضائه المستقر، حيث وبعدما رفض في البداية إدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية الإدارية، أي ضمن القواعد المرجعية لرقابة مشروعية القرارات الإدارية الماسة بالمنافسة عندما اعتبر أوجه الطعن المؤسسة على خرق قواعد قانون المنافسة غير منتجة inopérants، عدل عن هذا الموقف ابتداء من سنة 1997 وقبل بتطبيق قواعد قانون المنافسة على أعمال السلطة العمومية.

يعتبر قرار Million et Marais الصادر في 3 نوفمبر 1997 القرار المؤسس لهذا التحول، حيث استجاب فيه مجلس الدولة لدعوة مقرره العام J.-H. Stahl بإدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية الإدارية le bloc de légalité administrative[1] عندما استند إلى أحكام قانون المنافسة لسنة 1986 لفحص مضمون شروط عقد امتياز. كما أكد المجلس هذا التوجه في تقريره العمومي لسنة 2002، عندما اعتبر أنه في حالة الممارسات غير القابلة للانفصال عن عمل إداري، فإن القاضي الإداري يطبق قانون المنافسة على غرار باقي القواعد الأخرى للقانون[2].

أما في النظام القانوني الجزائري، فيبرز من قراءة نص المادة 2 من قانون المنافسة المعدل والمتمم المشار إليها أعلاه ملاحظة أساسية، تتعلق بإمكانية أن يفهم منه أن ردع الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة يختص به مجلس المنافسة تحت رقابة القاضي العادي (مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية) وليس القاضي الإداري، وذلك تأسيسا على أنه الجهة التي أناط بها المشرع ردع الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها في هذا القانون دون أي تمييز بين مصدرها.

نرى أن هذا الإخضاع للصفقات العمومية لقانون المنافسة ليس من شأنه سلب الاختصاص بمنازعاتها الناتجة عن خرق أحكام قانون المنافسة من جانب المصلحة المتعاقدة من القاضي الإداري لصالح مجلس المنافسة والقاضي العادي، وذلك لاعتبارين أساسيين:

أولهما قانوني، مؤداه أن اختصاص القاضي الإداري بمنازعات الصفقات العمومية هو اختصاص أصيل ناتج عن إعمال المعيار العضوي في مجال التوزيع الأفقي للاختصاص بين القاضي الإداري والقاضي العادي، ومن ثم لا يمكن الخروج أو الاستثناء عنه إلاّ بنص صريح ذا قيمة تشريعية، وفي ظل غياب مثل هذا الاستثناء الصريح (لأن المادة 2 أعلاه نصت على

[1]- Lionel ZEVOUNOU, **Le concept de concurrence en droit**, Thèse de Doctorat, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, UFR Droit et Sciences Politiques – Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, 2010, p. 173.

[2]- Conseil d'Etat, **Collectivités publiques et concurrence,** Rapport public 2002, La Documentation française, Paris, 2002, p. 244.

إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ولم تنص صراحة على اختصاص مجلس المنافسة بها) يبقى الاختصاص معقودا للقاضي الإداري.

وثانيهما و اقعي، يتعلق بارتباط الصفقات العمومية بمهام المرفق العمومي وبممارسة صلاحيات السلطة العمومية الممنوحة للأشخاص العمومية بغرض ضمان السير الحسن للمرافق العمومية، ومن ثم يظهر القاضي الإداري بصفته الحارس الممتاز للمصلحة العامة أقدر من مجلس المنافسة والقاضي العادي على مصالحة متطلب إخضاعها لقانون المنافسة مع المتطلبات الأخرى للمصلحة العامة.

وعليه، ينبغي حمل مضمون نص المادة 2 أعلاه على أن المقصود منه فقط هو إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، في حين يبقى الاختصاص بمنازعاتها المبنية على مخالفة المصلحة المتعاقدة بصفتها من أشخاص القانون العام لأحكام قانون المنافسة للقاضي الإداري. بمعنى يجب التمييز في هذا الإطار بين الممارسات المقيدة للمنافسة الناتجة عن فعل الشخص العمومي صاحب الصفقة ذاته والتي ينعقد الاختصاص بها للقاضي الإداري، والممارسات المرتكبة من طرف المترشحين للصفقة والتي يختص بردعها مجلس المنافسة تحت رقابة القاضي العادي كونها صدرت عن أشخاص خاصة.

وعليه، يظل الاختصاص بإدانة الممارسات المقيدة للمنافسة التي قد ترتكب من المصلحة المتعاقدة من خلال إبطال الاتفاقات المرتبطة بها أو إلغاء القرارات الإدارية الحاملة لها للقاضي الإداري بصفته قاضي الإدارة في النظام القانوني الجزائري.

يصطدم هذا الاختصاص للقاضي الإداري بإدانة الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن المصالح المتعاقدة بإكراهين أساسيين قد يحدان ظاهريا من فعالية تدخله مقارنة بمجلس المنافسة:

يتعلق **أولهما** بالطابع التقني، الواقعي والمعقد للممارسات المقيدة للمنافسة لاسيما منها الاتفاقات المقيدة للمنافسة والتعسف في وضعية الهيمنة، والتي تتطلب بسط رقابة ملموسة على هذه الممارسات لا يملك القاضي الإداري تقليديا القدرة على ممارستها بكفاية

بوصفه قاضيا تجريديا للمشروعية. لتجاوز هذا الإكراه، أقر الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة المعدل والمتمم إمكانية التعاون بين الهيئات القضائية ومجلس المنافسة، عندما أعطت المادة 1/38 منه للقاضي مكنة طلب رأي مجلس المنافسة فيما يتعلق بمعالجة القضايا المرتبطة بالممارسات المقيدة للمنافسة.

بينما يتعلق **الإكراه الثاني** بمحدودية السلطات التي يحوزها القاضي الإداري عند الفصل في مدى احترام الأشخاص العمومية لأحكام قانون المنافسة مقارنة بتلك التي يتمتع بها مجلس المنافسة، حيث لا يملك سلطة توقيع العقوبات كما أنه محكوم في تقديره لمشروعية القرار الإداري بالرجوع إلى التاريخ الذي صدر فيه هذا القرار دون أن يتعداه لتاريخ لاحق، في حين يمكن لمجلس المنافسة أن يأخذ في اعتباره عند الفصل في النزاع كل الممارسات التي يمكن أن تحدث إلى غاية النطق بقراره[1].

ليس من شأن هذا الإكراه كذلك أن يحد كثيرا في الواقع من قدرة القاضي الإداري على التدخل بفعالية، حيث يتمتع هذا الأخير، في مقابل سلطة العقاب التي يفتقدها، بسلطات أخرى لا تقل فعالية لاسيما بعد التعديلات الجوهرية التي أدخلها المشرع على وظيفة القاضي الإداري بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أخصها منحه مكنة الوقف الاستعجالي لتنفيذ القرارات الإدارية المنازع في مشروعيتها، توجيه أوامر للإدارة بالفعل أو بالامتناع، وفرض الغرامة التهديدية عليها.

كما أن سلطة العقاب التي يحوزها مجلس المنافسة ليس من شأنها في الواقع منحه الأفضلية المطلقة في مواجهة القاضي الإداري، حيث لا تبدو العقوبة المالية التي يملك توقيعها على الأعوان الاقتصاديين الحل الأمثل عندما يتعلق الأمر بتدبير إداري يمس باللعبة

[1]- Conseil d'Etat, **Collectivités publiques et concurrence,** Rapport public précité, p. 249.

التنافسية، بل يكمن الحل في الإلغاء الجذري لمصدر الممارسة[1]، وهو ما يملكه القاضي الإداري دون مجلس المنافسة.

المطلب الثاني: حدود تدخل قاضي الموضوع الإداري لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة لها في مجال الصفقات العمومية

لم يجعل المشرع خضوع الأشخاص العمومية عند تصرفها كسلطة عمومية لقانون المنافسة ذا طبيعة مطلقة، بل خضوعا نسبيا يجد حده عند التحفظ الذي أوردته المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المعدلة والمتممة المذكورة أعلاه، والمتعلق بعدم إعاقة هذا الخضوع لأداء الشخص العمومي لمهام المرفق العمومي المنوطة به أو لممارسته صلاحيات السلطة العمومية المعترف له بها.

نتيجة لذلك، يجد تدخل القاضي الإداري لإدانة الممارسات المقيدة للمنافسة التي قد ترتكبها المصالح المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية حده عند عدم عرقلة هذا التدخل لمهام المرفق العمومي أو لممارسة صلاحيات السلطة العمومية المعترف بها لهذه الأشخاص العمومية.

يفرض هذا التحفظ على القاضي الإداري أن يقوم عند تصديه لرقابة أعمال السلطة العمومية الماسة بالمنافسة بالمصالحة بين متطلب الحفاظ على السير التنافسي للأسواق في مواجهة السلطة العمومية والمتطلبات الأخرى للنشاط العمومي، بمعنى ألاّ يقتصر عند فحصه لمشروعية القرار الإداري على معاينة ما إذا كان هذا القرار يتضمن انتهاكا لقواعد المنافسة فقط، بل كذلك معاينة ما إذا كان هذا الانتهاك مبررا باعتبارات أخرى مرتبطة بالمصلحة العامة، كمتطلبات حسن أداء المرفق العمومي لمهامه.

تفرض هذه المهمة على القاضي الإداري أن يواجه بين المصالح الماثلة أمامه، وعلى ضوء حصيلة هذه المواجهة يقوم بترجيح الأولى منها بالحماية، بمعنى آخر يقوم بالموازنة بين

[1]- نبيلة ارزقي، **" Le juge administratif face au droit de la concurrence"**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 16، عدد 2، 2017، ص. 297.

التقييد الذي يمكن أن يلحق بالسير التنافسي للصفقة العمومية من جراء التدابير الإدارية والفائدة المحتملة التي يمكن أن تحققها هذه الأخيرة للمصلحة العامة (حماية المستهلك، حماية البيئة، الحفاظ على حسن سير المرفق العمومي،...الخ)[1].

تستكمل هذه الموازنة من خلال قيام القاضي ببسط رقابة تناسب contrôle de proportionnalité على التدبير الإداري ترمي إلى التأكد مما إذا كان التقييد للمنافسة الذي تضمنه ضروريا لتحقيق أهداف المصلحة العامة المحتج بها، أي ما إذا كان يشكل الوسيلة الوحيدة لضمان أداء المرفق العمومي لمهامه، من ناحية، ومما إذا كان متناسبا مع الهدف المبتغى من إقراره، أي لم يتجاوز القدر الضروري اللازم لقيام المرفق بمهامه، من ناحية ثانية[2].

واضح إذن مما سبق أهمية الدور التحكيمي بين المصالح المنوط بالقاضي الإداري في مجال رقابة الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن الأشخاص العمومية المتعاقدة، الأمر الذي يجعل من هذا القاضي فاعلا أساسيا في مجال الضبط التنافسي في مادة الصفقات العمومية.

خاتمة:

تشكل الصفقات العمومية، باعتبارها أحد وسائل تلبية الطلب العمومي وبعث الديناميكية في الاقتصاد الوطني، فعلا إقتصاديا بامتياز، لذلك أخضع المشرع إبرامها إلى مبدأ المنافسة الحرة لما يتيحه هذا الأخير من مزايا على صعيد معادلة الجودة والسعر، كما جعل من القاضي الإداري فاعلا في حماية هذا المبدأ من خلال الدور الذي يؤديه في هذا الإطار كل من قاضي الاستعجال وقاضي الموضوع.

[1]- نبيلة ارزقي، المرجع السابق، ص. 297.

[2]- Jean-Marc SAUVE, **« La notion de service d'intérêt économique général »**, intervention lors du colloque de la société de législation comparé le 14 octobre 2011 sur le thème «les services d'intérêt économique général et le marché intérieur régimes n
ationaux et cadre juridique européen», disponible sur:http: // www.conseil-etat.fr / Actualites / Discours-Interventions / La – notion – de – service - d-interet-economique-general

بالنسبة لقاضي الاستعجال الإداري، نصبه المشرع الإجرائي حاميا لالتزام المصلحة المتعاقدة بوضع إبرام الصفقة حيز المنافسة، وذلك من خلال اختصاصه بالنظر في طلب الاستعجال ما قبل التعاقدي، كطلب ذا طابع وقائي وتصحيحي يرمي إلى تصحيح المخالفات التي تمس من خلالها المصلحة المتعاقدة بالتزامات المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة، وإن كان من شأن تضييق نطاق سلطات قاضي الاستعجال في الحكم الصادر في هذا الطلب الإنقاص من فعالية هذا الإجراء في تحقيق أهدافه.

أما بالنسبة لقاضي الموضوع، فقد نصبه المشرع كذلك ضابطا للمنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية، وذلك من خلال اختصاصه بمراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة التي قد تصدر عن المصالح المتعاقدة بصفتها أشخاص عمومية، غير أن تعدد وتنافس المصالح داخل الصفقة يفرض على هذا الأخير القيام بدور تحكيمي بينها يرتكز على مصالحة متطلب حماية المنافسة مع بعض المتطلبات الأخرى للمصلحة العامة لاسيما مهام المرفق العمومي.

بناء على ما سبق، خلصت الدراسة إلى توصيتين أساسيتين: أولاهما موجهة للمشرع، والذي نهيب به توسيع دائرة سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي في الحكم الصادر في الطلب من خلال منحه سلطة الإلغاء الكلي أو الجزئي للقرارات المرتبطة بإبرام العقد وسلطة إلغاء الشروط الموجهة لأن تظهر في العقد إذا كانت تنتهك التزامات المنافسة. أما التوصية الثانية فموجهة للقاضي الإداري، والذي نهيب به كذلك إعمال رقابة ملموسة عند تصديه لمراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن المصالح المتعاقدة ترتكز على مصالحة متطلب حماية المنافسة مع متطلبات المصلحة العامة الأخرى التي تثيرها الصفقة العمومية المعنية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ- القوانين:

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر.ج.ج، العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008) المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022 (ج.ر.ج.ج، العدد 48 الصادرة في 17 جويلية 2022).

- القانون رقم 23-12 المؤرخ في 5 أوت 2023 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، العدد 51 المؤرخة في 6 أوت 2023.

- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة (ج.ر.ج.ج، العدد 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003) المعدل والمتمم.

ثانيا / قائمة المراجع:

1- باللغة العربية:

1-1- المقالات العلمية:

- بزاحي سلوى، **"رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية"**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق- جامعة بجاية-، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد01، 2012.

- نبيلة ارزقي، **" Le juge administratif face au droit de la concurrence"**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 16، عدد 2، 2017.

2- باللغة الأجنبية:

A- RAPPORTS:

- Conseil d'Etat, **Collectivités publiques et concurrence,** Rapport public 2002, La Documentation française, Paris, 2002 .

B- Ouvrages:

- René CHAPUS, **Droit du contentieux administratif** ,12ème éd., Montchrestien, Paris, 2006.

- Olivier LE BOT, **Le guide des référés administratifs**, Dalloz, Paris, 2013.

C- Thèses:

- Lionel ZEVOUNOU, **Le concept de concurrence en droit**, Thèse de Doctorat, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, UFR Droit et

Sciences Politiques – Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, 2010.

D- Références électroniques:

- Jean-Marc SAUVE, **« La notion de service d'intérêt économique général »**, intervention lors du colloque de la société de législation comparé le 14 octobre 2011 sur le thème «les services d'intérêt économique général et le marché intérieur régimes nationaux et cadre juridique européen», disponible sur:http: // www.conseil-etat.fr / Actualites / Discours-Interventions / La – notion – de – service - d-interet-economique-general