التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية

الكاهنة إرزيل
أستاذة التعليم العالي
جامعة مولود معمري تيزي وزو
naimairzil@yahoo.fr

تاريخ إرسال المقال: 2018/04/21 تاريخ نشر المقال: 2018/04/25

الملخص

يعتبر إبرام بعض العقود وسيلة للتعدي على قواعد المنافسة من بينها الصفقات العمومية التي تعقد بين الإدارة بشكل عام وبين المتعاملين الاقتصاديين. ذلك ما يفسر تدخل التشريعات لمحاولة إلزام كل من الإدارة والمتعامل الاقتصادي بضرورة احترام قواعد المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية وفق مفاهيم معينة. وهو ما يستدعى التساؤل كيف يمكن للصفقات العمومية أن تأثر على المنافسة؟ بطريقة أخرى هل يمكن إبرام الصفقات العمومية بأساليب تكفل الحفاظ على المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين؟

Abstract

The conclusion of some contracts is a means of violating the rules of competition, including public transactions between the administrations in general and economic dealers.

This explains the interference of legislation to try to oblige both the administration and the economic trader to respect the rules of competition when concluding public transactions according to certain concepts.

This raises the question of how public transactions can affect competition. In other ways, it is possible to conclude public transactions in ways that ensure the maintenance of competition among economic agents

الكلمات المفتاحية: المنافسة، الصفقات العمومية، قانون المنافسة، قانون الصفقات العمومية

مقدمة:

من أبرز دعائم اقتصاد السوق المحافظة على التنافس الحر بين مختلف الأعوان الاقتصاديين في جو قوامه التزاحم والتسابق الحر حول إنتاج مختلف السلع والخدمات. الأمر الذي يفسر تدخل التشريعات لإقرار هذه الدعامة من حيث تكريسها لمبدأ الحرية الاقتصادية والمنافسة الحرة من خلال النص على التصدي لكل أشكال الاعتداء على التنافس والهيمنة على الأسواق ومن ثمة منح الاحتكار. ولما كان التعاقد من بين التصرفات التي قد تؤثر على السوق وبالتالي عرقلة التنافس فقد تم النص في قوانين المنافسة من بينها قانون المنافسة الجزائري على منع كل أشكال التعاقد التي الغرض منها عرقلة السوق وفرض منهج الاحتكار من خلال وصف تلك التصرفات بالممارسات المقيدة للمنافسة.

على هذا الأساس فكل العقود يمكن أن تشكل تعديا على التنافس الحر من بينها الصفقات العمومية التي تبرم بين الإدارة بشكل عام وبين المتعاملين الاقتصاديين. ذلك ما يفسر تدخل التشريعات لمحاولة إلزام كل من الإدارة والمتعامل الاقتصادي بضرورة احترام قواعد المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية وفق مفاهيم معينة. وهو ما يستدعى التساؤل كيف يمكن للصفقات العمومية أن تأثر على المنافسة؟ أي إلزام الإدارة باحترام المنافسة الحرة عند لجوءها إلى إبرام الصفقات العمومية؟ بطريقة أخرى هل يمكن إبرام الصفقات العمومية بأساليب تكفل الحفاظ على المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين؟

إن الإجابة على هدا التساؤل يمكن إظهاره من خلال التطرق إلى العلاقة القائمة بين إبرام الصفقات العمومية والمنافسة (أولا) والنتائج المترتبة عن وجود هذه العلاقة (ثانيا).

أولا: العلاقة القائمة بين المنافسة وإبرام الصفقات العمومية: علاقة تكامل على إقرار المساواة والعدالة

إن العلاقة بين إبرام الصفقات العمومية والمنافسة يمكن إظهارها من وجود مصلحتان متعارضان ومتلازمتان في نفس الوقت على النحو التالي:

- مصلحة الإدارة في تحقيق احتياجاتها العامة من خلال استغلال الأموال العامة ومن ثمة اللجوء إلى أسلوب إبرام الصفقة العمومية.
- المصلحة الاقتصادية العامة من حيث المحافظة على توازن الأسواق بإقرار المنافسة المشروعة بين المتعاملين الاقتصاديين.

فالإدارة باعتبارها مشتري عمومي وفي سبيل تلبية احتياجاتها تلجا إلى التعامل مع مختلف المتعاملين من بينها المتعاملين الاقتصاديين لغرض التعاقد للحصول على السلع والخدمات التي تحتاجها والتي يتكفل بتوفيرها عادة هؤلاء المتعاملين دون غيرهم. ذلك يبرهن على الأسباب التي استدعت اللجوء إلى إبرام الصفقات العمومية والتي تستوجب احترام قواعد المنافسة (1) ثم كيفية تدخل التشريعات لوضع مقاربة بين إبرام الصفقات العمومية والمنافسة(2).

1-أسباب احترام قواعد المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية: إن موضوع احترام قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية مرده أن الصفقات العمومية تبرم بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي. فالمادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تنص على أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرم بين المتعاملين الاقتصاديين وبين المصلحة المتعاقدة وفق التزام هذه الأخيرة بدفع مقابل مالي لغرض الحصول على احتياجاتها من المواد والخدمات[1]. وعليه، فوجود المتعامل الاقتصادي طرف في الصفقة العمومية يبين انه في وضعية غير متساوية بينه وبين الإدارة التي تضع الشروط المسبقة للتعاقد باعتبارها تتمتع بالسمو الأمر الذي قد يؤدي بالإدارة إلى التعسف اتجاه المتعامل الاقتصادي، إذن خضوع الطرفان لأنظمة قانونية مختلفة. فالإدارة طرف عام تخضع لأحكام القانون الإداري في حين المتعامل الاقتصادي يخضع لجملة من القوانين الاقتصادية من بينها القانون العام للمنافسة التي قوامها الحرية الاقتصادية والمنافسة الحرة.

بالنتيجة فالإدارة من خلال إبرام الصفقات العمومية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهي تلبية الاحتياجات العامة والاستفادة من مختلف الخدمات والمواد التي تعرض في السوق دون أن يكون هدفها تحقيق الربح. في حين يهدف المتعامل الاقتصادي إلى تحقيق الربح من خلال استفادته من الأموال التي تكون موضوع الصفقة العمومية.

بمعنى أخر، فالمتعامل الاقتصادي ينتظر من وراء إبرامه للصفقة العمومية ضمان البقاء والتواصل في السوق. وبالنظر إلى أن هذا الأخير تحكمه قواعد المنافسة فيهمه أن لا

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر سنة 2015.

يكون متعامل اقتصادي محدد هو الذي يستفيد من عرض الصفقة لذا لابد من حياد الإدارة عند عرضها للصفقة من خلال اعتمادها لمبدأ «***تكافئ الفرص***»، هذا من جهة.

من جهة أخرى فقد أثبتت الإحصائيات والتجارب أن إبرام الصفقات العمومية في الجزائر يكثر فيها المحاباة والأفضلية في منحها المتعامل اقتصادي دون غيره، أمر كثر فيه قواعد الفساد وتبديد الأموال العمومية. لذا ولغرض إقرار الحكامة الرشيدة في تسيير الأموال العمومية وفي سبيل إقرار الشفافية والنزاهة والمساواة في إبرام الصفقات العمومية انطلاقا من قاعدة تكافئ الفرص. ولغرض التقليل والقضاء على مشكل الفساد في الصفقات العمومية تم التركيز على إخضاع الأشخاص العامة لقواعد المنافسة باعتبارها من أكبر السبل التي تكفل الرقابة على الصفقات العمومية.

ثانيا: تدخل التشريعات لإقرار تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية: إن التلازم القائم بين الصفقات العمومية وتطبيق قواعد المنافسة ترجم من خلال تدخل التشريعات للنص عليه والذي مرده إخضاع الأشخاص العامة لقواعد المنافسة، وذلك من خلال نصوص قانون الصفقات العمومية من جهة ونصوص قانون المنافسة من جهة أخرى. وقد استنبط هذا الحكم من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية صادر في 23 ماي سنة 1998 على النحو التالي: « ***إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم الى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانهم من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا*** » [1]. والذي ترجم على النحو التالي:

1- التدخل أولا لوضع نص خاص في قانون المنافسة باعتباره الإطار العام الذي ينظم السوق ويقر القضاء على كل الممارسات المقيدة للمنافسة من بينها العقود والاتفاقات المقيدة للمنافسة التي تقضي على التزاحم بين المتعاملين الاقتصاديين من بينها الصفقات العمومية، وهذا باعتبار قانون المنافسة هو الذي يسمح

[1] LAJOYE Christophe, **Droit des marchés publics**, BERTI édition, Alger, 2007, P . 104

بتصحيح التجاوزات التي تعترض التنافس في الأسواق [1]. فباعتبار الإدارة هي المشتري العمومي في إطار الصفقات العمومية وبالنظر إلى المركز الذي تتمتع به فيمكن لها أن تلجأ إلى وضعية احتكار السوق من خلال تعاملها مع متعامل اقتصادي واحد والذي يشكل تعديا على السوق الحرة.

في القانون الجزائري تم النص على ذلك من خلال تدخل المشرع الجزائري لتعديل قانون المنافسة لسنة 2003 [2] بالقانون رقم 08-12 [3] الذي نص لأول مرة على شمول وامتداد تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية من يوم الإعلان على الصفقة إلى غاية رسو الصفقة على إحدى المتعاملين وهذا بإضافة الفقرة الثانية إلى المادة الثانية منه القاضية بـــ: « ***تطبق أحكام هذا الأمر على: ...- الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة***».

2- التدخل لوضع أحكام ضمن قانون الصفقات العمومية تضمن التنافس والتزاحم بين المتعاملين الاقتصاديين عند الترشح لإبرام الصفقات العمومية على أساس أن قانون الصفقات العمومية قانون ذات طابع علاجي يسمح بتفادي العودة إلى القانون العام للمنافسة المتميز بالطابع العقابي[4]. بمعنى التزام الأشخاص العامة بضمان عند بدأها في إجراءات منح الصفقة العمومية بتطبيق قواعد حرية التنافس.

وقد تجلى ذلك في القانون الجزائري من حيث تعديل قانون الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 الذي أضاف المادة 2 مكرر التي نصت على تكريس حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

---

(1) DELAUNAY Benoit, Droit public de la concurrence, LGDJ , LEXTENSO édition,Paris, 2015, P . 366.

(2) أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 43 صادر في 20 يوليو سنة 2003.

(3) قانون رقم 08-12 مؤرخ في 28 يونيو سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2008، والمتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 36 صادر في 2 يوليو سنة 2008.

(4) DELAUNAY Benoit, Op.cit, P . 367.

والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات[1]. ثم لاحقا ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن بند خاص في هذا المجال ضمن المادة 5 منه التي تنص صراحة على: « ***لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم***»[2].

ثانيا: النتائج المترتبة على إعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية:

بالنظر إلى العلاقة التناسبية القائمة بين المنافسة وإبرام الصفقات العمومية فذلك يترتب عنه جملة من النتائج تتمحور على التزام الإدارة باعتبارها مشتري عمومي باحترام إجراءات مرحلة ما قبل إبرام الصفقات العمومية (1) وإخضاع هذه الإجراءات لرقابة صارمة واستثنائية (2).

ضرورة احترام إجراءات اللجوء إلى إبرام الصفقات العمومية: من النتائج المترتبة على النص على تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية هي:

أ- أن احترام قواعد المنافسة يكون في المرحلة الحاسمة لإبرام الصفقات العمومية وهي مرحلة الإعلان عنها إلى غاية رسو الصفقة على إحدى المتعاملين. والحكمة في ذلك هو أن هي هذه المرحلة يشتد التنافس والتسابق على من يحظى بإبرام الصفقة. في هذه الحالة فقط يتصور التعدي على قواعد المنافسة من خلال ربما لجوء الإدارة إلى أساليب المحاباة وتفضيل بين متعامل ومتعامل آخر والذي يعتبر من منظور قانون المنافسة خرق لقواعد المنافسة الحرة.

ب- على هذا الأساس يطلب من الإدارة المعلنة على عرض الصفقة العمومية أن تلجا إلى انتهاج أسلوب المساواة والنزاهة والشفافية من حيث عدم

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2008 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 62 صادر في 9 نوفمبر سنة 2008.

[2] مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين من حيث فتح المجال لأي متعامل اقتصادي يرغب من الاستفادة من العرض المقدم لطلب لإبرام الصفقة العمومية. ذلك من شأنه كفالة مبادئ المنافسة الحرة.

ت- إن تجسيد قواعد النزاهة والشفافية والمساواة يكون من ناحية الإجراءات والمتمثلة تطبيقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 في:

- المعاملة العادلة بين المترشحين.
- ضرورة اعتماد الإشهار والإعلان الالكتروني.
- تقديم اكبر قدر ممكن من المعلومات للمترشحين من حيث تمكينهم من مختلف الوثائق.
- منح زقت طاف للمترشحين لتحضير العروض.
- اعتماد طريقة العروض كقاعدة والتراضي كاستثناء.
- العلنية عند فتح الأظرفة.
- تقييم العروض بطريقة علانية وشفافة من خلال القبول والرفض وتوقيع الجزاءات عند التنازل عن الصفقة أو في حالة التجاوزات.

2-فرض رقابة صارمة على مرحلة إبرام الصفقات العمومية: لغرض التأكد من احترام إجراء المنافسة وعلى غرار باقي الإجراءات المقررة في إبرام الصفقات العمومية، تم النص على فرض رقابة صارمة وهذا بموجب قانون الصفقات العمومية الذي تضمن إنشاء سلطات متخصصة في المجال تراوحت بين السلطات الرقابية الداخلية المتمثلة في لجنة فتح الأظرفة وكذا السلطة الرقابية الخارجية بواسطة سلطة الرقابة البعدية ثم تدخل السلطة الوصية المتمثلة في كل من الوزير والوالي و رئيس المجلس الشعبي البلدي[1]. والمستجد هو إنشاء لأول مرة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تسهر قبل تنفيذ الصفقات العمومية على احترام كل الإجراءات بما فيها المنافسة[2].

[1] راجع المواد من 156 الى 175 من المرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

[2] المادة 213 من المرسوم نفسه.

غير أن المشكل المطروح هو تدخل مجلس المنافسة في الرقابة على تطبيق إجراء المنافسة في مجال الصفقات العمومية والتي جاءت نصوص قانون المنافسة غامضة وغير واضحة بالرغم من النص على إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة. لذا يعتبر تدخل مجلس المنافسة في الصفقات العمومية مسألة ضرورية لإعمال قواعد المنافسة باعتباره سلطة ضبط في تطبيق أحكام قانون المنافسة وهذا من خلال سلسلة التدخلات التي يمكن أن يجريها ممارسا سلطة الرقابة والقمع. أمر من شأنه أن يضفي الشفافية والنزاهة على إبرام الصفقات العمومية من الناحية الاقتصادية وكذا الحفاظ على المال العام.

خاتمة:

من خلال هده الدراسة يتبين لنا التلازم الشديد بين المنافسة وإبرام الصفقات العمومية الهدف منه الحفاظ على المال العام من خلال معرفة مسار المال أمر يكفل التسيير الرشيد والجيد لها مما يساعد على القضاء على الفساد الذي يشوب إبرام مختلف الصفقات العمومية من الناحية المالية والإدارية من خلال القضاء على أسلوب المحاباة والتفضيل للمتعامل الاقتصادي على حساب المتعامل الاقتصادي الآخر. أمر يساعد أيضا على الحفاظ على المنافسة الحرة من خلال ل تمكين المتعاملين الاقتصاديين من الاستفادة من الأموال بشكل جيد. غير أن تحقيق هذه الأهداف يتوقف على جملة من المسائل:

1- مدى استعداد الإدارة في الجزائر لتطبيق هذه القواعد تطبيقا صارما يكفل ضمانات المتعامل الاقتصادي من الاستفادة من أرباح الصفقات العمومية.
2- مدى توافر الإدارة على الإطارات القادرة على تفعيل هذه النصوص القانونية الهامة. دون أن ننسى مدى توافر المناخ المناسب للإدارة لتطبيق تلك النصوص من خلال سيطرة الفساد والرشوة على ابرام الصفقات العمومية باعتراف من المسؤولين.
3- مدة استعداد مجلس المنافسة من الناحية الفنية والعملية للتدخل في مجال الصفقات العمومية في ظل محدودية تدخلاته من الناحية العملية في مجال تطبيق قوانين المنافسة بشكل عام.

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر

-النصوص القانونية

1- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 43 صادر في 20 يوليو سنة 2003.

2- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 28 يونيو سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2008، والمتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 36 صادر في 2 يوليو سنة 2008.

-النصوص التنظيمية

1- مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2008 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 62 صادر في 9 نوفمبر سنة 2008.

2- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر سنة 2015.

ثانيا: قائمة المراجع

1- LAJOYE Christophe, **Droit des marchés publics**, BERTI édition, Alger, 2007.

2- DELAUNAY Benoit, **Droit public de la concurrence**, LGDJ , LEXTENSO édition ,Paris, 2015.