

حدود حرية الإدارة في التعاقد في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال تكريس شروط المنافسة.

Limits of the administration's freedom of contracting in the field of public procurement and delegations of public service through dedication of the competition conditions.

حمدي مريم

جامعة محمد خيضر -بسكرة-، meriem.hamdi@univ-biskra.dz

تاريخ الاستلام: 2022/11/08 تاريخ القبول: 2022/12/27 تاريخ النشر: 2023/06/15

ملخص:

تتمحور الدراسة حول البحث عن حدود حرية الإدارة في التعاقد في ظل النقلة النوعية التي عرفها مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب القانون رقم 12/08، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 والكشف عن العلاقة القائمة بين حرية الإدارة في التعاقد وبين مبدأ حرية المنافسة.

ونظرا للخصائص التي تميز الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على اعتبار أنها عقود إدارية، أين تتمتع فيها الإدارة بحقوق وامتيازات لا تتاح للطرف المتعاقد معها بهدف تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، مما جعل المشرع من حرية الإدارة في التعاقد مشروطة ومحدودة من خلال التقييد بأحكام القانون التي تحظر الممارسات المقيدة للمنافسة والتي تحد من حرية الدخول في الأسواق وعرقلة حرية تحديد الأسعار طبقا لقواعد الطلب والعرض.

كلمات مفتاحية: حرية تعاقد الإدارة، الصفقات العمومية، تفويضات المرفق العام، حرية المنافسة، الممارسات المقيدة للمنافسة.

Abstract:

The subject matter of this study revolves around searching the limits of the administration's freedom of contracting in light of the specific shift in the field of public procurement and delegations of public service, under the Law No.12/08, pertaining to competition, as amended and supplemented by the Law No.05/10; in addition to revealing the existing relationship between the administration's freedom in contracting and the competition freedom principle.

In view of the characteristics distinguishing the public procurement and delegations of public service as administrative contracts, whereat the administration enjoys rights and privileges that are not given to the contracting party, with the aim to attain a balance between the public interest and the private interest, the fact of which has pushed the legislator to make from the

administration's contracting freedom conditional and limited, all the way through complying with the provisions of the law that prohibit the practices that restrict competition and limit the freedom of entering in the markets and impeding the freedom of setting prices according to the rules of demand and supply.

Keywords: Administration's freedom of contracting; Public procurement; Delegation of public service; Freedom of competition; practices restricting competition.

المؤلف المرسل: حمدي مريم، الإيميل: meriem.hamdi@univ-biskra.dz

مقدمة:

تبنّت الجزائر تدريجيا نظاما مختلفا يقوم أساسا على اقتصاد السوق تأثرا بالعولمة الاقتصادية التي اجتاحت دول العالم، وتجسد هذا التحول من خلال دستور سنة 1989، ومختلف التعديلات التي طرأت عليه، والذي كرس في مبادئه الحرية في المجال الاقتصادي، وحماية المنافسة وتحرير الأسعار، وضمان الشفافية والمساواة بين المتنافسين، وحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، ولهذا كان لا بد في ظل هذا الانفتاح من إعادة النظر في المنظومة القانونية لتنماشى مع السياسة المتبعة في تسيير الاقتصاد الوطني.

فصدرت عدة قوانين مساهمة لهذا التوجه، ومن ذلك الأمر 06/95، المتعلق بالمنافسة (الملغى) باعتباره آلية قانونية تسمح بالانتقال من النظام الاقتصادي الموجه إلى نظام اقتصاد السوق.

ولم تتوقف الإصلاحات إلى هذا الحد، بل شملت مجال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تم إدراج أحكام جديدة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مستوحاة من قانون المنافسة، وذلك بموجب القانون رقم 12/08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 من خلال امتداد تطبيق قواعد المنافسة على الصفقات العمومية.

وبما أن عقود الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هي عقود إدارية تمتاز فيها المصلحة المتعاقدة بممارستها لامتيازات السلطة العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة، حيث تلعب الإدارة دورا أساسيا في إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام، وتحديد الأثر القانوني المترتب عنها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، وعلى اعتبار الصفقات العمومية من المجالات الملائمة لانعقاد الممارسات المقيدة للمنافسة، فإن الدولة تدخلت بوضع التشريعات لحمايتها من

كل أشكال التعسف لاسيما الاتفاقات المقيدة للمنافسة، والتعسف في كل من وضعية الهيمنة، والبيع بأسعار منخفضة، والتي تحد من حرية الدخول إلى الأسواق، وعرقله حرية تحديد الأسعار حسب قواعد الطلب والعرض. وعليه فالإشكالية التي نطرحها مفادها:

ماهي حدود حرية الإدارة في التعاقد في تكريس شروط المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؟

لتحليل الموضوع والإجابة على الإشكالية المذكورة أعلاه يستوجب منا وضع الفرضيات التالية:

- الفرضية الأولى: مبدأ حرية المنافسة كقيد على حرية الإدارة في التعاقد.
- الفرضية الثانية: حرية الأسعار والاستثناءات الواردة عليه.
- الفرضية الثالثة: ضرورة تقيد الإدارة بأحكام القانون التي تحظر الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والاستثناءات الواردة عليه.

من هنا جاءت هذه الورقة البحثية بهدف الكشف عن العلاقة الموجودة بين حرية المنافسة، وحرية الإدارة في التعاقد في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال إبراز مواطن تقيد حرية الإدارة في التعاقد انطلاقاً من تكريسها لشروط المنافسة الحرة، والنزاهة لضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفعالية الاقتصادية، وحماية المتعاملين الاقتصاديين من تصرفات منافسيهم المخالفة للقانون. ولا اعتبارات تتعلق بالموضوع، ارتأينا الاعتماد على المنهج التحليلي والمنهج النقدي، وذلك نظراً لأهميتهما وملاءمة استخدامهما عند دراسة النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية والمنافسة وتحليلها عبر مختلف محطات الدراسة.

2. مفهوم مبدأ حرية المنافسة كقيد على حرية الإدارة في التعاقد

تعتبر حرية المنافسة كقيمة قانونية ضمنها أغلب الدساتير ومن بينها الدستور الجزائري، حيث أشار إلى ذلك من خلال النص على مبدأ حرية التجارة والاستثمار الذي كان امتداداً لحرية التجارة والصناعة بعد التعديل الدستوري لسنة 2016 حيث أكد على أن حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. (01/16، 07 مارس 2016)

فمبدأ حرية التجارة والاستثمار هو أساس حرية المنافسة، حيث أن تكريس هذه الأخيرة يرتكز بالدرجة الأولى على هذا المبدأ الذي يلزم الإدارة بمنع الاحتكار واحترام قواعد السوق والتي من بينها حرية المنافسة.

وقد سعى المشرع الجزائري لتكريس مبدأ حرية المنافسة في مجموعة من النصوص القانونية، خاصة المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (247/15، 20 سبتمبر 2015)، والأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) (03/03، 20 جويلية 2003) حيث يعد

من أهم المبادئ التي تركز عليها الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهو ما أكدته تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بالاستناد على مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأي المساواة وشفافية الإجراءات بدءاً من مرحلة الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، إلا أنه على الرغم من أهمية هذا المبدأ، غير أن المشرع قيد الإدارة من حريتها من خلال شروط المنافسة.

على هذا الأساس يتطلب منا أولاً تعريف مبدأ حرية المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ثم نتناول تعريف هذا المبدأ في قانون المنافسة.

1.2 تعريف مبدأ حرية المنافسة في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المنظم لم يشير بصريح العبارة إلى مبدأ حرية المنافسة، لكن اكتفى فقط بالنص على مبادئها في المادة 05 منه (حرية الوصول إلى الطلبات العمومية مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، مبدأ شفافية الإجراءات). (247/15، 20 سبتمبر 2015)

وعليه، فإنه يمكن أن يعرف مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بحرية تقديم العروض من قبل جميع المعنيين بموضوع الصفقة، ويعتبر مبدأ حرية المنافسة في حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع المصلحة المتعاقدة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس. (بلجيبالي، 2018، صفحة 22)

كما يقصد به كذلك فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية لتقديم عروضهم متى تتحقق فيهم الشروط المطلوبة لإبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تم تحديدها مسبقاً والإعلان عنها في طلب العروض. بمعنى أن تحيز المصلحة المتعاقدة في اختيار من تدعوه للتعاقد، متخذة بذلك موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية. (عطوي و بن الشيخ، 2019، صفحة 104)

فإذا ما رغبت الإدارة - ممثلة في المصلحة المتعاقدة- في التعاقد فإنه أول إجراء تنقيد به هو ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها ممن تتوافر فيهم المؤهلات اللازمة، وحتى يتحقق ذلك يجب أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية لتحديد الفئات التي تدعوها، وتلك التي تستبعدا فتلتزم الإدارة المتعاقدة بالملاءمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف، وبين حرية التنافس في

نيل الصفة وذلك بعدم إساءة استخدام سلطتها الإدارية في انتقاء واختيار المتعاقد معها (كتو، 2010، صفحة 75).

مع مراعاة ما سبق، فإن الإدارة تبقى محتفظة بالسلطة التقديرية في استبعاد المرشحين غير الأكفاء من التعاقد، كما تبقى لها السلطة في تقدير وتقييم صحة العروض ماليا وتقنيا، على أن يكون هذا الحق بناء على نصوص قانونية واضحة.

2.2 تعريف مبدأ حرية المنافسة في قانون المنافسة.

مبدأ حرية المنافسة يعني العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون الاقتصاديون لنفس النشاط، وأن يستمروا في هذه المنافسة من دون قيود (مزغيش، 2016، صفحة 26)، أو بمعنى آخر فيقصد بها أن كل شخص يعتبر حرا للقيام بأي نشاط اقتصادي، وذلك بشرط احترام متطلبات أحكام قانون المنافسة.

وعليه، يمكن القول أن حرية المنافسة تتضمن بالإضافة إلى حرية انتقال الأشخاص واحترام حرية القيام بالمشاريع ألا تكون هناك حواجز تحظر الدخول إلى السوق، وحرية حركة عوامل الإنتاج، وعدم إعاقة تدفق رؤوس الأموال أو تضيق حرية وحركة انتقال السلع أو الخدمات، ولا حرية الإنشاء. (تيورسي، 2013، صفحة 100)

3. مبادئ المنافسة.

نص المشرع الجزائري على مبادئ المنافسة في المواد من 04 إلى 22 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، والتي سنركز فيها على مبدأ حرية الأسعار والاستثناءات الواردة عليه، ومبدأ حظر الممارسات المقيدة للمنافسة والاستثناءات الواردة عليه، والتي تناولنا فيها الاتفاقات المحظورة والتعسف في كل من وضعية الهيمنة، والبيع بأسعار منخفضة.

1.3 مبدأ حرية الأسعار

نقصد بمبدأ حرية الأسعار: " فتح مجال النشاط التجاري والصناعي للنشاط الحر، وللمبادرة الخاصة وذلك دون قيود غير التي تفرضها متطلبات الضبط الاقتصادي". (الحاج، ومسكين، 2021، صفحة 555)

وقد كرست المادة 01/04 بموجب الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، صراحة مبدأ حرية الأسعار كأهم مبدأ من مبادئ المنافسة الحرة. (03/03، 20 جويلية 2003)

ولا يقصد من تحرير الأسعار، تركها للحرية الفردية لكل منتج أو موزع أو بائع، يرفع ويخفض فيها ويغيرها بحسب أهوائه، بل كل منهم ملزم باحترام قواعد المنافسة في السوق، وتحديد أسعار السلع والخدمات بناء عليها، لأن استمرار نشاطه يتوقف على احترام تلك القواعد، ومن ذلك يلزم الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) الممارسين للنشاطات الاقتصادية احترام الأسعار التي تحدد توظيف لعبة المنافسة. (مزغيش، 2016، الصفحات 33-34)

وفي هذا السياق جاء في المادة 02/04 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) أن ممارسة حرية الأسعار، تتم في ظل احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا على أساس قواعد الإنصاف والشفافية، لاسيما تلك المتعلقة بـ:

- تركيبة الأسعار لنشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات واستيراد السلع لبيعها على حالها.

- هوامش الربح فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها أو تأدية الخدمات.

- شفافية الممارسات التجارية.

ومبدأ حرية الأسعار يخضع لضابط شفافية السوق، والتي تقتضي توفير جملة من المعلومات الأساسية، والضرورية في الوقت للزبون عن أسعار وكمية ونوع السلع والخدمات، وكذا شروط البيع، وتأدية الخدمة بحيث يكون قرار الزبون نتيجة مباشرة لاطلاعه عليها، وغايتها يحدث اختلال التوازن في السوق. (مزغيش، 2016، الصفحات 34-35)

كما أنها ينبغي أن تكون هذه الحرية دوما ضمن إطارها القانوني، والمتمثل في احترام قواعد المنافسة الحرة والنزيهة وكل مخالفة لذلك تعتبر منافسة غير مشروعة. وعلى الرغم من أن حرية المنافسة لا تقوم إلا على أساس مبدأ حرية الأسعار للمؤسسات الاقتصادية طبقا للدستور وقانون المنافسة في ظل الاقتصاد الحر، إلا أنها لا يعني أنها مطلقة، فنجد الدولة تتدخل في تقييدها كي تقضي على المضاربة، وضبط السوق واستقراره.

2.3 تدخل الدولة في تحديد الأسعار كاستثناء على مبدأ حرية الأسعار

تطبيقا لأحكام المادة 04 المذكورة أعلاه، يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات، أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم، بحيث تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات وتسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية، وذلك للأسباب الرئيسية الآتية:

- تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع في حالة اضطراب محسوس للسوق.

- مكافحة المضاربة بجميع أشكالها، والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك.

كما يمكن اتخاذ تدبير مؤقتة لتحديد هوامش الربح، وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها حسب الأشكال نفسها، في حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر، لاسيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط

معين، أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية. (03/03، 20 جويلية 2003)

من خلال نص هذه المادة، يتضح لنا أن الدولة لها ثلاث آليات قانونية لتحديد أسعار السلع والخدمات، وهي: التحديد، التسقيف، والتصديق.

4. الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كقيد على حرية الإدارة في التعاقد-المبدأ العام-

بما أن الصفقات العمومية أصبحت مجالا خصبا لتطبيق أحكام قانون المنافسة، وعلى كل متدخل فيها، فقد أرسى المشرع الجزائري من خلال قواعده مجموعة من الشروط والضمانات لخلق بيئة قائمة على المنافسة النزيفة لتجنب أي ممارسات مخلة أو منافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

ولهذا نجد أن المشرع الجزائري تناول الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن أحكام الفصل الثاني في المواد 06 إلى 14 من الأمر المتعلق بالمنافسة رقم 03/03 المعدل والمتمم.

وانطلاقا من نصوص هذه المواد نلاحظ أن مجال هذه الممارسات واسع جدا، ولهذا ستقتصر دراستنا في مجال الصفقات العمومية على الممارسات الأكثر شيوعا هي الاتفاقات المحظورة، والتعسف الناتج عن كل من وضعية الهيمنة على السوق، والبيع بأسعار منخفضة، المحظورة بموجب أحكام المواد 06، 07، 12 من الأمر المتعلق بالمنافسة رقم 03/03 المعدل والمتمم.

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى الاتفاقات المحظورة، ثم التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في البيع بأسعار منخفضة.

1.4 الاتفاقات المحظورة (Les ententes illicites)

نقصد بالاتفاق: تبادل إيجاب وقبول صريح أو ضمني مكتوب أو شفهي، اتفاق حقيقي أو عمل مدبر وترتيب أو اتفاق حول عرقلة المنافسة، والاتفاق في قانون المنافسة يكتسي مفهوما أوسع. (Bernard, 2000, pp. 396- 474)

ويمكن لهذا الاتفاق أن يبرم بين أشخاص طبيعية أو معنوية شرط أن يأخذ شكل مؤسسة، كما يمكن أن تأخذ أشكالا مختلفة، سواء كانت اتفاقية أفقية أو عمودية أو عضوية. (بلحارث، 2016، الصفحات 237- 238)

وبالرجوع لنص المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم نجد أن المشرع في مجال الصفقات العمومية قد أكد على حظر جميع الممارسات المقيدة للمنافسة لاسيما عندما ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة.

ولكن باستقرائنا لهذه المادة نجد أن المشرع أكد على منع الممارسات المقيدة في مجال الصفقات العمومية دون اتفاقية تفويض المرفق العام، وربما يكون السبب في عدم النص عليه راجع لصدور الأمر المتعلق بالمنافسة رقم 03/03 المعدل والمتمم

بالقانون رقم 12/08، والقانون رقم 05/10، كان سابقا على صدور المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك صدور بعد هذا الأخير المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، نلاحظ كذلك أن المشرع في نص المادة 06 المذكورة آنفا لم يحدد طريقة إبرام الصفقة العمومية بل اقتصر فقط على منعه للممارسات المقيدة للمنافسة أيا كانت طريقة الإبرام سواء تعلق الأمر بطلب العروض أو التراضي وهذا ما يتناقض مع نص المادة 02 من الأمر رقم 03/03، والتي أكدت على امتداد تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقات العمومية ابتداء من نشر الإعلان عن المناقصة (مصطلح المنافسة كان معمول به في ظل التنظيمات السابقة على المرسوم الرئاسي رقم 247/15)، إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

بمعنى أنه يمنح لمجلس المنافسة النظر في الممارسات المقيدة للمنافسة المذكورة في المادة 06 من نفس الأمر، وبالمقابل يحدد نطاق مجال تطبيق قانون المنافسة بإجراء المناقصة (المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم).

وتظهر الاتفاقات المحظورة من خلال التشاور بين المؤسسات المتنافسة إما عن طريق تنسيق عروضها أو من خلال تبادل المعلومات فيما بينها قبل إيداع العروض مما يؤدي إلى مخالفة مبدأ استقلالية العروض (Barkat & Azedine, 2022, p. 31)، والإخلال بمبدأ حرية المنافسة. (Barkat & Azedine, 2022, p. 23)

حيث يتم الاتفاق على توزيع الصفقات المختلفة فيما بينها، وذلك بتحديد مسبق للمؤسسة التي ستقدم أعلى عرض، أما الآخرون فيسقدمون عروض وهمية لمجرد التغطية، وإيهام الغير بأن هناك منافسة فعلية، بمعنى المشاركة في الترشح لتفادي الإعلان عن عدم جدوى الصفقة فقط بدون أي جدية أو اهتمام لنيلها، وهو ما يطلق عليه بعروض التغطية (**Les offres de couverture**)، والذي يأخذ صور متعددة أبرزها تقديم المترشحين لعروض غير جادة من أجل تسجيل مشاركتهم في الصفقة فقط، وهو ما يصطلح عليه بعروض بطاقات الزيارة (**Les offres carte visite**)، كما يدخل ضمن صورة عروض التغطية، ما يصطلح عليه بتدوير الصفقات (**Rotation des marchés**) (مخانشة، 2019، صفحة 45)، وفي هذه الصورة يلتزم مقدمو العروض المتأمرين بالتواطؤ بينهم إيهاما بجو منافس قانوني وحقيقي، لكن يتبادلون فيما بينهم دور صاحب العرض المرشح للفوز بالصفقة. (زيدان، 2018، صفحة 210)

وفي هذا السياق، نذكر مثال عن الإخطار التلقائي لمجلس المنافسة ضد شركة **PUB TOP**، و**ODV** و**PUB CITY**، حيث جاءت هذه المبادرة بعد اكتشاف

بعض مؤشرات التواطؤ بين المؤسسات المعنية خلال مشاركتها في المزايمة رقم 294 المؤرخة في 14/04/2016، المعلن عنها من طرف بلدية باب الواد. حيث تم إجراء تحقيق وفقا للإجراءات والكيفيات المنصوص عليها في الأمر المتعلق بالمنافسة، وتم اكتشاف العديد من المؤشرات التي دفعت إلى قطع الشك باليقين بوجود تواطؤ بين المؤسسات المعنية في إعداد عروضها الخاصة بالصفقة لأن وضعية هذه المؤسسات وفرت كل الشروط للقيام بالاتفاق على إعداد عروض تواطؤية يجعل عرض مؤسسة "PUB CITY" أفضل العروض يمنحها فرصة أكبر للفوز بالصفقة.

ولهذا فقد كَيّف مجلس المنافسة تصرفات المؤسسات المعنية بالاتفاق المحظور طبقا للمادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) على أساس أنها ممارسة مقيدة للمنافسة بنص المادة 14 من الأمر رقم 03/03 من نفس الأمر. (المنافسة، 2018)

وكما نعلم في مجال الصفقات العمومية، وانطلاقا من أحكام مواد المرسوم الرئاسي رقم 247/15 أن المنظم الجزائري اعتمد على أسلوب طلب العروض وأشكاله كقاعدة عامة، إذ ألزم المصلحة المتعاقدة بالاعتماد عليه لاختيار المتعامل الاقتصادي، مع مراعاة الأخذ بعين الاعتبار المعايير الموضوعية والمالية والتقنية لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وكما أوجب على المصلحة المتعاقدة كذلك أن تكون معايير اختيارها للمتعامل الاقتصادي غير تمييزية (247/15)، 20 سبتمبر 2015) مع مراعاة المنظم لإعطاء جانب من الحرية في اتباع الشكل المناسب لاختيار المتعاقد معها بما يتوافق وطبيعة كل صفقة.

هذا إن دل على شيء فإنه يدل على حرص المنظم على إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة التقيد بأحكام المنافسة الحرة وفقا لقانون المنافسة، في إطار حظر كل الاتفاقات المقيدة للمنافسة، مع مراعاة أن يكون الحظر ينطوي على اتفاق بغض النظر عن شكله يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بالمنافسة في السوق. ولا يقتصر تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية على الاتفاقات المقيدة للمنافسة، بل يتعدى إلى مجال التعسف في وضعية الهيمنة على السوق الذي تلجأ فيه المؤسسات لاستغلال القوة الاقتصادية.

2.4 التعسف في وضعية الهيمنة (Abus de position dominante)

عرّف المشرع الجزائري وضعية الهيمنة بأنها: تواجد مؤسسة في وضعية هيمنة والحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق، من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها، أو ممونيتها. (03/03، 20 جويلية 2003)

ويعرّف البعض وضعية الهيمنة بأنها: تلك القوة الاقتصادية التي تتحصل عليها مؤسسة، وتتيح لها سلطة التخلص من منافسة مؤسسات أخرى موجودة في السوق

نفسها. (كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر رقم 03/03 والقانون رقم 02/04، 2011، صفحة 45)

مما سبق نستنتج أن وضعية الهيمنة تعد من بين الممارسات التي يمكن قيامها في السوق، حيث تسمح للمؤسسة باكتساب مركز قوي في السوق، أي أنها تلعب دورا رئيسيا فيه، دون أن يكون بمقدرة أي منافس آخر من منافستها في هذه الوضعية. فقد تستغل المؤسسة المتواجدة في وضعية هيمنة على السوق إما في تقليص عدد منافسيها، أو تقييد حرية منافسيها من خلال اشتراطها عدم منافستها، أو منعهم من ممارسة نشاطا معيناً.

ولقيام ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق لا بد من توافر هيمنة من قبل مؤسسة على السوق ثم استغلالها بشكل تعسفي يؤدي إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها. (Zouaimia, 2012, p. 90)

إن التعسف في وضعية الهيمنة يمكن أن يكون ناتجا عن اتفاقات غير مشروعة بين عدة مؤسسات تهدف مثلا إلى إقصاء أحد المتنافسين أو باقي المتنافسين من الدخول في السوق، كما يمكن أن يعبر عن سلوك منفرد من قبل مؤسسة، غير أنه ومهما يكن شكله فإن القانون يحظر التعسف الناتج عن وضعية هيمنة قصد التأثير على المنافسة بالحد من الدخول في السوق، أو تقليص مراقبة الإنتاج أو اقتسام الأسواق، أو مصادر التمويل، أو عن طريق عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق. (03/03، 20 جويلية 2003)

وتشكل مخالفة التعسف الناتج عن الهيمنة في السوق تمثل أخطر الممارسات التي قد تخل بالمنافسة لاسيما بعد ظهور مؤسسات قوية في مجالات الإنتاج والتوزيع، لهذا يجب التصدي لهذه الممارسة من أجل تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية، وحتى لا تستغل وضعيتها في الهيمنة، واحتكار معظم حصص السوق، ذلك أن امتلاك المؤسسة لكل حصص السوق يجعلها في وضعية الاحتكار مما يمكنها من الاستحواذ على هيمنة مطلقة في سوق السلع والخدمات والسوق البديلة لها لتحرر بذلك من كل قيود المنافسة. (لشهب، 2016، صفحة 94)

ونظرا لاستدراك المشرع إلى خطورة الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، فإن الأمر لا يختلف كذلك بالنسبة للتعسف في وضعية الهيمنة، فعلى سبيل المثال يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخلق ممارسة مقيدة للمنافسة من خلال اختيارها لمعايير العروض المقدمة لنيل الصفقة، مما يترتب عليه تقييد للمنافسة، وذلك يحدث في حالة ما إذا توافرت تلك المعايير في مؤسسات دون غيرها من المؤسسات، لهذا نجد المنظم في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 أزم المصلحة المتعاقدة قبل عملية

إبرام الصفقة عند تحديد حاجياتها ألا تكون المواصفات موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد. (20/15/247، 20 سبتمبر 2015)

ولم يكتف المنظم بهذا الحد بل منح للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض صلاحية اقتراح رفض العرض المقبول على المصلحة المتعاقدة في حال ما إذا ثبت وجود بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو تسببت في الإخلال بالمنافسة.

بمعنى أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ليست هي من تقرر، وإنما منح لها صلاحية الاقتراح على المصلحة المتعاقدة، هذه الأخيرة هي من تملك سلطة القرار النهائي في حرية إبرام الصفقة أو إلغائها عند تعارضها مع المصلحة العامة.

كما أن المشرع لم يكتف بذلك بل ألزم المصلحة المتعاقدة بأن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط (20/15/247، 20 سبتمبر 2015) من أجل إعلام جميع المتنافسين بذلك.

كما يظهر التعسف في وضعية الهيمنة في صورة أخرى، عندما تكون المؤسسة في وضعية هيمنة حيث قد تلجأ وبما تملكه من قوة اقتصادية إلى التلاعب بالأسعار عن طريق الرفع أو الخفض المصطنع، أي غير المتناسب مع معطيات المنافسة في السوق، وهو ما اعتبره المشرع تعسفا في وضعية الهيمنة الاقتصادية وهذا ما أكده كذلك المنظم في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 05/72/06 حيث يمكن للمتعامل الاقتصادي الحائز على الصفقة يمكن استغلال وضعية الهيمنة بشكل تعسفي خلال فترة العقد، فنكون أمام حالة تعسف ناتجة عن وضعية الهيمنة، ولذا على المصلحة المتعاقدة بذل قصارى جهدها في الكشف عن مثل هذه الممارسات المقيدة للمنافسة، ومن ثم رفض العرض المقبول بمقرر معلل.

3.4 البيع بأسعار منخفضة تعسفيا.

يعرف البيع بأسعار منخفضة تعسفيا بأنه: "ممارسة مقيدة للمنافسة ترتكبها مؤسسة ضد مؤسسة أخرى من خلال عرض أو ممارسة لأسعار بيع منخفضة للمستهلك انخفاضا يصل إلى درجة البيع بسعر يقل عن سعر التكلفة الاجمالية مما قد يخل بمبادئ المنافسة الحرة". (لعور، 2014، صفحة 361)

حيث تقوم مؤسسة ما بتخفيض الأسعار إلى أقل من سعر التكلفة، وتقوم بإغراق السوق بتلك السلع، فإذا كان هذا التخفيض لا يؤثر على هذه المؤسسة لقوتها، إلا أنه سيدفع المؤسسات الضعيفة أو الأقل قوة إلى الخروج من السوق، وبعد إفشال المنافسة ستبقى هذه المؤسسة هي المحتكر الوحيد للسوق لتقوم بعد ذلك برفع أسعار السلع حسب رغباتها، وبشكل مضاعف لتعويض الخسارة التي لحقتها جراء التخفيض المعتمد.

وفي هذا السياق، جاء في نص المادة 12 من الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم) على منع عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل

تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق إذا كان الهدف من وراء ذلك إبعاد مؤسسة ما أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

وبإسقاط نص هذه المادة على المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (247/15) نجد أن المنظم اعترف للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بأن تطلب من المتعهد عن طريق المصلحة المتعاقدة تبريرات وتوضيحات التي تراها مناسبة فيما يخص حالة خفض الأسعار بشكل غير عادي أو ملفت للنظر، وتعلق ذلك بسعر واحد أو أكثر.

وبعد تلقي اللجنة الإجابة من المترشح أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض إذا لم تفتتح بالرد المقدم، ويتم رفض العرض بمقرر معلل. (247/15، 20 سبتمبر 2015)

مما سبق نلاحظ أن المشرع منح للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض صلاحية اقتراح على المصلحة المتعاقدة في حالة اكتشافها لممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة الحرة والنزيهة، وبالتالي فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بالتأكد من هذا النوع من الممارسات إذا ثبت ارتكاب هذه الممارسات. وفي الأخير، لا بد من الإشارة إلى عدم إدراجنا للتجميعات الاقتصادية ضمن مجال الدراسة، حيث برجعنا لنص المادة 15 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم) (03/03، 20 جويلية 2003) لم ينص المشرع في الأمر السالف الذكر (الأمر رقم 03/03) على التجميعات الاقتصادية المؤقتة المخالفة للقانون على الرغم من أن المنظم نص في المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 247 / 15 على التجميعات الاقتصادية المؤقتة، على عكس ما هو موجود في نص المادة 15 المذكورة آنفا (التجميعات الاقتصادية الدائمة).

وعلى الرغم من تكريس المشرع الجزائري لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة ومن بينها الاتفاقات المحظورة والتعسف في استعمال وضعية الهيمنة كأصل عام، إلا أنه أورد عليها استثناءات تزيل عن هذه الممارسات الطابع المنافي للمنافسة، وهذا ما سنتناوله تباعا.

5. الاستثناءات الواردة على حظر الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إن رغبة المشرع في مواكبة تطور القطاع الاقتصادي، لم يجعل من الحظر مبدأ مطلقا، بل جعله نسبيا يخضع لبعض الاستثناءات التي يترتب عنها إباحة تلك الاتفاقات رغم مساسها بالمنافسة.

1.5 الاستثناءات الواردة للاعتبارات القانونية:

نصت على هذه الحالة المادة 01/09 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم، حيث استنتى حظر الاتفاق في حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، هنا لا يمكن إدانة الاتفاق حتى ولو أخل بالمنافسة.

ويندرج هذا الإعفاء القانوني في السلطة المباشرة للمشرع في تنظيم النشاطات الاقتصادية في ظروف تستدعيها الضرورة، مع العلم أن هذه الحالة جديدة لم يتضمنها الأمر رقم 06/95 الملغى والمتعلق بالمنافسة بينما تضمنه الأمر رقم 03/03 لأول مرة (المعدل والمتمم) (دمانة و الحاسي، 2015، صفحة 57)، وما يترتب على ترخيص الممارسات المنافية للمنافسة بنص قانوني أن أطرافها تعفى من الإدانة والمتابعة. (Zouaimia, " Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence", 2012, p. 28)

ونلاحظ أن المشرع فيما يخص الاستثناء المتعلق بعدم حظر الاتفاق في حالة وجود نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً لنص تشريعي، يجعلنا نستنتج أن التنظيم المقصود بها هنا هو الذي يدخل في اختصاص الوزير الأول (المراسيم التنفيذية التي تأتي لتطبيق قانون أو أمر). (Zouaimia, " Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence", 2012, p. 36)

2.5 الاستثناءات الواردة للاعتبارات الاقتصادية:

نص المشرع على هذا الاستثناء في المادة 01/09 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم، حيث تم تبرير الاتفاق المقيد للمنافسة الناتج عن تطور اقتصادي، أو تقني أو اجتماعي.

ولم يقتصر هذا التبرير على ما سبق ذكره أعلاه بل امتد كذلك إلى تعزيز الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث لا يمكننا إنكار المكانة الكبيرة التي أصبحت تحتلها هذه المؤسسات اليوم في مجال الأعمال والاقتصاد الوطني نظراً للمزايا التي تحققها، ومساهماتها في تحسين المنتج الوطني. (دمانة و الحاسي، 2015، صفحة 61)

وكما حرص المشرع كذلك على حماية الجانب الاجتماعي من خلال النص في نفس المادة المذكورة آنفاً على ضرورة الترخيص بالاتفاقات رغم تقييدها للمنافسة متى كانت هذه الأخيرة تساهم في تحسين الشغل وتؤدي إلى خلق مناصب شغل.

تجدر الإشارة أن الاستثناءات المذكورة آنفاً لا بد أن تركز على شرط جوهري يتمثل في ضرورة الحصول على ترخيص من مجلس المنافسة (مخانشة، " الممارسات المنافية للمنافسة: بين الحظر والإباحة "، 2016، صفحة 32)، وهذا ما أكده المشرع في نص المادة 02/09 من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم)، حتى يرفع الحظر عنها.

6. الخاتمة

من خلال دراسة موضوع حدود حرية الإدارة في التعاقد في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال تكريس شروط المنافسة، اتضح جليا مدى اهتمام المشرع وحرصه على سن نصوص قانونية تتلاءم مع مختلف التحولات الاقتصادية التي شهدتها الجزائر خاصة مع سياسة الانفتاح السياسي والاقتصادي، وامتداد تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي تم النص عليه بموجب القانون رقم 12/08، المتعلق بقانون المنافسة المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03، مما ترتب عليه الحد من سيطرة حرية الإدارة في التعاقد من خلال مجموعة من القيود والالتزامات لكن ما يعيننا في دراستنا هو شروط المنافسة. وفي هذا الإطار فقد أوصلتنا الدراسة للموضوع إلى عدد من النتائج التي سنوردها تباعا كما سيأتي:

- مدى اهتمام المشرع الجزائري بحرية المنافسة وتفعيلها في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث أصبحت حرية الإدارة في التعاقد محدودة أو مشروطة بتحقيق إجراءات يجب عليها أن تسلكها كما رأينا في مضمون الدراسة، حيث أنها ملزمة بالالتزام بضمان شفافية السوق التي تؤدي إلى إحداث توازن فيه، يرتكز بالأساس على فكرة تطبيق قواعد المنافسة على أعمالها، حتى ولو لم تكن تمارس نشاطا اقتصاديا وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من الأمر رقم 03/03 (المعدل والمتمم).

- المصلحة المتعاقدة ملزمة بعدم خلق ممارسات مقيدة للمنافسة من خلال إلزامها بعدم ممارستها لاتفاقيات محظورة أو التعسف في وضعية الهيمنة تتنافى وقواعد المنافسة بحجة حرية الإدارة في التعاقد مع الأعوان الاقتصاديين، كما أنها ملزمة كذلك بالكشف عن أي تواطؤ أو تجاوزات عن الممارسات التي تقيد من حرية المنافسة الصادرة من قبل المتعاملين الاقتصاديين لضمان إضفاء الشفافية والنزاهة على الصفقات العمومية.

- مبدأ حرية المنافسة وحرية الإدارة في التعاقد نستطيع القول بأنهما متلازمان، وهدفهما هو الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في إطار الحفاظ على الفاعلين الاقتصاديين والمال العام.

انطلاقا من هذه النتائج المتوصل إليها، ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- إعادة تعديل الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، بما يتماشى مع ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لضمان تجسيد فعلي لحرية المنافسة في أهم مجالاتها وهو الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خاصة فيما يخص ضرورة منح المشرع أهمية أكثر لاتفاقيات تفويض المرفق العام، والأخذ

بعين الاعتبار التنسيق بين مختلف النصوص القانونية المنظمة للنشاط الاقتصادي، والمنظمة للقطاع العام.

- ضرورة تقييد الإدارة قبل إبرامها لاتفاقيات تفويض المرفق العام بأحكام القانون التي تحظر الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو الحال ساري بالنسبة للصفقات العمومية من خلال إستدراك ذلك في التعديلات اللاحقة للأمر رقم 03/03، بإضافة اتفاقيات تفويض المرفق العام في الفقرة الأخيرة من المادة 06 من نفس الأمر.

- ضرورة إعادة النظر في نص المادة 15 من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، والتي تتعلق بالتجميعات الاقتصادية بالمراعاة ما جاء به المنظم في المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

قائمة المراجع

Barkat, D., & Azedine, A. (2022). " La Régulation Des Marchés Publics Par Le Conseil De La Concurrence". *Les Annales de l'université d'Alger1*, 36(01).

Bernard, B. J. (2000). *Droit des affaires*. paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Zouaimia, R. (2012). *le droit de la concurrence*. Alger: Maison d'édition Belkeise.

Zouaimia, R. (2012). " Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence". *revue critique de droit et sciences politiques*, 07(01).

أسماء بن لشهب. (2016). " مجلس المنافسة كآلية لترقية وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها". *مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال*، 01(01).

الأمر رقم 03/03. (20 جويلية 2003). يتعلق بالمنافسة. *الجريدة الرسمية* (43). المادة 43 من القانون رقم 01/16. (07 مارس 2016). يتضمن التعديل الدستوري. *الجريدة الرسمية* (14).

المرسوم الرئاسي رقم 247/15. (20 سبتمبر 2015). يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. *الجريدة الرسمية* (50).

أمنة مخانشة. (2016). " الممارسات المنافية للمنافسة: بين الحظر والإباحة ". *مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال*، 01(01).

أمنة مخانشة. (2019). " الحماية المؤسسية لمبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري ". *مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال*، 01(04).

بدرة لعور. (2014). " حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين وفقا لقانون المنافسة الجزائري ". *مجلة المفكر*، 09(01).

- بلعيد بلجيلالي. (2018). *الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية*. الجزائر: النشر الجامعي الجديد.
- حنان مسكين، بن أحمد الحاج، (2021). " تدخل الدولة في عملية تحديد الأسعار كقيد لحرية المنافسة في التشريع الجزائري". *مجلة العلوم الإنسانية*، 32(04).
- عبد النور زيدان. (2018). " الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية". *مجلة صوت القانون*، 05(01).
- عبير مز غيش. (2016). " *الأليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية*". جامعة محمد خيضر، بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- ليندة بلحارث. (2016). " دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة". *مجلة المعارف*، 11(21).
- مجلس المنافسة. (19 جويلية، 2018). *قرار رقم 2018/06*. تم الاسترداد من <https://www.conseil-concurrence.dz>
- محمد الشريف كتو. (2010). " حماية المنافسة في الصفقات العمومية". *المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية* (02).
- محمد الشريف كتو. (2011). *قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر رقم 03/03 والقانون رقم 02/04*. الجزائر: دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع.
- محمد تيورسي. (2013). *الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر*. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.
- محمد دمانة، و مريم الحاسي. (2015). " تبرير الاتفاقات المقيدة للمنافسة وفقا للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة". *مجلة الدراسات القانونية والسياسية*، 02(01).
- مريم عطوي، و نور الدين بن الشيخ. (2019). " قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية وفقا للقانون الجزائري". *مجلة النبراس للدراسات القانونية*، 04(02).