



مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية

راضية رحمانى: طالبة دكتوراه
كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

ملخص:

إن القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر المتضمن قانون المنافسة قد وسع من مجال إختصاص مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية التي يمكن أن تكون مصدرا للممارسات المنافية للمنافسة، الشيء الذي سوف يؤدي بهته الهيئة للعب دورها عن طريق توقيع العقاب على المخالفين لقواعد المنافسة في مادة الصفقات العمومية سواء تم إرتكاب هته المخالفات من طرف المتعهدين للصفقات العمومية أو من طرف المصلحة المتعاقدة، إبتداء من إعلان المناقصة إلى غاية منح الصفقة العمومية.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، مجلس المنافسة، مناقصة، مصلحة متعاقدة، متعهدين.

Abstract

Law No. 08-12 of June, 25th, 2008 amending and supplementing the Competition law, has enlarged the sphere of the competence of the Competition Council in the field of public procurement, which is a potential source of anti-competitive practices.

This will enable the institution to play its full role, as regards the applicables penalties in the event of non-compliance with the rules of competition when awarding public contracts - either by tenderers or by the contracting authority - from the publication of the notice of invitation to tender to the final award of the contract.

Keywords: Public procurement, competition council, tenders, tenderers, contracting service.

كرس الدستور الجزائري مبدأ حرية التجارة والصناعة والذي يمارس في إطار القانون، ومضمون هذا المبدأ يتمثل في حرية الدخول إلى السوق لكل المؤسسات وممارسة نشاطها الاقتصادي دون تقييد، ورفع الحواجز التي من شأنها عرقلة حرية المنافسة.

يتفرع عن هذا المبدأ وفي مجال الصفقات العمومية تحديداً؛ مبدأ حرية المنافسة الذي يثير اهتماما كبيرا، خاصة وأن هذا الأخير عرف تطورا ذو مفهوم حديث في مجال القانون العام ففي فترة غير بعيدة كان يقتصر مبدأ المنافسة على مجال القانون الخاص وكان يرتبط كثيرا بمجال حماية السوق وحرية الأعوان الاقتصاديين في الدخول إلى السوق دون تقييد أو وضع حواجز، وما لبثت هذه النظرية أن تتطور لتدخل في مجال القانون العام عن طريق التفسيرات الحديثة التي بلورت تعريف المنافسة.

يجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، في هذا المقام يُذكر ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1998/05/23 التي بينت مغزى هذا المبدأ بقولها: " إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا¹."

بالعودة إلى قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية الجزائري، يظهر أن هناك علاقة بين قواعدهما، حيث أن عدم احترام هذه القواعد يؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين المتنافسين لنيل الصفقة، وهي العلاقة التي أكدها قانون المنافسة والمتمثل في الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المعدل والمتمم²، حيث نصت المادة 2/2 منه على ما يلي: "تطبق أحكام هذا الأمر على:....."

الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية."

وفي ذلك يفرض الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة المعدل والمتمم بموجب المادة 6 منه ما يلي: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء منه، لا سيما عندما ترمي إلى: ... السماح بمنح الصفقة العمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة."

وعليه فإن قانون المنافسة يُدخل ضمن مجال تطبيقه الصفقات العمومية وبالتالي القول بإختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الأعمال المرفوعة إليه والتي تحد من المنافسة في عقود الصفقات العمومية وهو الشيء الذي أكدته المادة 44 من قانون المنافسة.

غير أنه إذا ما عدنا إلى طبيعة قانون المنافسة الجزائري الذي هو قانون اقتصادي يطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد فإننا نجد تناقض في الأصل مع طبيعة الصفة العمومية على اعتبارها عقد إداري بهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، الشيء الذي يجعلنا نطرح الإشكالية التالية والتي تمثل محور دراستنا كالاتي:

ما مدى إختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية؟

المبحث الأول: تعلق مجال اختصاص مجلس المنافسة بإجراء طلب العروض في مرحلة إبرام الصفة العمومية:

من المعلوم بأن إجراء طلب العروض جاء بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بعدما كان المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ينص على إجراء المناقصة، هذا الأخير أتت به مقتضيات الأمر 03-03 المعدل والمتمم حينما نصت على ما يلي:

" تطبق أحكام هذا الأمر على....."

الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفة. غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية."

فامتداد اختصاص مجلس المنافسة بنظر الممارسات المتعلقة بإجراء المناقصة جاء في ظل تنظيم الصفقات العمومية السابق³ وهو ما يستدعي تعديل مقتضيات الأمر 03-03 بما يتناسب مع تنظيم الصفقات العمومية الحالي⁴.

وعلى كل حال، فالظاهر أن المادة 2 من الأمر المذكور أعلاه قرنت إجراء المناقصة أو كما هو مسمى حاليا طلب العروض (المطلب الأول) بمرحلة إبرام الصفة العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختصاص مجلس المنافسة بنظر الممارسات المتعلقة بطلب العروض

إذا كان اختصاص لجان الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام يقوم على إجراء طلب العروض والتراضي بعد الاستشارة فإن قانون المنافسة يحصر اختصاص مجلس المنافسة في

إجراء المناقصة (طلب العروض)، فهل هذا يعني بعدم وجود ممارسات مقيدة للمنافسة في إجراء التراضي؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من التعرض لتعريف كل إجراء لاستطلاع ملامح المنافسة التي تمنح اختصاص مجلس المناقصة.

تطبيقا لأحكام المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يعد طلب العروض أهم إجراء يتم به اختيار المتعامل المتعاقد باعتباره القاعدة العامة، ويبقى إجراء التراضي مجرد استثناء عن القاعدة العامة.

جاء تعريف طلب العروض ضمن أحكام المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كما يلي:

" إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء."

من أحكام النص أعلاه يلاحظ محافظة المنظم على تطبيق مبدأ التنافس بفتح باب المشاركة أمام الجميع وبذلك يكون قد تبنى مفهوم المنافسة الموجود في الأمر رقم 03-03 بدقة خاصة بعد استبداله لمصطلح المناقصة الذي كان في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بمصطلح أكثر تعبيرا عن المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية الحالي، ذلك أن المناقصة في الحقيقة تقوم على إرساء الصفقة على العطاء الأقل سعرا، و يبقى فقط على المشرع تعديل مصطلح المناقصة الموجود في قانون المنافسة إلى مصطلح طلب العروض تماشيا مع المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

بغرض الحصول على أفضل العروض من جميع النواحي الفنية والمالية والتقنية وحتى الجمالية، وضع المنظم أشكال متعددة لأسلوب طلب العروض، كأسلوب أصلي يجب على المصلحة المتعاقدة إتباعه لاختيار المتعامل المتعاقد، محاولا بذلك إعطائها جانبا من الحرية في إتباع الشكل والنمط المناسب لتحديد المتعاقد معها بما يتوافق ومتطلبات الصفقة المزمع إبرامها⁵.

حددت المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الأشكال التي يتخذها طلب العروض والتي تظهر في شكل طلب العروض المفتوح (أ) أو في شكل طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا (ب) أو في شكل طلب العروض المحدود (ج) وأخيرا في شكل المسابقة(د).

أ- طلب العروض المفتوح

عرفت المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، طلب العروض المفتوح كما يلي:
"إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً".
إن الأخذ بهذا الأسلوب يسمح بفتح باب المنافسة، بحيث تتم إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيه الشروط أن يتقدم بعبء، فطلب العروض المفتوح هو الميدان الحقيقي لتطبيق مبدأ المنافسة⁶.

يمكن أن يكون طلب العروض المفتوح وطنياً يقتصر على المتعاملين الوطنيين فقط إذا كانت أداة الإنتاج الوطني قادرة على تلبية شروط الصفقة، كما يمكن أن يكون طلب العروض المفتوح دولياً تشارك فيه المؤسسات الأجنبية إلى جانب المؤسسات الوطنية إذا كانت طبيعة الصفقة تستلزم ذلك⁷.

ب- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

يعرف طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا على أنه إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، بمعنى أنه يجوز للإدارة إذا تطلبت طبيعة الصفقة وأهميتها وتعقيدها، أن تضع شروطاً مؤهلة تتعلق بالقدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة⁸.

ولعل الملاحظ من تعريف المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتعلقة بطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا مؤهلة أنه نفس التعريف الذي أتى به المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فيما يخص المناقصة المحدودة، وقد كان تنظيم الصفقات العمومية الحالي أكثر دقة في صياغته للمصطلحات ذلك أن القول بطلب العروض المحدود يعني قصر المنافسة على فئة محددة ولا يتلاءم مع التعريف الذي أعطاه المرسوم الرئاسي رقم 10-236 لهذا الأخير، وحسنا ما فعل المنظم حينما ضبط مفهوم طلب العروض المحدود و الذي سوف يتم معالجته في النقطة الآتية.

ج- طلب العروض المحدود

هو إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد ويجرى اللجوء إلى هذا الإجراء عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة وقد حدد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عدداً

محددا من المترشحين الذي يمكن للمصلحة المتعاقدة دعوتهم للمنافسة بخمسة منهم كحد أقصى بعد انتقاء أولي⁹ مسائرا في ذلك العدد الذي وضعه المشرع الفرنسي¹⁰.

يفهم مما سبق بأن هذا النوع من المنافسة يكون على مرحلتين، مرحلة الانتقاء الأولي للمترشحين إذ تفتح المصلحة المتعاقدة المنافسة وهذا بعد أن تعلن عن الدعوة إلى انتقاء أولي فتختار أحسن العارضين وأفضلهم ثم تباشر المرحلة الثانية المتمثلة في الاستشارة الانتقائية لتختار أكفأ عرض من بيت العارضين الذين تم تأهيلهم وبالرغم من مرور هذا الصنف من المنافسة بمرحلتين إلا أنه تطبق عليه جميع مراحل إجراء طلب العروض¹¹.

د- المسابقة

هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة¹².

يثير مصطلح "رجال" الوارد في المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 إشكالية مفادها هل قصر النص أسلوب المسابقة على الأشخاص الطبيعية دون سواهم، فلا شك أن هذا المفهوم الضيق يتعارض مع عدة أحكام كثيرة من المرسوم ذاته خاصة المادة 37 من المرسوم نفسه والتي اعتبرت إمكانية أن يكون المتعامل المتعاقد شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين وبالتالي لما كانت المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض فلماذا تم استبعاد الأشخاص المعنوية من المنافسة¹³.

وعليه كان لا بد من تعديل نص المادة ليضم الأشخاص المعنوية ضمن مجال تطبيقه، مما تقدم يتضح بأن تنظيم الصفقات العمومية حين اعتباره لإجراء طلب العروض على أنه الأصل في إبرام الصفقات العمومية نظرا لأنه إجراء يفتح المنافسة أمام المترشحين لها بغض النظر عن الأشكال التي يتخذها هذا الإجراء بحسب طبيعة الصفقة العمومية، ولهذا نفهم سبب تضمين المادة 2 من الأمر رقم 03-03 في أحكامها لإجراء طلب العروض دون إجراء التراضي الذي يبقى الاستثناء عن القاعدة العامة وهو ما أكدته المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في تعريفها لإجراء التراضي على النحو التالي:

"التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة و يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة .."

بالرغم من أن التراضي لا تقيد فيه الإدارة بإجراء التنافس كما هو الحال عليه بالنسبة لإجراء طلب العروض، لكن هل يمكن الجزم بعدم وجود ممارسات مقيدة يمكن أن تمسه؟

في هذا الإطار يجيب الأستاذ الدكتور شريف بناجي في مقاله الصادر عن مجلة النقد إلى القول بأن التراضي بعد الاستشارة يمكن اعتباره شكلا من أشكال المناقصة (طلب العروض)، كونه يحتوي على الاستشارة، ومن أشكال المناقصة نجد الاستشارة الانتقائية، لذلك يمكن اعتباره *un faux gré a gré*.¹⁴

وما يؤكد قول الأستاذ الدكتور شريف بناجي أن المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تلزم اللجوء إلى الإشهار الصحفي في حالة طلب العروض بمختلف أشكاله، و في حالة التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء .

ومن المعلوم أنه في الغالب ما تلجأ المصلحة المتعاقدة للتراضي بعد الاستشارة في حالة إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية¹⁵ فتستشير المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، وبنفس الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، ويكون لجؤها إلى الإشهار الصحفي الإلزامي في حالة ما إذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر إعلان الاستشارة حسب ما ينص عليه تنظيم الصفقات العمومية¹⁶ وهو ما يؤكد على توسيع مجال المنافسة وفي نفس الوقت يطرح فكرة هامة جاءت بها المادة 6 من الأمر 03-03 التي تحظر الممارسات المقيدة للمنافسة التي تسمح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات، بحيث أن المادة 6 لم تحدد طريقة الإبرام لكنها أكدت على منعها للممارسات المقيدة للمنافسة أيا كانت طريقة الإبرام وبعبارة أخرى إمكانية حدوث ممارسات مقيدة للمنافسة بشأن إجراء التراضي، الشيء الذي يخلق غموضا ما بين كل من المادة 2 والمادة 6 من قانون المنافسة وهو ما يستدعي من المشرع إيلاء أهمية أكبر للصفقات العمومية نظرا لخصوصيتها فإذا كان المشرع أثبت التداخل الموجود بين قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة إلا أنه أظهر مشكلة أخرى تتعلق بمجال اختصاص مجلس المنافسة، فمن جهة وطبقا للمادة 44 من قانون المنافسة يمنح لمجلس المنافسة النظر في الممارسات التي تخص المادة 6 من نفس القانون ومن جهة أخرى يحد مجال تطبيق قانون المنافسة بإجراء المناقصة (طلب العروض حاليا) من خلال المادة 2 من نفس القانون.

المطلب الثاني: اختصاص مجلس المنافسة بمرحلة إبرام الصفقات العمومية

حددت المادة 2 من الأمر 03-03 المجال الزمني الذي يختص مجلس المنافسة بنظره في مادة الصفقات العمومية و المتمثل في مرحلة الإبرام، ويبدو هذا الشرط متعلقاً بمجال المنافسة الذي يكون متوفراً فقط في هذه المرحلة وبمجرد نيل الصفقة يتوقف هذا التنافس ليشرع المتعامل المتعاقد الفائز بالصفقة بتنفيذها.

من المظاهر المكروسة للتنافس في مرحلة الإبرام نجد علانية المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية على طول المدة التي تمر بها عملية إجراءات إبرام الصفقة العمومية ابتداء من الإشهار مروراً بفتح الأظرف إلى غاية اختيار المتعامل المتعاقد¹⁷ وهو ما أكدته المادة المذكورة أعلاه حينما قصرت مجال تطبيقها ينحصر ما بين إعلان طلب العروض إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

من المعلوم أن عملية إبرام الصفقات العمومية تمر عبر عدة مراحل تتمثل في كل من:

* إعداد دفتر الشروط.

* إحالة دفتر الشروط على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه.

* مرحلة الإعلان في الجرائد ونشر الصفقات العمومية.

* مرحلة إيداع العروض.

* مرحلة فتح الأظرف ودراسة العطاءات.

* مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة.

* مرحلة المنح النهائي للصفقة.

غير أن قانون المنافسة بموجب المادة 2 منه حدد مجال تدخل مجلس المنافسة منذ الإعلان على الصفقة إلى غاية المنح النهائي للصفقة وهنا يطرح السؤال التالي؛ لماذا لم تشمل رقابة مجلس المنافسة مرحلة إعداد دفتر الشروط على اعتبار أن هذه المرحلة لها وثيق الصلة بمبدأ المنافسة ذلك أنه في بعض الصفقات تستطيع الإدارة أن تفرض بعض الشروط التي من شأنها أن تقصي متعاملين خدمة لمعاملين آخرين وهو ما أكدته المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حينما ألزمت المصلحة المتعاقدة أن تكون معايير اختيارها للمتعامل المتعاقد غير تمييزية و طبقاً للمادة 27 من نفس المرسوم فيجب على المصلحة المتعاقدة حين تحديدها لحاجياتها أن لا تكون المواصفات موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد ومن هنا كان على المشرع واجب إخضاع مرحلة إعداد دفتر الشروط لقانون المنافسة تكريسا للمبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية .

المبحث الثاني: طبيعة الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية والتي يختص مجلس المنافسة بالنظر فيها.

يتحدد اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في عقود الصفقات العمومية بإرتباط هته الأخيرة بالنشاط الاقتصادي (مطلب أول) وعدم إتصال الممارسات المدرجة ضمنها بصلاحيات السلطة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إرتباط الصفقة العمومية بالنشاط الإقتصادي

يشترط لخضوع أي نشاط لمجال تطبيق قانون المنافسة أن يتوفر فيه المعيار الاقتصادي وفي هذا المجال فإن قراءة تنظيم الصفقات العمومية بتأني يظهر استعمال هذا الأخير لعدة مصطلحات تفيد المعنى الاقتصادي فالمادة 78 تلزم المصلحة المتعاقدة حين اختيارها للمتعاقد المتعاقد معها بأن يقع على أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية أم المادة 31 فإنها تجبر المصلحة المتعاقدة حين لجوءها للتخصيص أن تراعي المزايا الاقتصادية التي توفرها العملية، انطلاقا من ذلك، هل يؤدي هذا الأمر للسماح لمجلس المنافسة بالنظر في مادة الصفقات العمومية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يعتمد العودة إلى قانون المنافسة¹⁸ لتحديد مدلول النشاطات الاقتصادية وبالتالي تحديد مدى خضوع الصفقة العمومية لمراقبة مجلس المنافسة. الأصل أن الصفقة العمومية هي عقد إداري يكون أحد طرفيه إدارة ممثلة في شخص الشخص العمومي وهو ما يخيل ولأول لحظة بالقول بعدم خضوع الصفقة العمومية لقانون المنافسة نظرا للشخص العمومي الذي يكونها والذي لا طالما تميز بخصائص تبعده عن مجال المنافسة، غير أن تطور قانون المنافسة نظرا لتطور وظائف الشخص العام نفسه عبر السنوات، أدى إلى توسيع مجال تطبيق قانون المنافسة ليشمل كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فالمادة 03 من الأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة المعدل والمتمم تشير إلى أن الأشخاص الخاضعة لقانون المنافسة تتمثل فيما يلي :

" المؤسسة كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد."

وعليه طبقا للمعيار العضوي فإن الممارسات المنافية للمنافسة يمكن أن تصدر من المؤسسات المتنافسة المتقدمة لنيل الطلبات العمومية أو تصدر من الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع.

غير أن المادة أعلاه لا تكتفي بالمعيار العضوي بل تكمله بمعيار مادي يحدد النشاط الاقتصادي والذي يجب أن يكون من ضمن النشاطات المتعلقة بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد، ومنه كل شخص دون إعطاء أهمية لصفته و لنظامه القانوني يخضع لأحكام قانون المنافسة بممارسته لنشاط اقتصادي .

أكد مجلس المنافسة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 17 أكتوبر 1999 على المعيار المادي لخضوع أي نشاط لقانون المنافسة بحيث رأى أن مسألة تطبيق الأمر 95-06 لاسيما المادة 02 منه على القرار الذي اتخذته ممثل المصلحة المتعاقدة بعد فتح الأظرفة والمتعلق بمنح صفقة عمومية لأحد المتعهدين يعتبر قرارا إداريا لا يخضع لمراقبة واختصاص المجلس، لأن اختصاصه يتحدد بطبيعة الممارسات المرتكبة والتي يجب أن تكون طبقا للمادتين 6 و7 من الأمر 95-06 معاينة بمناسبة ممارسة نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات، وبما أن الأمر يتعلق باختيار سلطة عامة لمؤسسة لإنجاز طلبات عمومية وتدخلت بصفقتها طالبة في سوق إنجاز أشغال البناء وبالتالي فإن منح الصفقة لا يعد فعل إنتاج، توزيع أو خدمات، واستخلص المجلس بالقول أن تطبيق المادة 02 من الأمر 95-06 على الأشخاص العامة يتوقف على ممارسة وظيفة اقتصادية¹⁹ .

في الحقيقة فإنه من الصعب تحديد النشاط الاقتصادي في حالة ما إذا صدر عن المصلحة المتعاقدة التي تستعمل تنظيم الصفقات العمومية ولهذا يرى مجلس المنافسة الفرنسي بأن المعيار المحدد لخضوع الصفقات العمومية لمجلس المنافسة يتحدد بصفة المصلحة المتعاقدة إذا ما تصرفت بوصفها طالبا وسيطا أو طالب اقتصادي نهائي، فقانون المنافسة يطبق على الطالب الوسيط²⁰ .

المطلب الثاني : عدم اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المتصلة بالسلطة العامة

إن تعديل المادة 02 بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 للأمر 03/03 المتضمن قانون المنافسة وذلك بإدراج الصفقات العمومية في قانون المنافسة، يدفعنا إلى الوقوف من أجل تحليل هته المادة لمعرفة حدود اختصاص مجلس المنافسة، والتي يلاحظ أنها تتبع بفقرة أخيرة تحدد نطاق تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بحيث أنها تنص على ما يلي:

" يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة" ، ما يعني وللوهلة الأولى استبعاد تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة ورقابة مجلس المنافسة من مجال الصفقات العمومية لكونها نشاطا إداريا للشخص العام، يدخل في إطار أداء مهام

مرفق عام وممارسة السلطة العامة، ويخلو هذا النوع من الأعمال من الصبغة الاقتصادية²¹، بناء على ما سبق وتسليما بهذا المبرر، يطرح تساؤل حول: ما مصير تطبيق المادة 02 فيما يخص الأعمال المنفصلة عن مهام أداء المرفق العام وممارسة السلطة العامة؟

إن الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة تكون موضوع احتجاج عن طريق إخطار مجلس المنافسة، وتنقسم هذه الممارسة ما بين نوعين²² فهي إما ممارسات يرتكبها المتعاملون المتعاقدون أنفسهم تؤدي بالمساس بمبادئ المنافسة ومثال ذلك نص المادة 06 المتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة، وإما ممارسات ترتكبها المصلحة المتعاقدة المنفصلة عن السلطة العامة، ويتعلق الأمر هنا بالأعمال الخاضعة لقانون المنافسة، رغم اعتماد قانون الصفقات العمومية في إنجازها باعتبارها أنشطة اقتصادية.

وهنا يقودنا هذا التحليل إلى الرجوع إلى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تخرج من اختصاصاتها المؤسسات التي تحمل طابعا اقتصاديا، ويتعلق الأمر هنا بالأعمال التي تنجزها في إطار صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية وباقي المؤسسات التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية والتي يختص مجلس المنافسة بالنظر فيها.

يفهم من خلال ما تقدم أن المشرع ربط بين الصفة العمومية والممارسة التي تتم في إطارها، فإذا ما اتصلت الصفة العمومية بتحقيق النشاط الاقتصادي وخلت من مظاهر السلطة العامة خضعت لقانون المنافسة الذي يهدف إلى وضع كافة الأعوان الاقتصاديين في مستوى واحد من أجل تحقيق المنافسة، أما إذا ظهرت الصفة العمومية بمظهر السلطة العامة فهي تخضع بالتالي لأحكام القانون الإداري أي لاختصاص القضاء الإداري.

إن تحليل الفقرة الثانية للمادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والتي تسمح بفهم ما سبق لنا التطرق إليه في مرحلة الإبرام والتي وضحته الفقرة الأولى من المادة 02 المذكورة أعلاه كما يلي: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يلي:....الصفقات العمومية، بدأ بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة"

إن اختصاص مجلس المنافسة بمرحلة الإبرام دون مرحلة التنفيذ يعود إلى أن مرحلة التنفيذ تمتاز في الصفقات العمومية بإظهار الإدارة لسلطتها العامة ولهذا فإن قانون المنافسة يستثني هذه المرحلة ليس فقط لإنعدام المنافسة فيها واستقرارها في شخص واحد، بل يتعداه إلى فكرة ظهور الإدارة بمظهر السلطة العامة، إن قانون المنافسة لا يطبق على المرحلة التي

تكون الإدارة فيها في موضع سلطة عامة وزيادة على ذلك فإن عدم اختصاص مجلس المنافسة بمرحلة إعداد دفتر الشروط ناجم عن علاقة هذا الأخير بالسلطة العامة. ويرى الأستاذ الدكتور محمد شريف كتو أن محكمة التنازع الفرنسية إعتبرت أن هذه المنازعات (منازعات التنفيذ) من اختصاص القضاء الإداري وهذا ما قصده المشرع الجزائري في المادة 02 الأمر 03-03 المعدلة عندما نص فيها على ما يلي: "تطبق أحكام هذا الأمر...الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة"²³.

خاتمة:

لأجل توفير الضمانات اللازمة لحرية المنافسة، فإن المشرع وسع من نطاق اختصاص مجلس المنافسة ليشمل حتى الصفقات العمومية عن طريق تعديل الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/06/19 والمتعلق بالمنافسة بواسطة القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/05/25، ولا يخفى أن رقابة مجلس المنافسة للإقتصاد بوجه عام بما فيها الصفقات العمومية، وجعل المنافسة من دعائم النظام الاقتصادي للدولة من شأنه توفير حماية فعالة للمال العام؛ إذ يسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد في الإدارة العامة، تحقيقا للأغراض المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الذي جاء فيه بمقتضى المادة 09 منه "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية". يبقى اختصاص مجلس المنافسة محددًا بهدف قانون المنافسة أي أن مجال اختصاصه بالصفقات العمومية يقتصر على إجراء المناقصة في مرحلة الإبرام بإستثناء إعداد دفتر الشروط وتعلقه بالنشاط الاقتصادي دون الممارسات المتعلقة بصلاحيات السلطة العامة.

الهوامش:

- 1- نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام، الملتقى السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013، ص 4.
- 2- قانون رقم 08-12 ممضي في 25 يونيو 2008 يعدل ويتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 36 مؤرخة في 02 يوليو 2008، الصفحة 11.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07/10/2016 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58، ص 3.
- 4- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص 3.
- 5- بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013، ص 140.
- 6- مرجع سابق، ص 141.
- 7- المادة 38 والمادة 85، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- 8- المادة 44، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- 9- المادة 45، مرجع سابق.
- 10- صياد ميلود، مرجع سابق، ص 26.
- 11- بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص 142.
- 12- المادة 47، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- 13- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013، ص 90.
- 14- صياد ميلود، مرجع سابق، ص 61.
- 15- المادة 51، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- 16- المادة 52، مرجع سابق.
- 17- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 78.

- 18- الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، مرجع سابق.
- 19- محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، العدد 02، 2010، ص 92.
- 20- صياد ميلود، مرجع سابق، ص 59.
- 21 - د. محمد الشريف كتو، نفس المرجع أعلاه، ص 92.
- 22- جلال مسعد زوجة محتوت، "مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية"، رسالة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2012، ص 17.
- 23- الأمر 03-03، مرجع سابق.