الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

Restrictive practices in the field of the public Procurements

بقلم : الدكتور / زيدان عبد النور
معهد الحقوق
المركز الجامعي مرسلي عبد الله- تيبازة

ملخص

تعتبر الصفقات العمومية أحد المواضيع المهمة في المجال الاقتصادي لتعلقها بالمال العام ولتناولها حجما كبيرا منه، ولأجل ذلك أضحت أحد مجالات قانون المنافسة من حيث الموضوع، فهي تخضع لأحكامه المتضمنة وجوب احترام قواعد المنافسة الحرة والنزيهة حتى يستفيد كل متدخل فيها من منافع تلك المنافسة المبنية على مبدأي حرية التجارة والصناعة وحرية الأسعار، فكل عرقلة لهاته المبادئ تعتبر تقييدا للمنافسة وتكون ممارسات غير مشروعة جزاؤها البطلان بنص القانون.

الكلمات المفتاحية

الممارسات، المنافسة، الصفقات العمومية، حرية التجارة والصناعة، حرية الأسعار، تقييد، حظر.

Abstract :

The Public Procurements are considered the most important issues in the economic field, as they concern the public funds and deal with large volume thereof. For this reason, it has become one of the fields of competition laws subjected to its provisions that contain the obligation to respect free and fair competition rules so that each of the parties takes advantage of the benefits

of such competence based on freedom of trade and industry and freedom of pricing principles. Any obstruction of these principles is a restriction of competition which is considered an illegal practice, under penalty of being declared void.

key words
Practices, The competition , Public Procurements , Freedom of trade and industry, Free price, restriction, prohibition.

مقدمة

بعدما اعتبر المشرع بصريح نص المادة الثالثة من قانون المنافسة، الصفقات العمومية بجميع مراحلها موضوع من مواضيع قانون المنافسة، فقد أضحت مجالا خصبا لتطبيق أحكامه عليها وعلى كل متدخل فيها. من أجل ذلك كانت هناك علاقة وطيدة بين قانون المنافسة والصفقات العمومية تتركز أساسا في وجوب خضوع هذه الأخيرة لتلك الأحكام المعنية بحماية المنافسة ووجوب احترام ضوابطها وإطارها العام.

وغني عن البيان أن مبدأ الحرية الذي وضع أسسه قانون المنافسة يرتبط بالضرورة بقاعدة اعتماد المنافسة الحرة مع ضمان التوازن العام للسوق من خلال محاربة الممارسات المنافية لها والتي تسعى إلى المساس بتلك الحرية وعرقلة المنافسة حسب السير الطبيعي لقاعدة العرض والطلب.

ولأن الصفقات العمومية موضوع من صميم مواضيع قانون المنافسة، فقد أرسى هذا الأخير قواعد وأسس عامة لخلق بيئة قائمة على المنافسة النزيهة لتجنب أية ممارسات مخلة بالمنافسة وبشكل أولى مقيدة أو نافية لها. فكل الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية تعتبر ممارسات غير مشروعة لمساسها بالمنافسة الحرة وفقا لقواعد ومبادئ حرية المنافسة وحرية التجارة والصناعة.

لأجل ذلك؛ كان من اللازم معرفة أحكام الممارسات المقيدة للمنافسة وماهي الشروط الواجب توفرها لاعتبار التقييد فيها وحظرها لاسيما في

مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام قانون المنافسة والقوانين المرتبطة به، وبيان أهم صور هذه الممارسات فيما يخص الصفقات العمومية، وذلك حتى نصل في الأخير إلى بيان تلك الحماية المبتغاة من تقنين تلك الأحكام جميعا.

ولذلك سنعرض الموضوع من خلال مطلبين يتضمن كل منهما فرعين وفق الطرح التالي.

المطلب الأول: أحكام الممارسات المقيدة للمنافسة

لما انتهجت الجزائر نهج اقتصاد السوق الحر من منطلق قانون المنافسة سنة 1995 فقد أرست بذلك قواعد المنافسة الحرة، فأكد دستور 1996 مبدأ حرية التجارة والصناعة أحد أهم مبادئ المنافسة.

فمبدأ حرية المنافسة يقتضي فتح السوق أمام كل شخص لممارسة المنافسة في سوق معينة أو قطاع نشاط معين، وهذا المبدأ يرتكز على دعامتين أساسيتين هما: مبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ حرية الأسعار.

وحرية المنافسة تقتضي الممارسة الفعلية لمختلف الأنشطة الاقتصادية في مفهوم قانون المنافسة. وقد حمى المشرع بموجب قانون المنافسة المنافسة ذاتها، من خلال تحديد شروط ممارستها في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة لها من أجل زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين[1].

وقد تناول المشرع الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن أحكام الفصل الثاني في المواد 6 إلى 14 من قانون المنافسة، ومن منطلق هذه النصوص نلاحظ أن مضمون هذه الممارسات واسع جدا، وفي مجال بحثنا هذا سوف نقتصر على ما ورد النص عليه ضمن أحكام المادة السادسة من قانون المنافسة والمتعلقة أساسا بالممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات والاتفاقيات المقيدة للمنافسة.

الفرع 1: حظر الممارسات المقيدة للمنافسة

إرساء لمبدأ حرية المنافسة، دأبت مختلف التشريعات، ومن بينها المشرع الجزائري، إلى وضع إطار قانوني للمنافسة من خلال اعتماد ضوابط قانونية لضمان منافسة حرة نزيهة ومستلقة، وهذا من خلال حظر

ومنع كل ما من شأنه تقييد المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها على حد سواء ومن باب أولى إلغاء المنافسة أو منعها تماما.

فالمنافسة كما سبق تقتضي الممارسة، والمسار الطبيعي لها يقتضي التنافس بين المؤسسات من أجل تقديم سلع وخدمات بجودة عالية وبأسعار تنافسية، مما ينتج عنه زيادة في التطور الاقتصادي وتحقيق رفاهية أكبر للمستهلك، وهذا المسار الطبيعي يستلزم ممارسة تجارية شفافة ونزيهة[2]، كما يقتضي منافسة مشروعة في إطار احترام قوانين المنافسة، وهذا هو المسار الطبيعي للمنافسة، وكل مساس بهذا المسار مهما كان شكله وضمن أي تصرف كان، يعتبر ممارسة مقيدة أو مخلة أو تحد من المنافسة أو تنفيها تماما.

فقواعد المنافسة تهدف إلى حماية المنافسة في سوق ما أو في قطاع نشاط معين تحقيقا لأهداف اقتصادية عامة، بحيث يستفيد كل منافس من مزايا المنافسة ويتحمل تبعاتها أيضا.

أما إذا حصل العكس من منطلق سوء النية، فإن التصرفات المخالفة للمنافسة تعدو ممارسات مقيدة لها بمفهوم قانون المنافسة، وهي تدخل ضمن التصرفات الممنوعة بنص القانون ذاته لأنها تضر بالمنافسة وتخالف أحكامها.

فقد اعتبر المشرع الجزائري، على غرار باقي التشريعات العربية[3] والمقارنة، كل ما يصدر عن الأعوان الاقتصاديين (المؤسسات بمفهوم قانون المنافسة[4]) من تصرفات منفرة أو مجتمعة سواء صريحة أو ضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منها، ممارسات محظورة وممنوعة، فقد جاء في نص المادة 6 من قانون المنافسة :" تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات 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 جوهري منها، لاسيما عندما ترمي إلى: -الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين،-

عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة،- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية،- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة." وجزاء هذه الممارسات البطلان[5] لأنها مقيدة للمنافسة.

وغني عن البيان أن هذا الحظر مرتبط بمساسه بالمنافسة ذاتها، لأنها مسألة من قبيل أحكام النظام العام الاقتصادي.

والممارسات المقيدة للمنافسة مصطلح واسع يتسع ليشمل عدة تصرفات وأعمال يمكن أن تدخل ضمنه باعتبارها مقيدة للمنافسة، وغاية المشرع في ذلك وضع حد لكل من تستهويه نفسه لخرق قواعد وأحكام المنافسة الحرة.

وهي مجموع السلوكات الخطيرة التي يمكنها التأثير على المنافسة الحرة في السوق، فتظهر في شكل اتفاقات مقيدة للمنافسة أو في شكل التعسف في الهيمنة على السوق أو في شكل تجميعات اقتصادية مخالفة لقانون المنافسة، وكل ممارسة من شأنها تعزيز وضعية الهيمنة في السوق[6].

وفي القانون الأمريكي وردت القاعدة العامة بالحظر في المادة الأولى من قانون شيرمان، فأورد المشرع الأمريكي الحظر على العديد من الممارسات والاتفاقيات التي تشكل تقييدا للمنافسة في نصوص متفرقة في كل من قانون شيرمان وقانون كلايتون وتعديلاته بقانون روبنسون-باتمان[7].

والملاحظ من غالبية التشريعات أن هناك إجماع على حظر ومنع كل ممارسة وسلوك أو تصرف من شأنه تقييد المنافسة الحرة. لذلك يتعين النظر فيما يعتبر من قبيل هذه الممارسات المقيدة للمنافسة.

الفرع 2: نطاق وشكل الممارسات المقيدة للمنافسة

مما سبق بيانه أعلاه، يتضح أن مدلول الممارسات المقيدة للمنافسة مصطلح واسع يمكن أن تدخل ضمنه عديد التصرفات والممارسات

والسلوكات والأعمال التي تقيد المنافسة، وبالتالي لا يمكن حصرها، هذا من جهة ومن جهة أخرى لاحظنا متى تعتبر كذلك مقيدة للمنافسة.

فالمصطلحات تتمحور بصفة أساسية حول الاتفاقات أو الاتفاقيات أو التحالفات، كلها تفيد معنى الاتفاق بين اثنين أو أكثر، في حين مصطلح الممارسات فيجب أن تتخذ صفة الممارسة الجماعية حتى تكون قادرة على تقييد المنافسة، سواء كانت نتيجة اتفاق صريح أو ضمني، أما إن وقعت من شخص منفرد فلا تعدو أن تكون مقيدة للمنافسة إلا إذا كان هذا العون الاقتصادي الذي وقعت منه يتمتع بمركز قانوني مهيمن في السوق، فيشملها الحظر من هذا الجانب[8].

أما العمل المدبر الوارد في نص المادة 6 من قانون المنافسة فيفيد كل عمل صادر عن مؤسسة بسوء نية من شأنه تقييد المنافسة، وهو ما يمكن أن يصطلح عليه بالتواطؤ في المصطلح المستعمل في بعض التشريعات الأخرى. ويستخلص من مجرد التعاون والتفاهم الضمني بين عدة أطراف لتحديد الأسعار مثلا أو تقليل حجم الإنتاج دون أن يتجسد هذا التعاون في وثائق مادية[9].

فسواء وقعت الممارسة المقيدة للمنافسة في شكل عمل أو تصرف منفرد أو في شكل اتفاق بين اثنين أو أكثر، فإن الحظر يقع عليها لمجرد أنها قد تؤدي إلى عرقلة أو تقييد أو الإخلال بالمنافسة ومن باب أولى- بطبيعة الحال- إذا أدت إلى نفي أو إلغاء المنافسة تماما.

لكن في الغالب الواقع تحصل تلك الممارسات في شكل اتفاقات أو اتفاقيات تقيد المنافسة مما ينبغي تحديد مفهومها بشكل مختصر وبيان متى تقع تحت هذا الوصف.

أولا: تعريف الاتفاقات وأنواعها

يقصد بالاتفاقات المقيدة للمنافسة كل تنسيق في السلوك بين المشروعات، أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح، وأيا كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عنه من شأنها أن تمنع أو تقيد أو تحرف المنافسة[10].

ومما نصت عليه المادة السادسة من قانون المنافسة، يلاحظ أن المشرع منع الاتفاقات التي تهدف أو يمكنها أن ترتب أثرا يعرقل حرية

المنافسة أو يحد منها، سواء تمت بصفة تعاقدية أو مجرد تفاهم أو ترتيبات بين المؤسسات المتواطئة بصفة صريحة أو ضمنية ظاهرة أو مستترة، ومن حيث موضوعها فقد ينصب التقييد للمنافسة على مستوى الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد[11]، أو حتى الصفقات العمومية وفقا لما ورد تحديده في مجال قانون المنافسة من حيث الموضوع.

كما يمكن أن يحصل الاتفاق بين مؤسسات تنشط في مستوى واحد ضمن قطاع نشاط واحد كالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد أو حتى الصفقات العمومية، فيكون اتفاقها اتفاق أفقي، أما إذا كان الاتفاق واقع بين مؤسستين أو أكثر لا تنشط في قطاع نشاط واحد بل في مستويين مختلفين، كأن تكون الأولى تنشط في الإنتاج والأخرى في مجال التوزيع أو الخدمات، فيكون الاتفاق رأسي أو عمودي. إذا قد يكون تقييد المنافسة على صعيد أفقي أو على صعيد عمودي رأسي.

تبقى فقط مسألة إثبات الاتفاق قد تثير إشكالا بالنسبة لتلك الضمنية أو المستترة، مما يتعين اللجوء إلى قرائن الحال وجميع طرق الإثبات، في حين المكتوبة منها والصريحة فقد لا تطرح إشكالا في ذلك.

ولاعتبار هذه الاتفاقيات والاتفاقات مقيدة للمنافسة يجب أن يتوفر شرطين أساسيين نشير لهما في التالي.

ثانيا: الشروط المعتبرة في الممارسات المقيدة للمنافسة

هناك شرطان أساسيان حتى توصف الممارسات بأنها مقيدة للمنافسة، الأول وجود الاتفاق والثاني أن يكون هذا الاتفاق من شأنه تقييد المنافسة.

1- وجود الاتفاق: يعتبر الاتفاق قائما بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين أطرافه بغض النظر عن شكله أو صوره، فالمهم أن يتم التفاهم والتواطؤ بين المؤسسات من **شأنه** أن يؤدي إلى عرقلة المنافسة الحرة أو تقييدها. وبالرغم من عدم وضع المشرع لتعريف واضح لهذا الاتفاق، فإن محاولات الفقه من أجل ذلك تعددت منها أنه : " توافق صريح أو ضمني لإرادة مؤسستين أو أكثر تتمتعان بالاستقلالية في اتخاذ القرار على اتباع سلوك معين أو تحقيق غرض مشترك في السوق يتسم بالطابع المقيد للمنافسة."[12]

فالاتفاقات عموما تشمل كل تحالف بين مؤسستين أو أكثر تمارس نشاطا اقتصاديا في سوق معينة، هدفه الخروج عن قواعد المنافسة الطبيعية في تلك السوق أو أخرى بهدف تعطيل منافع المنافسة لمنافسين آخرين والاستحواذ لوحدهم على تلك المنافع، وهذا التحالف يرمي إلى حصول أحد تلك الصور الواردة في المادة 6 من قانون المنافسة كالحد من الدخول إلى السوق أو اقتسام مصادر التموين أو الحصول على صفقات عمومية وغيرها...

فالتواطؤ مسألة موضوعية للقضاء سلطة تقديرية واسعة في اعتبارها كذلك، والكشف عنها من خلال قرائن وملابسات كل حالة وقضية.

2- إمكانية تقييد المنافسة: هذا شرط جوهري لاعتبار الممارسة المقيدة للمنافسة غير مشروعة ومحظورة، والمشرع الجزائري لا يشترط حصول التقييد لاعتبارها كذلك، وإنما يكفي إمكانية أن يؤدي الاتفاق أو التواطؤ أو الممارسة عموما إلى تقييد المنافسة، والتقييد من باب أولى، وهذا أبعد تصور أو أقصى حماية فرضها المشرع للمنافسة في حد ذاتها.

فقانون المنافسة لا يمنع التعاون والتنسيق في الجهود بين الأعوان الاقتصاديين من أجل القيام بدراسات مشتركة وتبادل المعلومات والخبرات من أجل تحسين التطور الاقتصادي، إنما الحظر إذا ترتب عن هذا التحالف آثار سلبية على المنافسة بحيث تعرقلها أو تقيدها أو تلغيها[13]، كالتحالفات الرامية لتحديد الأسعار في السلع والخدمات غير المقننة أسعارها بالتشجيع المصطنع لارتفاعها أو انخفاضها، أو لإقصاء منافسين في سوق معينة أو قطاع نشاط معين، أو حتى الاستحواذ على الصفقات العمومية بطريق غير مشروع بطبيعة الحال[14].

وقد فرق الفقه الأمريكي بين مبدأين رئيسيين في تحديد مدى مشروعية أو عدم مشروعية الاتفاقات المقيدة للمنافسة سواء كانت أفقية أو رأسية، وهما: قاعدة عدم مشروعية الاتفاق في حد ذاته : وتعني هذه القاعدة أن مجرد وجود الاتفاق أو مجرد ثبوت الاتفاق الذي ينطبق عليه هذا الوصف، هو مخالفته للقانون في حد ذاته من دون النظر إلى آثار الاتفاق أو نتائجه. وقاعدة عدم مشروعية آثار الاتفاق :قد يكون الاتفاق في حد ذاته غير مخالف للقانون، ولكن

الهدف المقصود تحقيقه من وراء إبرامه أو عدم ذلك مخالف للقانون، وفي هذه الحالة، تجب دراسة آثار كل اتفاق وحده، لتحديد مدى مخالفته للقانون[15].

ونعتقد وفقا لنص المادة 6 من قانون المنافسة أن المشرع الجزائري أخذ بقاعدة عدم مشروعية آثار الاتفاق وليس قاعدة عدم مشروعية الاتفاق في حد ذاته.

غير أن المشرع وضع استثناء على هذه الممارسات المقيدة للمنافسة، فرفع عنها الحظر والمنع في حالتين ذكرهما في نص المادة 9 منه وهي تتعلق أساسا بحالة الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له (م 1/9)، أو في حالة الترخيص المسبق أو اللاحق لتلك الممارسات التي يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق[16].

وإذا كانت الممارسات المقيدة للمنافسة بهذا المفهوم المختصر وفقا لأحكام قانون المنافسة، كيف يحصل التواطؤ أو التقييد للمنافسة في مجال الصفقات العمومية؟ هي النقطة التي سنتناولها في التالي.

المطلب الثاني: التواطؤ في مجال الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية أحد الأنشطة الاقتصادية المعنية بأحكام قانون المنافسة وكل من يتدخل فيها يلتزم بتلك الأحكام القانونية، ولأنها ذات أهمية بالغة باعتبارها تتعلق بالمال العام وهذا الأخير يمكن أن تكون قيمته المادية كبيرة جدا لاسيما في طلبات العروض الحكومية ذات البعد الوطني، فإنها (الصفقات العمومية) كانت محط اهتمام كبير من المتنافسين أيهم يفوز بها إلى درجة التواطؤ وعدم احترام قواعد المنافسة الحرة والشريفة من أجل ذلك، فلا بد من التعرض لأهم صور هذا التواطؤ في هذه العقود والتصرفات.

الفرع 1: الصفقات العمومية أحد مواضع قانون المنافسة

الدارس لأحكام قانون المنافسة يلاحظ أنه إلى زمن قريب لم تكن الصفقات العمومية أحد مواضيع قانون المنافسة بشكل واضح وصريح ضمن نصوصه القانونية، لأنه إثر تعديل قانون المنافسة بموجب القانون

رقم 05/10 المؤرخ في 2010/08/15 تم تعديل نص المادة الثانية منه لتصبح تنص على أنه:" بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: ...- الصفقات العمومية بدءا من تاريخ نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه، لا يجب أن يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية."

وبالتالي أضحت الصفقات العمومية بجميع مراحلها تخضع لأحكام قانون المنافسة وهي أحد مجالاته من حيث الموضوع، هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد صارت الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مخاطبة بأحكام قانون المنافسة عندما تباشر أعمال المصلحة المتعاقدة في إطار الصفقات العمومية أو ممارسة أي نشاط خاضع لأحكام قانون المنافسة، فتعد المصلحة المتعاقدة مجال لتطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص حسب نص المادة 3 من قانون المنافسة.

أما من حيث الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية فقد نص المشرع في المادة 6 من قانون المنافسة على أن السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة يعتبر ممارسة محظورة بمفهوم قانون المنافسة.

كما أن قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16) نص ضمن أحكام مواده على مبدأ المنافسة في الاستفادة من عروض الصفقات العمومية، انطلاقا من نص المادة 39 منه التي أرست قاعدة عامة في كيفية إبرام الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض، أين يتم تلقي العروض المختلفة من متعاملين اقتصاديين متنافسين بطبيعة الحال أيهم تمنح له الصفقة.

كما أكدت المادة 40 منه كذلك، على أن طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، وفيما يخص طلب العروض المحدودة أكدت المادة 3/45 منه على أن المصلحة المتعاقدة تنفذ الانتقاء الأولي لاختيار

المرشحين لإجراء المنافسة بخصوص الدراسات أو العمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة[17].

فقد جاء قانون الصفقات العمومية من أجل إرساء سياسة حكيمة لإبرام الصفقات العمومية بغرض ضمان نجاعة الطلبيات العمومية والاستعمال الجيد للمال العام، فأوجب احترام مبادئ حرية الحصول على الطلبية العمومية والمساواة في التعامل بين المكتتبين وشفافية مراحل الإبرام[18].

كما أن هذا القانون أرسى حكما مهما في المادة 6 منه فيما يخص إلزام المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي اللجوء إلى طريق الصفقات العمومية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية. وهو بهذا النص ألزم الشركات العمومية الخاضعة لأحكام القانون التجاري لإبرام تلك العقود وفقا لقانون الصفقات العمومية[19]، وبالتالي تخضع في هذه الحالة إلى أحكام قانون المنافسة.

غير أن هذا القانون استثنى إبرام هذه العقود من مبدأ المنافسة عندما يتعلق الأمر بإجراء التراضي كما نصت عليه المادة 41 منه على أنه:" التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة...".

فالتواطؤ في طلبات العروض التي تطرحها المصلحة المتعاقدة هو طريقة المتنافسين للتآمر على رفع الأسعار في حالة زيادة الطلب على السلعة أو الخدمة، حيث يتم الاتفاق على اقتسام العروض أو تقاسم فوائدها وأرباحها، وذلك من خلال الاتفاقات أو الاتفاقيات التي من شأنها التأثير على السير الطبيعي لعروض الصفقات العمومية بمختلف صيغها[20].

والحقيقة أن مجرد طرح طلبات العروض هو تأكيد على إذكاء وتعزيز المنافسة في الصفقات العمومية، مما يستلزم معه ضرورة التقيد بأحكام المنافسة في السوق، من خلال قانون العرض والطلب، وكل إخلال بهذه القواعد يترتب عنه إخلال بالمنافسة الحرة لاسيما عند إبرام اتفاقات تهدف إلى تحديد وتعيين من سيستفيد من المنح النهائي للصفقة بصفة مسبقة[21]....

ومادام الأمر كذلك، يتعين في المقام التالي التطرق لأهم صور الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

الفرع 2: أهم صور الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية

بادئ ذي بدء يتعين التأكيد على أن مجال الصفقات العمومية مجال خصب وحيوي جدا للممارسات المقيدة للمنافسة لاسيما في مراحل الإبرام طبقا لطلب العروض العامة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنها تخضع لجميع أحكام الممارسات المقيدة للمنافسة في جميع صورها، فقد نص المشرع في قانون المنافسة في المادة 6 منه على حظر جميع الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها **لاسيما عندما ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة**، فالصور التي سوف نتطرق لها أدناه لأننا لاحظنا أنها ذات صدى ومجالها واسع الانتشار. كما أنه ضمن جميع مراحل إبرام هذه الصفقات يجب التقيد بأحكام المنافسة الحرة وفقا لقانون المنافسة.

ونذكر من بينها ما يلي:

أولا: عروض التغطية: ويقصد بها اتفاق المتنافسين على تقديم عروض الاستفادة من الصفقة العمومية من أجل المشاركة لمجرد المجاملة فقط، وذلك لغرض حصول أحدهم على تلك الصفقة في مقابل حصول الآخرين على جزء من أرباحها من عند الفائز بها، أو الانتفاع بالتناوب في العروض اللاحقة. كما قد ترمي هاته العروض إلى عرقلة تحديد الأسعار وفقا لقانون العرض والطلب وقواعد المنافسة الحرة، وفي حقيقة الأمر الاتفاق يهدف إلى إيهام المتنافس الآخر بوجود متنافسين آخرين حقيقيين من خلال العروض المقدمة، ومجموع مقدمي العروض أطراف اتفقت على تمكين أحدهم من الفوز بالصفقة ورسوها عليه[22].

كما أن أسلوب التغطية يستتبع تقديم العروض بين المتنافسين لاسيما في المزايدات أو المناقصات الكاملة، أين تقدم عروض مرتفعة القيمة في المناقصات أو متدنية القيمة بشكل كبير في المزايدات، مما يجعلها غير مقبولة تماما من طرف المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة[23]، وبطبيعة

الحال سوف تضفي هذه العروض على الأجواء جو المنافسة الحقيقية، وفي حقيقة الأمر والواقع أن هناك اتفاق بين أطرافها على تحديد الأسعار حتى يرسو المزاد على من قدم أكبر عرض، أو تمنح الصفقة لمن قدم أقل العروض ثمنا. فتلك العروض غطت مبدأ المنافسة الحرة قمعا واقعا، وأضفت على الواقع جوا منافسا بسوء نية مما يجعلها غير مشروعة تماما.

وبالتالي فإن مثل هاته العروض غايتها واضحة في مخالفة قانون المنافسة الحرة، من أجل الاستحواذ على الصفقة من طرف أحد المتواطئين، فسوء النية حال دون استفادة العارضين الآخرين من منافع المنافسة الحرة لا لشيء إلا لأن مجموعة منهم تحالفت عن سوء قصد لحرمان الباقي منها.

ثانيا: قمع المحاولة أو التنازل عن العرض: ضمن هذه الصورة من صور تقييد المنافسة يحصل الاتفاق في مرحلة متقدمة من مراحل إبرام الصفقات العمومية، فبعد المنح المؤقت مثلا للصفقة أو حتى بعد تقديم العرض، يتنازل المتعامل الاقتصادي الذي قدم أفضل عرض عنها أو عن عرضه المقدم بعدما يكون قد اتفق مع غيره ممن قدموا العروض على أن يحصل هذا الأخير على الصفقة، وهذا فيه إخلال بحرية المنافسة، لاسيما إذا كان الطرف الثاني هو مقدم العرض الأفضل بعده، ففي مثل هذا الاتفاق أو التواطؤ تقييد للمنافسة يجعله ممارسة مقيدة للمنافسة.

وفي قانون الصفقات العمومية المشرع نص في المادة 74 من المرسوم 274/15 على أنه يلزم في حالة التنازل عن الصفقة بعد إلغاء المنح المؤقت وجوب احترام حرية المنافسة.

ثالثا: المقاولة من الباطن: وهذه الصورة واسعة الحدوث في مجال الصفقات العمومية، وفيها يتفق المتنافسين فيما بينهم على حصولهم على مقاولات من الباطن يمنحها لهم من فاز بالصفقة بعدما اتفقوا على تقديم عروض شكلية للمنافسة أو عدم تقديمه لعروض مطلقا في حالة كونهم منافسين حقيقيين(لاسيما في المناقصات المحدودة أو التي تشترط حدودا دنيا)، فمن ترسو عليه الصفقة يمنح الآخرين ممن كانوا ضمن الاتفاق

المتواطئ مقاولات من الباطن مرتبطة بتنفيذ تلك الصفقة، كعقود توريد للصفقة أو في تنفيذها ...

وقد كانت هذه الصورة أحد أهم الوقائع التي قضى فيها القضاء الأمريكي في قرار لمحكمة ميسوري الغربية بتاريخ 2004/11/08، وملخص تلك القضية أن شركة Donnie Mantle وشركة Apac-Missouri عقدتا اتفاقا سريا للتلاعب بعرض صفقة تنفيذ مشروع الطريق السريع في ولاية ميسوري، وحاصل الاتفاق أن تقدم الأولى عرضا مرتفعا حتى ترسو الصفقة على شركة Apac مقابل حصول شركة Mantle على عقد من الباطن لتنفيذ ذلك المشروع، فقد استندت المحكمة في إثبات وجود هذا الاتفاق على عقد المقاولة من الباطن التي تحصلت عليه الشركة الأولى بعد رسو الصفقة للثانية هذا من جهة ومن جهة أخرى على سجل المكالمات الهاتفية التي دارت بين ممثلي الشركتين قبل تقديم العروض وعلى الأسعار المرتفعة غير المبررة وغير المرتبطة بالكلفة الفعلية للمشروع التي قدمتها شركة مانتل[24].

والحقيقة أن هذه الصورة أحد أهم الصور البارزة في الواقع على وجود مثل هاته الممارسات المقيدة للمنافسة، كما أن مسألة إثباتها مسألة ممكنة جدا لاسيما من خلال القرائن وواقع الحال، كما أن التواصل بين الأطراف المتواطئة يمكن الاستناد عليه في الإثبات.

كما يمكن للقضاء وأجهزة الرقابة في إبرام الصفقات أو المكلفة بالمنافسة وضع عدة ضوابط ومؤشرات يمكن من خلالها معرفة مدى وجود التواطؤ من عدمه، ومن بينها مثلا في مجال الأسعار التفاوت الكبير بين عرض وآخر لا مبرر له ولا يتوافق مطلقا مع القيمة الفعلية للمشروع محل الصفقة مثلا...

رابعا: تقسيم الأسواق: تعتبر اتفاقات تقسيم الأسواق أو الزبائن أحد أهم صور الممارسات المقيدة للمنافسة، لأنها ممارسة غير مشروعة في حد ذاتها، وسواء تم الاتفاق على التقسيم على أساس جغرافي أو على أساس سوق معينة أو قطاع نشاط معين[25]، فالمتعاملين الاقتصاديين المتفقين في هذا الإطار يحصل الاتفاق بينهم على أن يتم اختصاص شركة معينة دون سواها على عروض صفقات عمومية معينة تطرحها فئة معينة كالوطنية

مثلا أو في منطقة معينة، حيث لا يمكن لغير هذا العون الاقتصادي الاستحواذ عليها ولا حتى الدخول في عروضها، وبالتالي سوف يتأثر هذا العون دون غيره في هاته السوق تبعا لاتفاق التواطؤ الذي حصل مع غيره من الأعوان الاقتصاديين. وفي هذا مخالفة صريحة لقواعد المنافسة الحرة، فقد يقيدها بل وحتى منع المنافسة تماما.

خامسا: دوران العروض: في هذه الصورة يلتزم مقدمو العروض المتآمرين بالتواطؤ فيما بينهم إيهاما بجو منافس قانوني وحقيقي، لكن يتبادلون فيما بينهم دور صاحب العرض المرشح للفوز بالصفقة، بحيث تتغير مُدَدْ هذه الدورة، فيتبادلون دور الفائز بالصفقة تبعا لقيمتها بحيث يحصل كل منهم على حصص متساوية أو تقدر بحسب حجم مؤسساتهم...، وما يميز هذه الصورة دقة نظام دوران العروض فتضمن تحقق المؤامرة[26].

تلك جملة الصور التي شاع العمل بها في مجال الصفقات العمومية فتصدرت باقي الصور، لكن يبقى هدفها دائما واحد هو تقييد مبدأ حرية المنافسة، ونفي حق الغير في الاستفادة من منافع المنافسة بطريقة غير مشروعة، مما يجعلها ممارسات غير مشروعة لا ترتب أثرا مشروعا.

لكن الإشكال بخصوصها يتعلق أساسا بمسألة الإثبات، فإن كانت الاتفاقيات والاتفاقات والتحالفات مكتوبة وصريحة يمكن الرجوع إليها كان إثباتها سهلا، أما والحال الغالب، أنها تتم في سرية بطريقة شفوية بين أطرافها، أو ضمنية من خلال تصرفات أطرافها، فلابد من اللجوء إلى كل ما من شأنه إثباتها لاسيما قرائن الحال ووسائل التواصل بين أطرافها وغيرها من الأسباب والمؤشرات التي يمكن استخلاص دليل منها على تلك الممارسات.

هذا ويجب أن يكون للقضاء والهيئات الرقابية في مجال الصفقات العمومية سلطة تقديرية تسمح لهم من بسط تلك الرقابة بكل موضوعية وشفافية من خلالها يتم التوصل إلى كشف تلك الممارسات التي من شأنها عرقلة المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية، وهذا بطبيعة الحال، قصد حماية المال العام من جهة وحماية الاقتصاد الوطني والمنافسة في

حد ذاتها من جهة أخرى، وبالتالي تحقيق المساواة بين الجميع في الاستفادة من عروض الصفقات العمومية في جو منافس جدا.

خاتمة

باعتبار الصفقات العمومية عقود ترتبط بإدارة وتسيير واستثمار المال العام، فإن المشرع أحاطها بقواعد وأحكام صارمة حماية للمال العام في حد ذاته، ولما كانت هذه العقود ترتبط بأنشطة اقتصادية من صميم مواضيع قانون المنافسة، فإنها تعتبر بنص القانون أحد أهم الأنشطة الاقتصادية التي تخضع لأحكامه، ومن بينها مبدأ حرية المنافسة، هذا المبدأ الذي يقتضي حق كل شخص في الدخول في سوق معينة أو ممارسة نشاط اقتصادي معين وقتما شاء، فإنه أضحى مبدأ دستوري يحميه القانون.

من أجل ذلك، فإن من حق أي مؤسسة تمارس نشاطا اقتصاديا، الاستفادة من منافع المال العام في استثماره أو تسييره أو التصرف فيه لفائدة المصلحة العامة عموما، وذلك بالشكل القانوني المطلوب ووفقا للمسار الطبيعي العادي لممارسة المنافسة، وبطبيعة الحال فإن القيام بأي تصرف أو عمل من شأنه المساس بمبدأ حرية المنافسة أو تقييدها أو عرقلتها أو الإخلال بها أو نفيها أو منعها سواء كان في صورة فردية أو جماعية، فهي أعمال وممارسات منعها المشرع لمساسها بالمنافسة في حد ذاتها، ذلك أن انتهاج نهج الاقتصاد الحر يقتضي محاربة كل ما من شأنه المساس بالمنافسة الحرة والاستفادة من منافعها حال ممارسة مختلف الأنشطة الاقتصادية سواء تعلقت بالمال الخاص أو بالمال العام.

لهذا الغرض، كان لقانون الصفقات العمومية ارتباط وثيق وأصيل بقانون المنافسة الذي يحمي المنافسة فيه، ويلزم كل متدخل في عمليات وجميع مراحل إبرام الصفقات العمومية للأحكام المنظمة للمنافسة سواء كان من أشخاص القانون الخاص أو حتى من أشخاص القانون العام، ذلك أن الهدف واحد هو حماية المصلحة العامة والاقتصادي الوطني بحماية المال العام والمنافسة الحرة واحترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

وفيما يخص إثبات الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، فإن تقييدها بوسيلة معينة للإثبات مسألة تتعارض مع حماية

المنافسة والمال العام معا، لذلك فإن مبدأ حرية الإثبات هو الوسيلة الأنجع للوصول لتلك الغاية، ومع أن في المسألة صعوبة كبيرة جدا لاسيما حال التواطؤ الضمني وغير المعلن، فإنه يتعين منح الهيئات المكلفة بحماية المنافسة والمال العام من جهة، والهيئات القضائية من جهة أخرى، سلطة تقديرية واسعة من خلال منحها صلاحيات أوسع في التحقيق والتحري والإثبات وتسهيل عملها في مواجهة المسؤولين عن المال العام كفيل بتحقيق تلك الغايات السامية.

من أجل ذلك، يمكن تبني بعض المؤشرات التي توصل إليها القضاء المقارن في الدول الأجنبية لإثبات كل الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وهي كالآتي:

– أن يتقدم منافس غير قادر على تنفيذ طلب عرض معين بعرض لتنفيذ هذا العرض.

– أن يكون نفس المتعامل ولمرات عديدة نفسه هو المزايد أو المناقص صاحب العرض المنخفض على عقود لمنتوج معين أو خدمة معينة أو في منطقة جغرافية معينة.

– عندما يظهر بأن المتنافسين يحصل كل منهم على دور في الفوز بطلبات العروض.

– عندما يكون هناك اختلاف كبير وغير مبرر بين العرض الفائز بالصفقة والعروض الأخرى المقدمة.

– انخفاض أسعار العروض كلما كان هنالك منافس جديد قد تقدم بعرض.

– عندما تسحب مؤسسة عرضها المناسب أو القابل للفوز وفيما بعد تقوم بتنفيذ الصفقة من خلال مقاولة من الباطن مع من يفوز بالصفقة.

ومع صعوبة الإثبات في جميع الأحوال، يتعين أخذ الحيطة والحذر بشكل كبير جدا في إثبات سوء النية والتواطؤ، إذ قد يوجد أحد المؤشرات

المذكورة ولكن بصورة عارضة من غير اتفاق مسبق بين المتنافسين، لا لشيء إلا أخطاء مادية أو أسباب موضوعية حالت دون التقدير الموضوعي أو الفني الجيد للصفقة...

الهوامش

[1]- وهذا ما نصت عليه المادة 1 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم- الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 2003.

[2] - لقد أرسى المشرع الجزائري قواعد قانونية تنظم وتحكم الممارسات التجارية بموجب القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، فتضمن مبدأين مهمين هما مبدأ شفافية الممارسات التجارية ومبدأ نزاهة الممارسات التجارية، وكل خرق لأحكام هذين المبدأين أو أحدهما يترتب عنه حتما خرق أحكام المنافسة الحرة. وهذه القواعد كانت في الأصل منصوص عنها ضمن أحكام قانون المنافسة لسنة 1995 ثم تم تعديل هذا القانون فأضحت أحكام الباب الرابع منه وبعض أحكام الباب الخامس قانون قائم بذته هو المذكور آنفا. ولتفصيل أكثر أنظر- د. علال طحطاح، التزامات العون الاقتصادي في ظل قانون الممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1- كلية الحقوق، نوقشت سنة 2014، ص 2 وما بعدها.

[3]- ينص الفصل الخامس من قانون المنافسة والأسعار التونسي على أنه :" تمنع الأعمال المتفق عليها والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية والرامية إلى منع تطبيق قواعد المنافسة في السوق أو الحد منها أو الخروج عليها عندما تهدف إلى...". كما نص المشرع الأردني في قانون المنافسة ضمن المادة 5/أ على أنه:" يحظر تحت طائلة المسؤولية، أي ممارسات أو تحالفات أو اتفاقيات، صريحة أو ضمنية، تشكلا إخلالا بالمنافسة أو الحد منها أو منعها...". ونفس الشيء جاء بع المشرع المغربي ضمن قانون حرية الأسعار والمنافسة رقم 06/99 في الباب 3 منه المواد من 6 إلى 9 منه.

[4] - جاء في نص المادة 3 من قانون المنافسة أنه:" يقصد في مفهوم هذا الأمر ما يأتي: أ- المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد، ..."

[5]- وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون المنافسة.

[6]- جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون- جامعة مولود معمري- تيزي وزو، نوقشت في 2012/12/06، ص 35.

[7] - شمسية عبد الكريم الكفاوي، التنظيم القانوني للمنافسة التجارية في القانون الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، جامعة مؤتة- الأردن، سنة 2005، ص 15.

[8] - شمسية عبد الكريم الكفاوين، المرجع السابق، ص 15-16.

[9] - د. محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي- الجزائر، بلا طبعة ولا سنة، ص 37./- جلال مسعد زوجة محتوت، المرجع السابق، ص 64.

[10] - د. لينا حسن ذكي، الممارسات المقيدة للمنافسة ووسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، رسالة دكتوراه- جامعة حلوان مصر، سنة 2004، ص 41.

[11]- د. محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 36.

[12]- د. محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 38.

[13]- د. محمد الشريف، المرجع السابق، ص 35.

[14]- أنظر في أهم صور تقييد المنافسة الواردة في المادة 6 من قانون المنافسة.

[15] - د. أحمد محمد الصاوي، الإطار القانوني لحظر الممارسات المقيدة للمنافسة، مقال منشور بمجلة رؤى استراتيجية- الإمارات العربية المتحدة، أفريل 2015، ص 14. أنظر الموقع الالكتروني
http://strategicvisions.ecssr.com/ECSSR/ECSSR_DOCDATA_PRO_EN/Resources/PDF/Rua_Strategia

[16] - بالنسبة لهذه الاتفاقات والممارسات الواردة في المادة 2/9 من قانون المنافسة يتعين الترخيص لها من طرف مجلس المنافسة. وبالتالي تلك التي رُخِّص لها هي التي تتمتع بالشرعية ويرفع عنها الحظر فقط دون غيرها.

[17] - جاءت العديد من نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 تتضمن بصريح العبارة تبني المشرع لأحكام مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية من بينها نص المادة 72 و 74 و 80 و 82 وغيرها. وهذا دليل على وجوب التقيد بأحكام حرية المنافسة في إبرام تلك الصفقات والاستفادة منها حسب ما تقتضيه المنافسة الحرة والنزيهة.

[18]- باطلي غنية، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 12، ص 345.

[19] - باطلي غنية، المرجع السابق، ص 246.

[20]- شمسية عبد الكريم الكفاوين، المرجع السابق، ص 26.

[21]- نفس المرجع.

[22]- شمسية عبد الكريم الكفاوين، المرجع السابق، ص27-28.

[23]- نفس المرجع، ص 29-30.

[24]- شمسية عبد الكريم الكفاوين، المرجع السابق، ص 30.
[25] - د. أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، ص 15.
[26]- شمسية عبد الكريم الكفاوين، المرجع السابق، ص 30.