

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية régulation de la concurrence dans le domaine des marchés publics

برابح منير، المركز الجامعي بريكّة، الجزائر Mounir.berrabah@cu-barika.dz

تاريخ قبول المقال: 20-03-2022

تاريخ إرسال المقال: 09-01-2022

الملخص:

من أجل تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية فقد تدخل المشرع الجزائري عن طريق وضع ضمانات يجب احترامها سواء من قبل الإدارة أو المتعاقدين، ومن أجل ضمان تطبيق هذه الضمانات أو جد المشرع آليات متمثلة في الأجهزة الجزاءات سواء في قانون المنافسة 03/03 أو في المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، منافسة، مرفق عام.

Abstract:

Afin d'organiser la concurrence dans le domaine des marchés publics .Le législateur algérien a intervenu en plaçant des garanties qui doivent être respectées par la direction et les entrepreneurs Et afin d'assurer la mise en œuvre de ces garanties le législateur a créé des mécanismes représentés dans les organismes et les sanctions trouvés dans le droit de la concurrence 03/03 ou dans le décret 15/247 contenant les instructions relatives aux organisations des marchés publics et délégations des services public.

Key words : Marchés publics، concurrence، services public.

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

مقدمة:

لقد توجه المشرع الجزائري في إطار تنظيم منافسة شفافة في مجال الصفقات العمومية إلى توسيع نطاق قانون المنافسة 03/03 و ذلك خاصة بعد تعديله بموجب القانون 08-12 نصت المادة 2 منه على امتداد تطبيق قواعد المنافسة إلى مجال الصفقات العمومية وهو أيضا ما أكده القانون 05/10 المتضمن تعديل قانون المنافسة لسنة 2010 حيث يطبق قانون المنافسة.

و إذا كان قانون المنافسة قد جاء من أجل ضمان المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين (المتعاقدين المتنافسين)، فإن المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹ بدوره يوجب على الإدارة صاحبة الصفقة احترام المنافسة بين المتعاقدين وذلك من خلال احترام مبدأ المساواة بينهم عبر جميع الإجراءات التي يستجوبها القانون على الإدارة المعنية بالصفقة ابتداء من مرحلة الإعلان عنها إلى غاية التسليم النهائي لها، مع بعض الاستثناءات على هذا المبدأ وذلك إما لأسباب قانونية أو لأسباب مرتبطة بضمان حسن سير المرافق العمومية، فالمرسوم 247/15 يكفل بدوره تنظيم المنافسة بين الإدارة والمتعاقدين في الصفقة العمومية.

لذلك فإن هدف هذه الدراسة يتمثل في بيان مدى فاعلية الضمانات والآليات التي وضعها المشرع الجزائري، سواء في قانون المنافسة أو في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية، في فرض منافسة شفافة بين المتعاقدين أو المتنافسين في مجال الصفقات العمومية.

وتتمثل إشكالية الموضوع هنا: ما هي الضمانات والآليات التي وضعها المشرع من أجل ضمان المنافسة في مجال الصفقات العمومية سواء في الأمر 03/03 المتضمن قانون المنافسة أو في المرسوم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية؟

وفيما يتعلق بمنهج الدراسة فقد اعتمدنا عدة مناهج من بينها المنهج الوصفي من أجل توضيح وتعريف بالمصطلحات المتعلقة بالموضوع، وكذلك المنهج التحليلي، إضافة إلى المنهج التاريخي.

¹ وهو المرسوم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50، ص3.

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المبحث الأول: ضمانات المنافسة في مجال الصفقات العمومية

من أجل تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية نص المشرع الجزائري على مجموعة من الضمانات الكفيلة بتحقيق مبدأ المنافسة بين المتعاقدين أو المكننتين فيما بينهم في قانون المنافسة (مطلب أول)، كما أن المرسوم 15-247 قد كرس نفس المبدأ من خلال إلزامه للإدارة مانحة الصفقة بضمان مبدأ المساواة بين المتعاقدين في منح الصفقة العمومية مع مراعاة بعض الاستثناءات خاصة عندما يتعلق الأمر بضمان حسن واستمرارية سير المرفق العام (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: ضمانات المنافسة بين المتعاقدين في ظل قانون المنافسة

قد يلجأ المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية إلى القيام ببعض الممارسات والأعمال المنافية لمبدأ المنافسة وهذا ما من شأنه أن يقضي على هذا المبدأ، كما يؤثر بدوره على حسن سير المرفق العام وترشيد النفقات خاصة عندما نتكلم على حالة الأعمال المؤدية إلى استئثار متعاقد معين وتحكمه في سوق المنافسة في مجال تقديم عروض الصفقات، لذلك فإن المشرع قد نص على شمولية قانون المنافسة 03/03 المعدل المتم لمجال الصفقات العمومية مما يعني أن الضمانات المتعلقة بتحقيق المساواة بين المتنافسين في هذا القانون تمتد وتطبق أيضا على المتنافسين في مجال الصفقات العمومية، ومن أهم هذه الضمانات نجد حظر المشرع للممارسات المنافية للمنافسة (فرع أول)، كما نظم المشرع التجميعات الاقتصادية في مجال المنافسة (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: حظر الممارسات المقيدة للمنافسة

تتخذ الممارسات التي يمكن أن تقيد المنافسة في مجال الصفقات العمومية أشكالا وصورا كثيرة، كالاتفاقات المحضورة بين المتعاقدين والتي تهدف صراحة إلى الحد من دخول المنافسة في الصفقة العمومية، وكذلك التعسف الناجم على وضعية هيمنة في السوق، أو عن وضعية تبعية مؤسسة لمؤسسة واستغلال هذه الوضعيات في إقصاء مؤسسات من الدخول في المنافسة من أجل الحصول على الصفقة العمومية¹.

¹ - جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2012-2-6، ص 34

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

ونظرا لخطورة الممارسات المذكورة فقد اعتبرها المشرع الجزائري ممارسات مقيدة للمنافسة بما فيه المنافسة في مجال الدخول وتقديم العروض بالنسبة للصفقات العمومية وذلك في الفصل الرابع من قانون المنافسة¹.

وبالنسبة للاتفاقات والأعمال المدبرة التي من شأنها عرقلة المنافسة بصفة عامة، وخصوصا في مجال الصفقات العمومية فقد نص المشرع في نص المادة 6 من القانون 03/03 والتي جاء فيها بأنه " تحظر الممارسات الأعمال 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 منه...".

يتضح فعلا من خلال نص المادة أعلاه أن المشرع قد حظر الأعمال المدبرة والاتفاقات الرامية إلى عرقلة المنافسة بما فيها المنافسة في مجال الصفقات العمومية ذلك أن هذه الممارسات تهدف عادة إلى اقتسام السوق جغرافيا، ومثالها اتفاق مؤسسات معينة على منح الصفقة لمؤسسة معينة دون أن تنافسها باقي المؤسسات، وتوضح هذه الممارسات خاصة في مجال الأشغال العمومية مثل إصلاح السدود، والطرق، بحيث تجعلهم هذه التصرفات ينسحبون من المنافسة لصالح المؤسسة التي تم الاتفاق لحسابها، بحيث تصبح هذه الاتفاقات أعمال ضمنية تجعل المؤسسات المتفقة تقتسم الأرباح، وفي نفس الوقت تعود بمضار على المرفق العام أو الإدارة صاحبة الصفقة²، أين تجد الإدارة صاحبة الصفقة نفسها مرغمة على إبرام صفقة مع متعهد واحد وربما بالشروط التي يضعها.

وبالإضافة إلى الاتفاقات والإعمال المدبرة فقد نص المشرع على خضر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة في السوق³، وكذلك استغلال وضعية علاقية التبعية⁴، خاصة إذا كانت هذه الممارسات ترمي إلى الحد من الدخول إلى سوق المنافسة أو إذ كان الهدف منها اقتسام الأسواق ومصادر التموين بين المؤسسات، أو كانت ترمي إلى تطبيق شروط غير متكافئة في نفس الخدمات المقدمة بين الشركاء التجاريين.

¹ -أنظر المادة 14 من القانون 03/03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 13 يوليو 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 64، الصادر في 26 أكتوبر 2003 المعدل والمتمم.

² - شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2012، ص 28.

³ - حيث نصت المادة 7 من القانون 03/03 المتضمن قانون المنافسة، المرجع السابق، على مايلي " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها...".

⁴ - حيث نصت المادة 10 من القانون 03/03 على مايلي " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفته زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة...".

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

وقد حظر المشرع الجزائري هذه الممارسات قانون المنافسة 03/03 المعدل والمتم الذي يمكن تطبيقه في مجال الصفقات العمومية طبقا لنص المادة 2 منه ذلك أن مثل هذه التصرفات من شأنها إقصاء مؤسسات كثيرة من التنافس حول الحصول على الصفقة وهو ما يخل بمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية كما له أثر سلبي على حسن سير المرافق العمومية حيث يمكن أن تنعكس هذه الممارسات على حسن سيره، غير أن تقييد المنافسة لا يقتصر على هذه الممارسات إذ أن التجميعات الاقتصادية إذ لم يتم مراقبتها وتنظيمها فإنها يمكن أن تخل بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: تنظيم التجميعات الاقتصادية

يتم التجميع وفقا لنص قانون المنافسة 03/03 وفقا لطريقتين هما الاندماج والمراقبة، حيث يقصد بالطريقة الأولى والمتمثلة في الاندماج الذي يتم بين مؤسستين أو أكثر تصبح إدارة واحدة بعد أن كانت مستقلة عن بعضها، ويؤدي الاندماج إلى زوال المؤسسات المندمجة أو زوال إحداها على الأقل، أما المراقبة فتنتج عن النفوذ الذي يملكه شخص أو عدة أشخاص طبيعيين على مؤسسة أو أكثر أو عن النفوذ الذي تملكه مؤسسة أو عدة مؤسسات على مؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى أو على جزء منه¹.

إن التجمع بالمفهوم المذكور أعلاه يمكن أن يكون ايجابيا إذا كان قائما بين المؤسسات العارضة في الصفقة العمومية وذلك إذا كان هذا التجمع يهدف إلى التعاون بين المؤسسات بغية تحقيق التكامل بينها، كأن تندمج مؤسسات ذات وسائل لا تملكها مؤسسة أخرى والعكس من أجل الحصول على الصفقة وانجازها في ظروف جيدة وسريعة، غير أن الوجه السلبي للتجمع والمتمثل خاصة في محاولة احتكار سوق المنافسة في مجال الصفقات العمومية يجعله يخل بمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

و نظرا لأن التجمع لاقتصادي بين المؤسسات المؤدي إلى احتكار السوق يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المنافسة بما فيها المنافسة في مجال الصفقات العمومية فقد اعتبره المشرع من الممارسات المخلة بهذا المبدأ وأخضعه بالتالي للرقابة من طرف مجلس المنافسة ويعد التجمع إخلال بمبدأ المنافسة إذا توفر فيه الشروط التالية²:

¹ - موالك بختة، محاضرات أقيمت على طلبية الماجستير تخصص قانون حماية المستهلك والمنافسة حول مبادئ المنافسة في ظل القانون 03/03 2012/2013، ص72.

² - أنظر في شروط خضوع التجميعات الاقتصادية، نفس المرجع، نفس الصفحة.

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

- تجاوز التجميعات الاقتصادية للعتبة القانونية المحددة بـ 40% حيث نصت المادة 18 من القانون 03/03 على مايلي "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة".

- المساس بالمنافسة وهذا ما يفهم من نص المادة 17 من القانون 03/03 التي تفرض الرقابة على التجميعات الاقتصادية إذا كان من شأنها المساس بالمنافسة ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما¹. كما نصت المادة 81 من المرسوم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام على مايلي "يمكن المرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة...".

فيفهم من النصين السابقين أنهما يشترطان في التجمع في مجال الصفقات العمومية عدم المساس بمبدأ المنافسة.

إذا كان قانون المنافسة قد جاء بضمانات من أجل وبغية تحقيق مبدأ المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين - المكتبتين في مجال الصفقات - فإن المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بدوره نص على ضمانات تلتزم بها الإدارة مانحة الصفقة اتجاه المكتبتين أو المتعاقدين من أجل ضمان المنافسة النزيهة بينهم.

المطلب الثاني: ضمانات المنافسة بين الإدارة والمتعاقدين قانون الصفقات العمومية

من أجل تحقيق مبدأ المنافسة في للحصول ومنح الصفقة العمومية فإن المرسوم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام يلزم الإدارة أو المرفق بإتباع مبدأ المساواة بين المكتبتين والمرشحين² العارضين في الصفقة (فرع أول)، غير أنه ومراعاة منه لبعض المقترضات المتعلقة خاصة بضمان حسن سير المرفق العام يضع استثناءات على هذا المبدأ (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: إلزامية احترام مبدأ المساواة بين المتعاقدين

إن تحقيق مبدأ المساواة بين المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية يتطلب عدم التمييز بينهم في المعايير المتعلقة باختيار العروض، وهذا ما يجعل هذا المبدأ ضماناً حقيقة للمنافسة الحرة والنزيهة في هذا

¹ - حيث نصت المادة 17 من القانون 03/03 على مايلي "كل تجمع من شأنه المساس بالمنافسة ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة أشهر

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المجال، بحيث يؤدي تطبيق مبدأ المساواة إلى امتناع الإدارة عن أي فعل من شأنه أن يحمل مظهر التمييز بين المتعاقدين المكتبتين في الصفة العمومية حيث يفرض على الإدارة هنا التزام معايير موضوعية لانتهاء المتعاقدين¹.

ونظرا للأهمية العملية لتطبيق مبدأ المساواة بين المتعاقدين في مجال الصفقات العمومية فإن مختلف النصوص التي نظمت هذه الأخيرة تبنت هذا المبدأ بما فيها المرسوم 247/15 حيث تبدوا لنا مظاهر الأخذ بهذا المبدأ من خلال النقاط التالية:

- يبدو أخذ المرسوم 247/15 بمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية من خلال نص المادة 5 منه الذي نص على مايلي " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".
- نص المادة 9 من المرسوم 247/15 والذي وإن أشار إلى عدم خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لهذا المرسوم، إلا أنه نص على ضرورة أن تنقيد بمبدأ المساواة بين المتعاقدين والشفافية في الإجراءات التي تتبعها من أجل إبرام الصفقات².
- نص المرسوم 247/15 على ضرورة إتباع طلب العروض فيما يتعلق بإبرام الصفقة، حين نصت المادة 39 منه على مايلي " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة...".

وطلب العروض حسب نص المادة 40 من المرسوم 247/12 هو ذلك الإجراء الذي 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.

¹ - صالح زمال، مداخلة بعنوان امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، ص6.

² حيث نصت المادة 9 من المرسوم 247/15 على مايلي " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب، ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات الصفقات العمومية حسب خصوصيتها، على أساس حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئات اجتماعية"

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

من خلال قراءة النصوص السابقة يتضح بأن المشرع قد أخذ فعلا بمبدأ المساواة بين المتعاقدين المتعهدين في مجال الصفقات العمومية وذلك نظرا للدور الهام الذي يلعبه هذا المبدأ في تعزيز سوق المنافسة، وترشيد النفقات العمومية، وضمان حسن سير المرافق العام، غير أن الضرورة قد جعلت المشرع يحيط هذا المبدأ وذلك مراعاة لخصوصيات معينة.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة

إذ كان المشرع الجزائري في المرسوم 247/15 قد أخذ بمبدأ المساواة، في نفس المرسوم يضع استثناءات من خلالها للإدارة الخروج على هذا المبدأ في منح الصفقة العمومية وهذا ما يتضح جليا من خلال النقاط أو النصوص التالية"

- نص المادة 39 من المرسوم 247/15 والذي وإن جعل المبدأ العام في إبرام الصفقة هو طلب العروض، فإن نفس النص يضع استثناء على هذا المبدأ والمتمثل في إجراء التراضي والذي عرفته المادة 41 من نفس المرسوم بأنه "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الشكلية إلى المنافسة..."

ونظرا لما يشكله للجوء إلى إجراء التراضي في إبرام الصفقة العمومية من إخلال بمبدأ المساواة فقد قيد المشرع اللجوء إليه بحالات معينة وهي الحالات الواردة في نص المادة 49 من المرسوم 247/15، وتمثل هذه الحالات في مايلي:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمة إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية ، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية،
- في حالة وجود استعجال ملح المعلن بوجود خطر معلن يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات، بشرط أنه لم يكن بوسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها،

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.
- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذا أولية أو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة للمناورات من طرفها وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الحالة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من طرف مجلس الوزارة، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق (10.000.000.000 دج) أو إلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،
- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من طرف مجلس الوزراء إذ كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،
- أما الفقرة الأخيرة من المادة 49 فقد نصت على أن تحديد كيفية تطبيق نص المادة 49 يكون بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.
- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
- يبدو تقييد مبدأ المساواة أيضا في مجال الصفقات العمومية في حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم 247/15 والتي غالبا ما ترجع إلى أسباب قانونية أو قضائية.

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

- لقد نص المرسوم 247/15 أيضا على استثناءا يتعلق بترقية الإنتاج الوطني والإدارة الوطنية لإنتاج الوطني، حيث يمنح هامش أفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري، أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.
- كما يمكن للإدارة اللجوء إلى الإجراءات الخاصة في إبرام الصفقة في حالات معينة من بينها حالات الاستعجال الملح المنصوص عليها في المادة 12 من المرسوم 247/15.

من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع وسعيا منه إلى تجسيد مبدأ المنافسة في مجال الصفقات من جهة، وضمان حسن سير المرافق العمومية من جهة أخرى نص على ضمانات تكفل الأول، استثناءات لصالح الثاني، سواء في قانون المنافسة 03/03 المعدل والمتمم، أو في نصوص المرسوم 247/15 غير أن هذه الضمانات لن تكون ذات أهمية أن لم يحطها المشرع بآليات تضمن تطبيقها.

المبحث الثاني: آليات ضمان المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

بهدف تحقيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية فإن المشرع الجزائري سواء في قانون المنافسة أو في المرسوم 247/15 أوكل رقابة تطبيق ضمانات المنافسة إلى هيئات معينة (مطلب أول)، كما رتب جزاءات على مخالفة هذه الضمانات (مطلب ثان).

المطلب الأول: الهيئات الكفيلة بضمان المنافسة في مجال الصفقات العمومية

تختلف الهيئة المكلفة بالرقابة على ضمانات المنافسة في مجال الصفقات العمومية مجال تطبيق القانون الذي نص عليها، إذا توجد هيئات تكفل تطبيق مبدأ المنافسة بين المتعاقدين في قانون المنافسة (فرع أول)، كما توجد هيئات تكفل ضمان احترام مبدأ المنافسة من طرف الإدارة (فرع ثان).

الفرع الأول: الهيئات الكفيلة بضمان المنافسة بين المتعاقدين

في حالة إخلال المتعاقدين بالضمانات المنافسة المنصوص عنها في القانون 03/03 فإن المشرع أوكل مسألة مراقبة هذه الضمانات إلى هيئات متمثلة خاصة في مجلس المنافسة (أولا)، أما من الناحية القضائية فإن مسألة تطبيق قواعد المنافسة بين المتعاقدين يتولها القضاء العادي (ثانيا).

أولا: مجلس المنافسة

لم يكتفي المشرع الجزائري بالنص على القواعد المادية المتعلقة بضمان المنافسة ضمن القانون 03/03 المعدل والمتمم، حيث أنشأ هيئة لها صلاحيات في مجال ضبط سوق المنافسة من خلال السهر على تطبيق القواعد المنصوص عليها في هذا المجال، و تتمثل هذه الهيئة في مجلس المنافسة المنصوص عليه في

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المادة 23 من قانون المنافسة والتي نصت على أنه " تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص " مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي...".

إن مجلس المنافسة كهيئة نص عليها قانون المنافسة فقد أوكلت له مهام وصلاحيات متعلق بالسهر على تطبيق قواعد المنافسة في جميع المجالات المنصوص عليه في المادة 2 من القانون 03/03 ومن هذه المجالات نجد الصفقات العمومية، وتبعاً لذلك فإن مجلس المنافسة يثبت له في هذا المجال، صلاحية التدخل من أجل ضبط سوق المنافسة في مجال الصفقات العمومية خاصة من خلال ممارسة صلاحية الرقابة ومنح الترخيص فيما يتعلق بالتجمعات الاقتصادية بين المؤسسات المتعاقدة في الصفقة العمومية أو من خلال ممارسة صلاحية إجراء العفو وكذلك من خلال إجراء ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتمزم بها من طرف المؤسسات المخالفة لقواعد المنافسة¹.

ويثبت للمجلس المنافسة أيضاً ممارسة صلاحيات ذات طابع تنازعي وفي هذا المجال يثبت له الحق في اتخاذ أوامر معلة ومسببة تهدف إلى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة المرتكبة من قبل بعض المتعاقدين في الصفقة العمومية، ويكون هذا الفصل بمناسبة النظر في العرائض والملفات المرفوعة أمامه بعدما يتم التأكد من اختصاصه بالنظر فيها².

بالإضافة إلى الدور الذي يمكن أن يلعبه مجلي المنافسة في تطبيق قواعد المتعلقة بضمان المنافسة في مجال الصفقات العمومية، نجد أن هيئات القضاء العادي له دور أيضاً في تطبيق قانون المنافسة.

ثانياً: القضاء العادي

تثبت لهيئات القضاء العادي الاختصاص بتطبيق قواعد قانون المنافسة وذلك، إما من خلال النظر مباشرة في القضايا التي ترفع أمامه و يكون محلها ممارسات مقيدة للمنافسة، حيث يمكن لهيئات القضاء العادي في هذه الحالة وقبل أن تنتظر في هذه الممارسات طلب رأي مجلس المنافسة، ويلتزم هذا الأخير في هذه الحالة بإبداء رأيه بعد إجراءات الاستماع الحضورى إلا إذا كانت القضية المعنية محل دراسة مسبقة من طرف المجلس³.

¹ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 241.

² - شرواط حسين، المرجع السابق، ص 60.

³ - حيث نصت المادة 38 من القانون 03/03، المرجع السابق على مايلي " يمكن أن تطلب الهيئات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر ولا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية...".

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

وبالإضافة إلى اختصاص هيئات القضاء العادي بنظر القضايا المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، فإنه يثبت لها أيضا الاختصاص في تطبيق قواعد المنافسة وذلك من خلال الرقابة التي يمارسها مجلس قضاء الجزائر على القرارات التي تصدر عن مجلس المنافسة إذا أن هذه الأخيرة يمكن أن تكون محل للطعن أمام المجلس القضائي بالجزائر الذي ينظر في المواد التجارية، ويمكن أن يكون هذا الطعن إما من الأطراف المعنية بالقرار، كما يمكن أن يكون من طرف الوزير المكلف بالتجارة، في أجل أقصاه شهر يبدأ احتسابه من تاريخ استلام القرار¹.

لقد أوكل المشرع الجزائري مسألة الرقابة وتطبيق قواعد المنافسة بين المتعاقدين عند ارتكابهم لممارسات مقيدة للمنافسة حول الحصول على الصفقة العمومية لمجلس المنافسة والقضاء العادي، فما هي الهيئات الكفيلة بضمان تطبيق قواعد المنافسة من طرف الإدارة صاحبة الصفقة؟.

الفرع الثاني: الهيئات الكفيلة بضمان تطبيق قواعد المنافسة على مستوى الإدارة

لقد نص المشرع في المرسوم 247/15 كما رأينا في المبحث الأول على ضمانات من شأنها تحقيق مبدأ المساواة بين المتعاقدين والمفضي بدوره إلى تحقيق المنافسة النزيهة حيث تلتزم الإدارة صاحبة الصفقة بهذه النصوص في قراراته خاصة أمام لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض (أولا)، وفي حالة إخلالها بهذه الضمانات فإن القانون يكفل للمتعاقد الطعن في القرارات الصادرة عن الإدارة سواء أما لجنة الصفقات المختصة (أولا)، أو باللجوء إلى القضاء الإداري (ثانيا).

أولا: لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض

هذه اللجنة منصوص عنها في المرسوم 247/15 والذي جاء في نص المادة 160 منه مايلي " تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأطراف وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء تدعى في صلب النص لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، وتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفانتهم

يمكن المصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير إعداد العروض لحاجات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض"

ومن خلال النص أعلاه والصلاحيات التي منحها المشرع للجنة فتح الأطراف وتقييم العروض خاصة في المواد 161 إلى المادة 163 تمارس رقابة داخلية ضمانا لمبدأ المنافسة في منح الصفقة للمتعهد الذي تقدم بأحسن عرض.

¹ - أنظر نص المادة 63 ومايلها من القانون 03/03 المتضمن قانون المنافسة المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

ثانيا: لجنة الصفقات المختصة

في حالة صدور قرار من الإدارة يتعلق بعدم جدوى أو إلغاء الإجراء المتعلق بطلب العروض أو التراضي بعد الاستشارة التي تعتبر مظهرا لمبدأ المساواة، فإن المرسوم 247/15 يكفل للمتعهد أن يرفع طعنا أمام اللجنة المختصة بالصفقات العمومية، ولا يحقق للإدارة بل بجب عليها تمكين المتعهد من حقه في الطعن، الذي يجب أن يكون في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرات المخصصة لذلك¹، حيث نصت المادة 169 من المرسوم 247/15 على مايلي " تختص لجنة الصفقات العمومية بتقيد مساعداتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيباتها، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون، حسب الشروط المنصوص عنها في المادة 82 من المرسوم".

وبعد رفع الطعن من قبل المتعهد تلتزم لجنة الصفقات المختصة بإصدار قرار في أجل أقصاه 15 يوما من تاريخ انقضاء 10 أيام المتعلقة بأجل الطعن، وبعد صدور القرار المتعلق بالطعن يجب تبليغه للإدارة المتعاقدة و الطاعن².

تكفل نصوص المرسوم 247/15 للمتعهد الطعن في قرارات الإدارة صاحبة الصفقة أمام لجنة الصفقة العمومية، وهذا وفي إطار التسوية الودية للمنازعة أمام نفس الجهة، غير أنه للمتعاقد الذي تضرر نتيجة القرار الصادر عن الإدارة اللجوء إلى القضاء الإداري.

ثانيا: القضاء الإداري

إن اللجوء إلى القضاء من أجل تسوية المنازعة المتعلقة بالصفقة العمومية هي الآلية الثانية لحل النزاع، وعادة ما يلجأ المتعهدون إليها بعد فشل محاولات التسوية الودية والوصول إلى حل رضائي وهذا ما يفهم من نص المادة 157 من المرسوم 247/15 التي تنص " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية وفقا للتشريع المعمول به..". وإن كانت هذه المادة لم توضح القضاء المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية، كما لم تحدد أنواع الدعاوى التي يمكن رفعها في هذا المجال، وهذا يستوجب منا الرجوع إلى ما استقر عليه الفقه والقضاء³.

1 - أنظر نص المادة 81 من المرسوم 247/15 المرجع السابق.

2 - المادة 9/82 المرجع نفسه.

3 - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، 2018/2019، ص49، وتجدر الإشارة بأن المؤلف قد أشار إلى نص المادة 102 من قانون الصفقات العمومية ذلك أن دراسته كانت في ظل المرسوم

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

ويعود الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري تأسيساً على نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أخذ بالمعيار العضوي، فهذا يعني أنها تقع ضمن النظام القضائي المطبق على العقود الإدارية، وهذا ما هو سائد و متفق عليه لدى الفقه والقضاء الإداري¹.
تضمن النصوص القانونية للمتعهد ممارسة الحق في الدعوى الإدارية ضد القرارات الإدارية المتخذة من طرف الإدارة والمتعلقة بالصفقة العمومية من وجهين أو جهتين، حيث يمكن له في هذا المجال إما المطالبة بإلغاء هذا القرار الذي يرى المتعهد أنه كان سبباً في إقصائه من الدخول في الصفقة، أي ممارسة الحق في دعوى الإلغاء ضد القرارات المخلة بالمنافسة من قبل الإدارة، كما يثبت له الحق في ممارسة دعوى القضاء الكامل والتي من أهم صورها دعوى التعويض.

المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة على الإخلال بمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

ترتب النصوص القانونية على مخالفة القواعد الهادفة إلى تكريس مبدأ المنافسة في إطار الصفقات العمومية وذلك سواءً تجاه المتعاقدين ذاتهم (فرع أول)، أو اتجاه الإدارة (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: جزاء الإخلال بمبدأ المنافسة من طرف المتعاقدين

يتعرض المتعاقد الذي ارتكب ممارسات مخلة بمبدأ المنافسة إلى جزاءات جنائية تتمثل في الغرامات المنصوص عليه في الفصل الرابع من قانون المنافسة، حيث يتعرض في هذه الحالة كل ارتكب ممارسات مقيدة للمنافسة أو مارس عملية التجميع الاقتصادي المنصوص عنها في المادة 14 دون ترخيص من مجلس المنافسة إلى غرامة لا تفوق 7% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر آخر السنة المالية المختصة، وبالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي أو المنظمة المهنية التي لا تملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ثلاثة ملايين دينار جزائري² هذا في قانون المنافسة.

أما حسب المرسوم 247/15 فقد نص على جزاءات تطبق في حالة ارتكاب المتعاقد ممارسات مخلة بالمنافسة ضمن أحكامه المتعلقة بمكافحة الفساد والمتمثلة في إمكانية فسخ وإلغاء الصفقة العمومية، وتسجيل اسم المتعامل الاقتصادي ضمن قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وذلك في حالة ارتكاب مناورات أو أفعال تستهدف تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو

02/250 المتضمن قانون الصفقات العمومية والملغى بموجب القانون 10/236، والذي ألغى بدوره بموجب المرسوم 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

1 - المرجع نفسه، ص 49.

2 - أنظر المادتين 56 و 61 من القانون 03/3 المتضمن قانون المنافسة والمعدل والمتمم، المرجع السابق.

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز آخر مهما كانت طبيعته عند إبرام صفقة أو ملحق أو التفاوض بشأنها أو مراقبتها أو تنفيذها¹.

أما من الناحية المدنية فقد نص المشرع في نص المادة 13 من القانون 03/03 بأن كل شرط أو اتفاقية أو التزام يكون محله ممارسة محظورة وفقا للمواد التي تحظر الممارسات المقيدة للمنافسة يكون باطلا ونوع البطلان هنا هو البطلان المطلق نظرا لتعلق لأن هذه الشروط والاتفاقيات مخالفة للنظام العام الاقتصادي التوجيهي.

وإضافة إلى الجزاء المتمثل في البطلان فإنه يثبت للمتعاقد الذي تضرر نتيجة الممارسات المرتكبة من متعاقد آخر أو من بقية المتعاقدين سواء بإقصائه من المنافسة حول الحصول على صفقة معينة أو تسببت له في أضرار آخر المطالبة بالتعويض ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بمبدأ المنافسة من قبل الإدارة

ويقصد بها هنا الجزاءات المطبقة على الأعوان الاقتصاديين في حد ذاتهم في حالة ارتكاب مناورات في شكل وعود لعون العمومي القائم على الصفة العمومية بغية الحصول عليها، أو تلك الجزاءات التي يمكن أن تطبق نتيجة إخلال الموظفون بمبدأ الشفافية والحياد تجاه المتعاقدين باتخاذهم أفعال ذات طابع تمييزي بينهم، وكذلك الجزاءات الإدارية التي يمكن أن يتعرض لها القرار الإداري الذي يأتي مخالف لقواعد المنافسة المنصوص عنها في المرسوم 247/15.

فبالنسبة للموظف العمومي فإن أي فعل من شأنه تفضيل متعاقد وتمييزه عن باقي المتعاقدين يشكل جريمة في صورة جنحة تقديم امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات "جنحة المحاباة" التي يعاقب عليها قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وفقا لنص المادة 26فقرة 01 منه التي نصت على: " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى (10) سنوات وبغرامة من 200000 إلى 1000000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير". وهي المادة التي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد².

¹ - أنظر المادة 89 المرسوم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، المرجع السابق.

² - القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل المنتم بالأمر 10-05 المؤرخ في 26 غشت 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50.

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

إضافة إلى الجزاءات المذكورة أعلاه والمتعلقة خاصة بالأفعال المرتكبة من قبل الموظفين و الأعوان العموميين، فإن القرارات التي تصدرها الإدارة العمومية وتكون مخالفة لمبدأ المساواة والمنافسة بين المتعاقدين يمكن مخاصمتها أمام القضاء الإداري كما رأينا سابقا، والذي يمكنه تطبيق الجزاء الإداري في هذه الحالة والتمثل خاصة في إلغاء القرار الإداري كما في دعوى الإلغاء أو الإلغاء زائد التعويض في حالة دعوى القضاء الكامل.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم يتضح أن الضمانات الكفيلة بتنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية متمثلة حسب القانون 03/03 المتضمن قانون المنافسة في حظر الممارسات المقيدة للمنافسة، وتنظيم الرقابة على التجميعات الاقتصادية بين المؤسسات المتنافسة وضبطها في حدود نسبة معينة بحيث لا يؤدي هذا التجميع إلى عرقلة أو إقصاء مؤسسات، فهذا الأخير يعترف به أيضا المرسوم 247/15 وينص بدوره على ضمانات هامة بهدف ضمان المنافسة النزيفة والشفافة بين المتعاقدين، هذه الضمانات متمثلة أساسا في ضرورة احترام مبدأ المساواة بين المتعاقدين المتنافس، غير أن هذه الضمانات بدورها تخضع لاستثناءات متعلقة خاصة بضرورة مراعاة حسن سير المرفق العام وكذلك مراعاة امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة العمومية.

ومن أجل ضمان تطبيق الضمانات المتعلقة بضرورة احترام مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية فقد أوجد المشرع آليات كفيلة بذلك، والمتمثلة في الأجهزة القائمة بتطبيق هذه الضمانات، وهي في قانون المنافسة مجلس المنافسة، وكذا القضاء العادي الذي ينعقد له الاختصاص في تطبيق هذه النصوص، أما بالنسبة للمرسوم 247/15 فإن الجهة المختصة بالنظر في تطبيق ضمانات المنافسة في الصفقة العمومية نجدها متمثلة في اللجنة المختصة بالصفقات التي يعود لها الاختصاص في نظر طعون المتعاقدين في هذا المجال، كما يعود اختصاص إلى القضاء الإداري من أجل النظر في الدعاوى التي تهدف إلى مخاصمة القرارات الإدارية التي لم تحترم فيها الإدارة الأحكام المتعلقة بحرية المنافسة والتي تكون محل طعن من قبل المتعاقدين، ولا شك أن تدخل مثل هذه الأجهزة سوف ينجر عنه تطبيق جزاءات مختلفة بحسب قواعد المنافسة أو قواعد المنظمة للصفقات العمومية وفي الغالب إما جزاءات جزائية متمثلة في الغرامات أو جزاءات إدارية أو مدنية كما في حالة المطالبة بالتعويض، كما يمكن أن يكون الجزاء جنائيا في حالة جريمة المحاباة .

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

وبالرغم من أن الضمانات والآليات السالفة الذكر تبدو كفيلة إلى حد ما في ضمان المنافسة في مجال الصفقات العمومية إلى تقديم بعض الاقتراحات من أجل ضمان المنافسة أكبر والقضاء على الفساد الذي انتشر في مجال الصفقات العمومية والذي أصبح يهدد المال العام بصفة مباشرة من بين هذه الاقتراحات نذكر مايلي:

- إنشاء قسم على مستوى القضاء يختص مباشرة في النظر التجاوزات الواقعة في مجال ضمان المنافسة على مستوى الصفقات العمومية.

- إنشاء معاهد متخصصة في تكوين موظفين مختصين في مجال الصفقات العمومية.

- وضع الموظفين المكلفين بالصفقات العمومية في أريحية مالية من أجل سد باب الفساد والرشوة.

قائمة المراجع والمصادر:

أولا: النصوص القانونية

أ- القوانين:

1- القانون رقم 03/03 المؤرخ في 13 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 64.

2- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل المتمم بالأمر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14.

3- الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26/08/2010، المتضمن تعديل القانون 06-01 المتضمن قانون الفساد، المؤرخ في 26 غشت 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50.

ب: المراسيم

1- المرسوم رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50.

ثانيا: الكتب

1- شروط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2012.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

1- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، 2018/2019،

تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية

2- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 6-2-2012.

رابعاً: المحاضرات

1- موالك بختة، محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير، تخصص قانون حماية المستهلك والمنافسة حول مبادئ المنافسة في ظل القانون 03/03، 2013/2012.