

تفعيل سلطات الضبط الاقتصادي للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

Activating economic regulatory Authority for concurrence in the field of public transactions



طالبة الدكتوراه/ نجاة حملاوي*

جامعة 8 ماي 1945 قالمة، الجزائر

nadjettehamlaoui@gmail.com

الدكتور/ محمد علي حسون

جامعة 8 ماي 1945 قالمة، الجزائر

hassoun380@gmail.com

تاريخ القبول للنشر: 2018/12/08

تاريخ الاستلام: 2018/09/05



ملخص:

تعتبر الصفقات العمومية من العقود الإدارية التي كفلها المشرع الجزائري بنظام قانوني خاص، وعمل على تكريس مبدأ حرية المنافسة بين المتعهدين في مختلف مراحل إبرامها وإجراءاتها، كما أخضعها لأحكام قانون المنافسة 03/03 إثر تعديله بالقانون 12/08، بدء من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، باعتبارها من المجالات الملائمة لانعقاد الاتفاقات المقيدة للمنافسة، وعليه تثار مسألة اختصاص مجلس المنافسة بضبط هذه الممارسات وفقا لأحكام قانون المنافسة، إضافة إلى اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية المنشأة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية سعيا لتفعيل المنافسة في إطار التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: المنافسة؛ الصفقات العمومية؛ المناقصة؛ الضبط الاقتصادي؛ مجلس

المنافسة؛ سلطة ضبط الصفقات العمومية.

Abstract:

Public transactions are considered as administrative contracts which have been ensured by the Algerian legislator with a special legal system. These transactions have been devoted to the principle of freedom of concurrence between the contractors at various stages of their conclusion and procedures. Also, they have been subject to the provisions of the concurrence law 03/03 as amended by law 08/12, starting from the publication of the announcement of the tender to the final grant of the transaction. Therefore; the issue of the specialty of the concurrence Council to regulate such practices in accordance with the provisions

of the concurrence Law is raised. In addition to the specialty of the Public Transactions Control Authority established by Presidential Decree No. 15/247 on public transactions in order to activate concurrence in the framework for contracting in the field of public transactions

key words: concurrence; public transactions; tender; economic regulation; concurrence Council; Public Transactions Control Authority.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية أداة استراتيجية في يد الإدارة لتحقيق النفع العام، ووسيلة من الوسائل المكفولة لها لتنفيذ سياستها المرتبطة بالجوانب الاقتصادية والاجتماعية، باعتبارها من العقود الإدارية التي تربط الإدارة بالمتعاقدين الآخرين سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية.

وقد عمل المشرع من جهة، على مراعاة مبادئ حرية المنافسة للوصول للطلبات العمومية وكذا المساواة أمام المتعهدين وشفافية الإجراءات في مجال الصفقات العمومية لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي 236/10، وإخضاع الصفقات العمومية لأحكام القانون 12/08 المعدل والمتمم للقانون 03/03 المتعلق بالمنافسة، بدء من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، متنبها إلى ضرورة حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية من الاتفاقات المحظورة والتي تجد لها مجالا خصبا في ظل إبرام الصفقات العمومية ومنه المساس بالمنافسة الحرة وتقييدها.

ومن جهة أخرى، مراعاة أهمية الدور المنوط بسلطات الضبط الأخرى في بسط رقابتها وضبط المنافسة في مجال الصفقات العمومية، ومن ثم انعقاد الاختصاص لمجلس المنافسة في تفعيل وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها في إطار الصفقات العمومية بصفته صاحب الاختصاص الأصيل في ضبط النشاط الاقتصادي، إضافة للصلاحيات المخولة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بصفتها سلطة ضبط قطاعية تتولى مهمة ضبط قطاع الصفقات العمومية كأحد الأنشطة الاقتصادية، والتي استحدثت بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي ألغى المرسوم الرئاسي 236/10، وهو ما يعكس رغبة المشرع في ضبط وتفعيل المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية.

وعليه فالإشكالية التي نطرحها هي:

ما هي حدود تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية بغية تفعيل المنافسة الحرة في هذا المجال؟

وإجابة على الإشكالية المطروحة، سنقسم الورقة البحثية إلى مبحثين أساسيين، يختص الأول بدراسة العلاقة بين المنافسة الحرة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية، فيما يختص المبحث الثاني

بتوضيح الدور المنوط بسلطات الضبط (الهيئات الإدارية المستقلة) لتنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية مع إنهاء المقال بما سيتم التوصل إليه من نتائج واقتراحات. وعلى هذا الأساس ارتأينا أن نعتمد في هذا المقال على المنهج الوصفي وكذا المنهج التحليلي المناسبين لمثل هكذا مواضيع إذ يعنى الأول بوصف الظاهرة وخصائصها، فيما يستخدم الثاني لتحليل المواد القانونية والكشف عن تفاصيل الظاهرة أو الموضوع المدروس واستخلاص النتائج المرجوة. والهدف من دراسة هذا الموضوع هو تسليط الضوء على دور سلطات الضبط والمتعلق بحماية المنافسة وتفعيلها في إطار الصفقات العمومية، على اعتبار هذه الأخيرة تشكل أحد أهم المجالات التي تظهر فيها بعض الممارسات المقيدة للمنافسة، وبالتالي يثور الحديث عن الاختصاص الضبطي لهذه سلطات، والمتمثلة أساسا في مجلس المنافسة وفقا لأحكام قانون المنافسة، وكذا سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الموضحة اختصاصاتها في إطار القوانين السارية المفعول المنظمة للصفقات العمومية، ومدى تنسيق آليات التعاون فيما بينها لتفعيل المنافسة.

المبحث الأول

العلاقة بين المنافسة الحرة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية

تبعاً للتطورات الحاصلة على مستوى المنظومة القانونية المتعلقة بتنظيم حرية المنافسة في السوق، إضافة إلى الاهتمام بإدخال إصلاحات عميقة على الأحكام المتعلقة بالإجراءات و الشروط الناظمة للصفقات العمومية المبنية على مبادئ المنافسة، والتي كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن ما يدعو إلى الاهتمام في هذا الصدد هو ضرورة الكشف عن العلاقة القائمة بين المنافسة الحرة في السوق، والتعاقد في مجال الصفقات العمومية في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تعتبر المنافسة الشريفة أحد الأدوات الهامة لازدهار الحياة الاقتصادية عموماً، لذلك تولي الدول اهتماماً كبيراً لمبدأ حرية المنافسة⁽¹⁾ باعتبارها من سنن الفطرة الكونية للبشر غايتها التفوق في مجالات الأعمال والأنشطة أياً كانت طبيعتها، وقد لازمت المنافسة النشاط الاقتصادي حتى اتصفت بكونها أحد الشروط اللازمة لاحترافه⁽²⁾ فهي التزاحم بين المتعاملين الاقتصاديين وهم بصدد البحث عن العملاء والمحافظة عليهم⁽³⁾. وعلى هذا الأساس فإن المقام يحتم أولاً ضرورة التعرّيج إلى مختلف التعاريف القانونية في التشريع الجزائري المتعلقة بتعريف الصفقات العمومية، ثم الأحكام المتعلقة بتكريس مبدأ حرية المنافسة في ضوء التشريعات المنظمة للصفقات العمومية الصادرة لحد الساعة في فرعين على التوالي.

الفرع الأول: التعريف القانوني للصفقات العمومية

عرف المشرع الجزائري الصفقات العمومية آخر مرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16/09/2015⁽⁴⁾، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأن الصفقات العمومية هي "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"⁽⁵⁾، حيث كان المشرع قد أورد تعاريف للصفقات العمومية على مر النصوص القانونية الصادرة منذ 1967، وصولاً للمرسوم الرئاسي 247/15 الذي يعتبر آخر نص ينظم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- فالأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية عرفها بأنها "عقود مكتوبة تبرمها العمالات أو البلديات أو المؤسسات و المكاتب العمومية، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"⁽⁶⁾

- وعرفتها المادة 04 من المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/04/1982، المتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي بأنها "عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات"⁽⁷⁾.

- ثم عاد المشرع مرة أخرى ليعرف الصفقات العمومية في المادة 03 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24/07/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها وفقا لهذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة" وهو التعريف ذاته الوارد بالمرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽⁸⁾.

وعليه نخلص إلى أن المشرع وعلى مر النصوص القانونية الصادرة النازمة للصفقات العمومية لم يدع مجالا للاجتهاد في تعريف الصفقات العمومية، معتبرا إياها عقودا مكتوبة يبرمها شخص معنوي من أشخاص القانون العام بمناسبة تسييره للمرفق العام، وأن تظهير نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽⁹⁾ كما أن الملاحظ أن المشرع ثبت على مبدأ واحد في ظل كل التشريعات الخاصة بالصفقات على أنها عقودا مكتوبة واشترط الشككية فيها باعتبار أنها أداة لتحقيق مخططات التنمية الوطنية والبرامج الاستثمارية، كما أن الخزينة العمومية هي التي تتحمل أعباءها وعليه وجب إثباتها⁽¹⁰⁾، كما أن العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لا ينطبق عليها ذلك ومنه اكتفى المشرع بوصف الصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة دون إضفاء الصبغة الإدارية عليها،

الفرع الثاني: تبني مبدأ حرية المنافسة بموجب الأحكام النازمة للصفقات العمومية

إن حماية حرية المبادرة الخاصة تقتضي حتما إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية لمنظومة من الضمانات التي من شأنها أن تجعل إرساء الصفقة على مستحقيها ونائلها وفقا لنتائج المنافسة الحرة

أصلاً وليس استثناءً،⁽¹¹⁾ وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، باعتباره آخر نص ينظم هذا المجال نجد أنه كرس مبدأ حرية المنافسة في تقديم الطلبات في مجال الصفقات العمومية بموجب أحكام المادة الخامسة التي جاء فيها: "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم، وبعبارة أخرى أن يتم فسخ المجال لكل الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي تتوفر فيهم الشروط لتقديم عروضهم، وإعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، ولا يجوز للإدارة إقصاء أي منهم من المنافسة"⁽¹²⁾ حيث تقف الإدارة موقفاً حيادياً وتعمل على تطبيق الشروط المنصوص عليها بدفاتر الشروط المتعلقة بالصفقة العمومية، مع ضرورة الحرص في التعامل مع كل المتنافسين على قدم المساواة من خلال الشروط والإجراءات والمواعيد، تكريساً لمبدأ المساواة أمام القانون، إضافة إلى توخي شفافية الإجراءات المتعلقة بالصفقة التي تمكن المتنافسين والغير من التأكد من أن إبرام الصفقة واختيار المتعاقد مع الإدارة قد تم وفق إجراءات سليمة ووسائل واضحة ومحددة.

وعليه وإن كان المشرع لم ينص صراحة على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية إلا أنه يستشف من فحوى المادة تكريس مبدأ المنافسة الذي تعتبر حرية الدخول لتقديم العروض من صميم المنافسة والتي تظهر من خلال تحقيق المساواة بين المتعهدين وشفافية الإجراءات المتبعة، مع مراعاة أن ذلك لا يعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة، فإضافة إلى توخي أعمال مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية تبقى الإدارة محتفظة بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد على أن يكون استعمالها لهذا الحق بناءً على نصوص قانونية واضحة⁽¹³⁾.

كما أنه وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15، نتحسس ضمن العديد من مواد مبدأ حرية المنافسة وخير دليل على ذلك المادة 94 منه التي تقضي بأنه لا يمكن لصاحب صفقة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند مشاركته في صفقة عمومية أخرى المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة.

أما المادة 204 نصت على ما يلي: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية..." أين استعمل المشرع في هذه الفقرة مصطلح المنافسة كناية عن الصفقة العمومية عوض أن يستعمل مصطلح الصفقة أو المناقصة. وعليه فإن تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية بات واضحاً وتم توسيع نطاق المنافسة لتشمل كل المجالات الاقتصادية.

المطلب الثاني: تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

نظرا للتحويلات الاقتصادية التي أدت ال تبني نظام اقتصاد السوق في الجزائر، وما صاحب ذلك من تحولات في الجانب التشريعي، تبنى المشرع أول قانون ينظم المنافسة بموجب الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁴⁾ والذي تم إلغاؤه وتعويضه بالأمر 03/03⁽¹⁵⁾ المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم تفاديا للنقائص التي شابت الأمر الأول، حيث تضمن الأحكام الخاصة بمبادئ المنافسة- القواعد الموضوعية - والقواعد الإجرائية الخاصة بمجلس المنافسة⁽¹⁶⁾، محددًا في المادة الثانية منه نطاق تطبيق قانون المنافسة، الذي أغفل آنذاك إخضاع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة سواء من حيث نطاق التطبيق المحدد في المادة المذكورة أو بخصوص اعتبار الصفقات العمومية من الممارسات المقيدة للمنافسة وفقا لأحكام المادة 06 من الأمر 03/03، وعليه فإن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية قد مر بمرحلتين أساسيتين: تتعلق الأولى بعدم إخضاعها لأحكام قانون المنافسة من سنة 2003 إلى غاية 2008، ثم إدماج الصفقات العمومية ضمن النشاطات المعنية بأحكام قانون المنافسة من حيث مجال التطبيق وكذا إدماجها ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة وفقا للشروط والأحكام التي تضمنتها المادة 06 من الأمر 03/03 بعد تعديل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بالقانون 12/08، وهو ما نبينه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مرحلة عدم إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

بينت المادة الثانية من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، مجال تطبيقه وتضمنت- قبل التعديل- ما يلي "يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام" وبعبارة أخرى فإن هذا النص يخرج الصفقات العمومية من دائرة تطبيق قانون المنافسة على اعتبار أنها تصرفات إدارية خاضعة لأحكام القانون الإداري ومن صميم المهام التي يباشرها المرفق العام الإداري، ومنه يختص القضاء الإداري بالفصل في النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية، تطبيقا لفحوى المعيار العضوي الذي تضمنته المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون أن يتنبه المشرع إلى إمكانية حدوث أي اتفاقات بين المتعاملين الاقتصاديين المرشحين للتعاقد مع الإدارة في إطار الصفقات العمومية لصالح واحد منهم تغليبًا لمصلحته أو تعزيزًا لوضع اقتصادي معين في السوق، وهو ما يمكن أن نعبر عنه بمرحلة عدم إخضاع الصفقات العمومية للقواعد النازمة للمنافسة وفقا للأمر 03/03، ولعل الأمر يعود لحدثة إصدار مثل هذه التشريعات التي تعني بضبط الحياة الاقتصادية على وجه العموم وتنظيم المنافسة خاصة، ما يعد انعكاسًا لحدثة الوضع الجديد للدولة المتحول من المنهج الاشتراكي، إلى اقتصاد السوق وبالتالي تحول دور الدولة في الاقتصاد من دولة متدخلة تحتكر أهم الأنشطة الاقتصادية في البلاد إلى دورها كدولة ضابطة، ففي ظل احتدام وطأة المنافسة يسعى المتعاملون الاقتصاديون في غالبية الأحيان إلى مضاعفة قوتهم الاقتصادية في السوق وسلوك طرق والإقدام على ممارسات تقيد قواعد المنافسة الحرة⁽¹⁷⁾، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري وببقية التشريعات المقارنة الأخرى لإخضاع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة.

الفرع الثاني: مرحلة خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

تم تعديل المادة 02 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، بموجب القانون 12/08 المعدل و المتمم كما يلي "تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي

الصفقات العمومية، بدءا من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة"، ومنه أصبح قانون المنافسة يسري على المتنافسين والمصلحة المتعاقدة في إطار الصفقات العمومية في حال الإخلال بمبادئ المنافسة المكرسة بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، سواء تعلق الأمر بالكيفيات أو الإجراءات أو المواعيد المتعلقة بالصفقة، لأن ممارسة الإدارة لنشاطها قد يتسم بالطابع الاقتصادي ويؤثر سلبا أو إيجابا في المنافسة، إضافة إلى أن الإحصائيات والتجارب أثبتت أن إبرام الصفقات العمومية في الجزائر تكثر فيها المحاباة والأفضلية في منح الصفقة لمعامل دون آخر، ولغرض ترشيد تسيير الأموال العمومية وإقرار مبادئ الشفافية والنزاهة والمساواة في إبرام الصفقات العمومية عمل المشرع على إخضاع الأشخاص المعنوية العامة لقواعد المنافسة باعتبارها أكبر السبل التي تكفل الرقابة على الصفقات العمومية⁽¹⁸⁾ وفعل المشرع حسنا عند إدراج الصفقات العمومية ضمن الأنشطة الخاضعة لأحكام قانون المنافسة

وعليه فإن الصفقات العمومية تخضع للتشريع الساري المفعول المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والمكرس لمبدأ حرية المنافسة - كما سبق التوضيح - ولأحكام قانون المنافسة وخاصة من خلال طرق إبرامها التي حددت على طريقتين:

- المناقصة:

التي تعتبر القاعدة العامة للتعاقد بالنسبة للإدارات العمومية، تبرم وفقا لإجراء طلب العروض⁽¹⁹⁾ الذي يهدف إلى الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا لمعايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء⁽²⁰⁾.

- التراضي:

وهو الاستثناء من القاعدة العامة حسب المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15، الذي اعتبرته إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

فالمشرع عند إخضاع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة خص المناقصة كإجراء عام دون التطرق إلى التراضي، لأن المناقصة تهدف إلى الحصول على عدة عروض مما يجعل المنافسة حقيقة فيها بين المتعاملين الاقتصاديين⁽²¹⁾، عن طريق حرية إيداع العروض المضمونة لكل من تتوفر فيه شروط المناقصة بكل شفافية، بخلاف أسلوب التراضي الذي تتاح فيه السلطة التقديرية للإدارة لاختيار متعاقد واحد معها تبعا لشروط معينة تضعها دون اللجوء لأسلوب إيداع العروض الأمر الذي يحد المنافسة ولا يترك مجالا للتزاحم بين المترشحين.

وعليه فإن المناقصة تشكل مدخلا للإدارة وكذا المتعاقدين معها لولوج السوق التنافسية موضوع الصفقة، وبالتالي ترتبط ارتباطا وثيقا بالمجال الاقتصادي وعليه وجب ضمان حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، لأنها تمثل مجالا خصبا لإقامة الاتفاقات المحظورة بين المتعاقدين فيما بينهم أو بين المتعاقدين والإدارة، الأمر الذي دفع بالمشروع بالإضافة لما سبق إلى تكريس مبدأ حظر الاتفاقات بموجب أحكام المادة 06 من قانون المنافسة⁽²²⁾، حيث يأخذ الاتفاق شكل تواطؤ أو تفاهم بين المؤسسات أو الأشخاص الذين يقومون بممارسات مقيدة للمنافسة بالتخلي عن المناقصة لفائدة واحد منهم، والمساهمة في تعزيز وضعيات التكتل والهيمنة على السوق ومن ثم المساس بالمنافسة⁽²³⁾.

وبالاستناد إلى أحكام المادة 02 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم فإن إخضاع المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية لقانون المنافسة يتحدد وفقا لطبيعة النشاطات التي تتضمنها المناقصة المتمثلة في نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد أو أي نشاطات ذات صبغة اقتصادية بغض النظر عن الطبيعة القانونية للأشخاص العامة.

ومن خلال النقاط المدروسة بهذا المبحث نجد أن المشرع الجزائري قد أسس للعلاقة الرابطة بين الصفقات العمومية والمنافسة والتي تتجسد من خلال تكريس مبدأ حرية المنافسة في الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية لإمكانية حدوث اتفاقات محظورة صريحة أو ضمنية بين المترشحين للصفقة، أو بينهم وبين المصلحة المتعاقدة، من شأنها تقييد أو عرقلة المنافسة في السوق في مجال الصفقات العمومية، وإخضاعها لأحكام قانون المنافسة من زاوية ضرورة حماية المنافسة وتنظيمها، ومنه خضوعها لرقابة مجلس المنافسة الذي ينعقد له الاختصاص بخصوص ضبط الممارسات المقيدة للمنافسة، ما يؤدي كنتيجة حتمية إلى تكريس وتفعيل مبدأ حرية المنافسة في إطار الصفقات العمومية.

المبحث الثاني

الهيئات المكلفة بتكريس المنافسة في مجال الصفقات العمومية

أهل المشرع بعض الهيئات الإدارية المستقلة للقيام بمهمة ضبط السوق التنافسية، وتفادي كل الممارسات المنافية للمنافسة بما فيها السهر على حظر الاتفاقات الضمنية أو الصريحة في مجال الصفقات العمومية، قصد زيادة الفاعلية الاقتصادية، وفقا لإجراءات معينة مضبوطة بموجب الأمر 03/03 المعدل والمتمم، والتي يختص بها أساسا مجلس المنافسة باعتباره الوصي الأول لضبط المنافسة في جميع المجالات ذات الصبغة الاقتصادية.

ضف إلى ذلك أنه وتماشيا مع تعديل المادة 02 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، وإخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، فقد اقدم المشرع على انشاء سلطة لضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وحدد صلاحياتها واختصاصاتها بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي توكل لها مهمة الضبط العمودي لقطاع الصفقات العمومية.

وبناء على ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في الأول لدور مجلس المنافسة في تفعيل حرية المنافسة وحمايتها من الممارسات المقيدة لها في الصفقات العمومية، ثم نعرض إلى المطلب الثاني لنبين الدور المخول لسلطة ضبط الصفقات العمومية كما يلي:

المطلب الأول: دور مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية

تناط بمجلس المنافسة مهمة السهر على تفعيل المنافسة من خلال حمايتها من الممارسات المقيدة للمنافسة وقيام اختصاصه بالاعتماد على قواعد إجرائية خاصة لمتابعة هذه الممارسات ووضع حد لكل عمل يمس بالمنافسة الحرة وإصدار العقوبات المالية المناسبة، في ظل المحافظة على مصالح الأطراف وحقوق الدفاع⁽²⁴⁾ في هذا الشأن وفقا لأحكام الأمر 03/03 المعدل والمتمم الساري المفعول، لاسيما ما يتعلق بالاتفاقات المحظورة التي قد تحدث بين المتعاقدين، أو بين متعاقد والإدارة في مجال الصفقات العمومية، ما يدعو إلى ضرورة توضيح المقصود بمجلس المنافسة من حيث نشأته وطبيعته القانونية، ومجال انعقاد اختصاصه بخصوص الممارسات المقيدة للمنافسة بين أحكام المادتين 02 و 06 من قانون المنافسة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة

يعتبر مجلس المنافسة من بين أهم سلطات الضبط الاقتصادي التي أنشأها المشرع الجزائري في إطار تبني أسس جديدة للنظام العام الاقتصادي وانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وتوليها مهمة ضبط السوق⁽²⁵⁾، لأن الدور التقليدي للدولة في المجال الاقتصادي المتميز بالتدخل بواسطة إدارتها لم يعد يتناسب والمستجدات الحاصلة، فالحقبة التي تميزت بانسحاب الدولة التدريجي من الحقل الاقتصادي تحمل في طياتها معنى مزدوج، فهي أولا تعني انسحاب الدولة من مجال ممارسة النشاط الاقتصادي من خلال فتح مجموعة من القطاعات على المبادرة الخاصة، كما تعني أيضا الحد من تدخل الدولة في تأطير النشاطات الاقتصادية أو التنظيم⁽²⁶⁾، في حين أن المسلم به هو أن تدخل الدولة يبقى ضروريا مع تغير طبيعته وابتكار أشكال جديدة بديلة عن التدخل المباشر لها عن طريق ما يسمى بالهيئات الإدارية المستقلة⁽²⁷⁾.

وقد أنشأ مجلس المنافسة أول مرة في الجزائر بموجب الأمر 06/95، المتعلق بالمنافسة، على غرار مجلس المنافسة الفرنسي الذي أنشأ بموجب الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986⁽²⁸⁾، حيث عرف المجلس في هذه الحقبة بعض الغموض حول طبيعته القانونية واختصاصاته وكذا غلبة الطابع القضائي على تشكيلته.

ثم سرعان ما تم إلغاء الأمر 06/95 بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة الذي تضمن تعديلا بخصوص تشكيلة مجلس المنافسة وتنظيمه، ثم تغييرا آخر بموجب القانون 12/08 المعدل للأمر 03/03، إلى جانب صدور المرسوم التنفيذي 241/11 الصادر في 10/07/2011 المتعلق بتنظيم مجلس المنافسة⁽²⁹⁾، فضلا عن القرار رقم 01 المؤرخ في 24/07/2013 المتضمن تحديد النظام الداخلي لمجلس المنافسة⁽³⁰⁾. إضافة إلى توضيح الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة من خلال أحكام المادة 23 من الأمر

03/03 التي جاء فيها: "تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص" مجلس المنافسة "تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي"، إذ اكتفى المشرع على اعتبار مجلس المنافسة من خلال هذه المادة على أنه سلطة إدارية، ثم تم تعديل المادة 23 المذكور بموجب القانون 12/08 لتضع حدا للجدل القائم حول الطبيعة القانونية من خلال النص على ما يلي: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص" مجلس المنافسة "تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة".

وعليه ومما سبق نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي في إنشاء مجلس المنافسة وغيره من التشريعات المقارنة في ميدان المنافسة، لغرض وضع سلطة إدارية تعمل على حماية المنافسة في السوق، كما أكد على أنه سلطة إدارية مستقلة، رغم التساؤلات التي يمكن أن تطرح حول مدى استقلاليته ومسألة الوصايا التي يمارسها وزير التجارة عليه ضف إلى ذلك بعض الإشكالات الأخرى التي تثار بمناسبة النظر في الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة في مجال الفصل في المنازعات المخطر بها، والمتعلقة أساسا بالممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا الطعن في القرارات الصادرة عنه التي تطبع مجلس المنافسة بالطابع الشبه القضائي.

الفرع الثاني: نطاق اختصاص مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية

يثور اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة، والمتعلقة بإجراء المناقصة التي يتم الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي لها للمترشح الذي يقدم أحسن عرض، وبالرجوع لأحكام المادة 02 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم نجدها تقضي بما 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".
أين حصر المشرع من خلال هذه المادة اختصاص مجلس المنافسة في مرحلة إجراء المناقصة- طلب العروض- دون إجراء التراضي فحسب المرسوم الرئاسي 247/15، فإن إجراء المناقصة هو القاعدة العامة وإجراء التراضي هو الاستثناء⁽³¹⁾.

وأورد المشرع تعريفا لطلب العروض (المناقصة) ضمن أحكام المادة 40 منه كما يلي "هو إجراء يستهدف حصول 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"، والملاحظ في هذا الخصوص أن قانون المنافسة أورد في نص المادة الثانية المذكورة مصطلح مناقصة تماشيا مع المصطلح المعتمد بالمرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ثم تغير المصطلح ليصبح في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 "طلب العروض" الأمر الذي يستلزم معه تعديل قانون المنافسة وتضمينه المصطلح الجديد "طلب العروض" بدل المناقصة، حتى يكون هناك

توافق في المصطلحات المعتمدة بين المنظومتين القانونيتين الخاصتين بالمنافسة والصفقات العمومية. كما بينت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15 الإشكال التي يتخذها طلب العروض والمتمثلة أساساً في:

1- طلب العروض المفتوح:

وقد تناولته المادة 43 من المرسوم الرئاسي 247/15 لتعرفه بقولها "إجراء يمكن أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً" حيث يسمح هذا الأسلوب بفتح باب المنافسة الحقيقي في كل من تتوفر فيهم الشروط بتقديم العطاء، الذي يمكن أن يقتصر على المتعاملين الوطنيين فقط إذا كانت أداة الإنتاج قادرة على تلبية شروط الصفقة، كما يمكن أن يكون العرض دولياً مفتوحاً أمام المؤسسات الدولية والوطنية على حد سواء إذا كانت طبيعة الصفقة تستلزم ذلك⁽³²⁾.

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

الإجراء الذي يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة⁽³³⁾، ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضع الشروط المؤهلة المتعلقة بالقدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة والتي تكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.

3- طلب العروض المحدود:

هو إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل، مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، والبالغ عددهم كحد أقصى خمسة مرشحين⁽³⁴⁾. ويفهم من ذلك أن هذا النوع من المناقصة يكون على مرحلتين وهما، مرحلة الانتقاء الأولي للمترشحين بعد فتح المصلحة المتعاقدة للمنافسة حيث تختار أحسن العارضين، ثم المرحلة الثانية المتمثلة في الاستشارة الانتقائية لتختار أكفاً عرض من بين العارضين الذين تم تأهيلهم، وتطبق الإدارة في هذا النوع من المنافسة جميع مراحل إجراء طلب العروض⁽³⁵⁾.

4- المسابقة:

هو إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو مشروع، قصد انجاز عملية يشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة

المطلب الثاني: دور سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

إذا كان مجلس المنافسة هو سلطة الضبط الأولى للمنافسة، فإن ذلك لا يعني أنه السلطة الوحيدة في هذا المجال، نظراً لوجود قطاعات خاصة تستلزم وجود سلطات ضبط مختصة تتدخل في المقام الأول لضبط القطاع المعني⁽³⁶⁾، لأن الطابع التقني لبعض القطاعات يدفع في الكثير من الأحيان بالمشروع إلى إنشاء سلطات الضبط للقيام بتنظيمها، والهدف من ذلك هو إشراك المختصين لإيجاد السبل الكفيلة لمعالجة الأمور الفنية في ذلك القطاع.

وفي هذا السياق خصص المشرع القسم الأول بعنوان "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" من الباب الرابع المتضمن الأحكام المتعلقة بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، لموضوع إنشاء سلطة ضبط جديدة للصفقات العمومية (ARMPDSP) بموجب أحكام المادة 213 التي "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، وكذا صلاحياتها المبينة بالمادة 214 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وعليه نتطرق للطبيعة القانونية لهذه السلطة ثم صلاحياتها في مجال الصفقات العمومية في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

إضافة لما احتواه المرسوم الرئاسي من قواعد قانونية تنظم مسألة الرقابة الداخلية والخارجية على الصفقات العمومية⁽³⁷⁾، فقد تقرر كذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إنشاء هيئة أخرى من الهيئات الإدارية المستقلة، وهي سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تحت وصاية الوزير المكلف بالمالية، على خلاف سابق قوانين الصفقات في الجزائر، وذلك بالنظر للأهمية البالغة للصفقات العمومية وارتباطها بالمال العام، ورغبة من المشرع في خلق سلطة ضبط توكل لها اختصاصات ضبطية للعمل على حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتعزيز دورها في الجانب الاقتصادي، لما لها من دور فعال وديناميكي في ترقية إجراءات مثل هذه العقود وتتبع حسن سيرها⁽³⁸⁾. ولعل المبادرة بإنشاء هذه السلطة بموجب أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي المذكور، جاء متوافقا مع التعديل الذي مس الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، بموجب القانون 12/08، وإخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي.

وقد قضت المادة 213 بما يلي: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات".

بمعنى أن سلطة ضبط الصفقات تكون تحت وصاية وزير المالية، مع الاعتراف لها بالاستقلالية في التسيير المتعلق بممارسة صلاحياتها كسلطة ضبط دون التحديد الدقيق لطبيعتها القانونية واستقلالها المالي وان كانت تتمتع بشخصية معنوية أم لا؟ فلم يعترف النص المنشئ لهذه السلطة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وإلى غاية صدور المرسوم التنفيذي المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 213 المذكورة الذي سيبين تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية، وتحديد مسألة العضوية فيها، فالسؤال المطروح إن كان التنظيم سيعترف لها بذلك؟ والعمل على تنصيبها في أقرب الآجال لتباشر مهامها المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 247/15.

لأن منح الشرعية والاستقلالية لسلطات الضبط الاقتصادي (الهيئات الإدارية المستقلة) منذ ولادتها يشكل نوعاً من الارتياح للمواطنين بحيث تكون العلاقة معها أسهل بكثير من العلاقة مع سلطة يرأسها وزير⁽³⁹⁾.

الفرع الثاني: صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

أكد المؤسس الدستوري من خلال أحكام المادة 43 من دستور 2016 على ضرورة أن تأخذ الدولة على عاتقها مهمة توفير مناخ ملائم للاستثمار والأعمال، بعد أن كان قد تبنى مبدأ حرية الصناعة والتجارة بموجب دستور 1996.

ولعل ما يعكس هذا التوجه الجديد للمؤسس الدستوري هو الحركية التنافسية التي تنامت أكثر من ذي قبل، إضافة إلى رغبة الدولة الجزائرية في الاهتمام أكثر بالجانب المؤسسي المتعلق بإنشاء سلطات الضبط، والتي كان آخرها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

حيث إن إنشاء سلطات الضبط أو ما يعرف بالهيئات الإدارية المستقلة، وإن كان له عديد المبررات السياسية والاقتصادية وغيرها فإنها تؤسس بغرض ضبط مجموعة من القطاعات الحساسة، للحيلولة دون تدخل الدولة المباشر لتحقيق مزيد من الفعالية والشفافية، ويتحقق ذلك بإضفاء رقابة القضاء الذي يهدف إلى ضمان احترام هذه السلطات الشرعية⁽⁴⁰⁾.

وقد حددت المادة 213 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية صلاحيات تتعلق بضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمتمثلة في ما يلي:

إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، بمعنى أن المشرع اعترف لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بالسلطة التنظيمية التي تعتبر أداة تنظيم بسيطة وضعت تحت تصرف السلطات الإدارية المستقلة⁽⁴¹⁾ على غرار مجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم عمليات البورصة والمتمثلة في سلطة سن قواعد عامة وغير مجردة موجهة إلى شخص محدد،⁽⁴²⁾ هذه السلطة التي تعتبر أهم الأدوات والوسائل التي تمكن سلطات الضبط من أداء مهمتها الضبطية.

وتصدر سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بهذه الصفة رأياً، موجهاً للمصالح المتعاقدة، وكذا هيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين، كما تسهر على متابعة تنفيذ مضمونه من طرف الأشخاص المخاطبين به.

- إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام.

- المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽⁴³⁾ وتكلف في هذا الشأن بتنسيق التعاون مع الهيئات المستخدمة التي تضمن استفادة موظفيها، وكذا الأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من دورات تكوينية لتحسين المستوى وتجديد المعارف وتحسين مؤهلاتهم وكفاءاتهم⁽⁴⁴⁾. إجراء إحصاء

اقتصادي للطلب العمومي سنويا،⁽⁴⁵⁾ من خلال التزام المصالح المتعاقدة بالإعداد بطاقات إحصائية وإرسالها لسلطة الضبط المعنية لتمكينها من القيام بذلك⁽⁴⁶⁾.

- تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة⁽⁴⁷⁾، بالإضافة إلى تشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد الطلب العمومي⁽⁴⁸⁾ الذي تشمله سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، علما أن المادة لم توضح المقصود بالتشاور وإذا كان ذلك يشمل علاقة سلطة ضبط الصفقات بمجلس المنافسة.

- وكذا تسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب⁽⁴⁹⁾ في إطار الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات التابعة لسلطة ضبط الصفقات العمومية.

- التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة⁽⁵⁰⁾.

- إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،⁽⁵¹⁾ قصد الاستفادة من التجارب الدولية الرائدة في هذا المجال.

تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية الذي يكون على مستوى البوابة الالكترونية التي تؤسس من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال.⁽⁵²⁾

وبالإضافة للصلاحيات المحددة بالمادة 213 المفصلة سلفا، تكلف سلطة ضبط الصفقات العمومية من خلال تفحص أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 ببعض المهام الأخرى وهي:

- مسك قائمة المنع المنصوص عليها في المادة 89 من المرسوم المذكور.

- تلقي نسخة من محضر التجاوز عن عدم التأشير المنصوص عليه في المادتين 200، 201 منه.

ومن خلال ما سبق بيانه، تظهر الأهمية التي يكتسبها التعاقد في إطار الصفقات العمومية من الناحية الاقتصادية، وتظهر رغبة المشرع في إنشاء سلطة ضبط مختصة، تعمل على مراقبة إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، وكذا الاستفادة من تجارب الدول الرائدة في هذا المجال وتكفل حسن تطبيق الأحكام التشريعية السارية المفعول في مجال الصفقات العمومية، إلى جانب الاختصاصات الضبطية المرصودة لمجلس المنافسة في هذا الشأن، والعمل على تفادي كل الإشكالات القانونية التي يمكن أن تثار بشأن تداخل الاختصاص بين صلاحيات مجلس المنافسة وبين سلطة ضبط الصفقات العمومية، ونجد أن الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم قد نصّ في المادة 39 منه على "عندما ترفع قضية أمام مجلس المنافسة تتكلف بقطاع نشاط يدخل ضمن اختصاص سلطة الضبط فإن المجلس يرسل فوراً نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء الرأي في مدة أقصاها 30 يوما، ويقوم مجلس المنافسة في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط"، كما أن الفقرة الثالثة من المادة 50 والمتعلقة بإجراءات التحقيق في القضايا المتعلقة بالمنافسة على ضرورة أن

"يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة سلطة ضبط بالتنسيق مع مصالح السلطات المعنية"

فبتحليل النصين السابقين نجد أنهما جاءا بصفة عامة ومقتضبة دون الخوض في تفاصيل تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط الأخرى، خاصة ما يتعلق بمسألة التنازع الإيجابي أو السلبي الذي قد يحدث على أرض الواقع⁽⁵³⁾، وعكسا (النصين القانونيين) طبيعة العلاقة التي أرادها المشرع بين مجلس المنافسة صاحب الاختصاص العام في مجال المنافسة وبين الهيئات الأخرى بخصوص المهام المتعلقة بالمنافسة في قطاعات النشاط التابعة لرقابتها، والمتمثلة في علاقة التعاون وتبادل المعلومات،⁽⁵⁴⁾ من خلال أعمال الاختصاص الاستشاري المخول لهذه الهيئات والذي تناولته نصوصها القانونية، على غرار سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت صراحة في الفقرة 07 من المادة 213 على ضرورة تكوين مكان للتشاور في إطار المرصد التابع لسلطة ضبط الصفقات العمومية، إلا أن الغموض يبق يلف هذه الفقرة كذلك لعدم تحديدها لمواضيع هذا التشاور، وكذا الأشخاص المعنية به، وفيما إذا كان يخص علاقة هذه السلطة بمجلس المنافسة أم لا، للعمل على تنسيق آليات التعاون بين مجلس المنافسة وسلطة ضبط الصفقات العمومية الهادفة إلى تفعيل المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس المنافسة قد بادرت وتزامنا مع صدور المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية إلى تنظيم يوم دراسي حول مؤشرات التواطؤ في ميدان الصفقات العمومية يوم 16 ديسمبر 2015 بإقامة الميثاق، لمناقشة الضرر الذي لحق بالخزينة العمومية بسبب السلوكات والأفعال غير الشرعية الممارسة من طرف المؤسسات المتنافسة، كالتواطؤ عند تقديم العروض بهدف توزيع الأسواق فيما بينهم، من خلال مجموعة من المداخلات، لأساتذة وباحثين وخبراء وطنيين وأجانب، حيث اقترح مجلس المنافسة على أثر اختتام اليوم الدراسي ضرورة التكفل بالنقائص وتصحيح الوضع في إطار اقتراح تعديل الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 الذي بات ضروريا⁽⁵⁵⁾.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة، خلصنا إلى أن موضوع تفعيل المنافسة في مختلف الأنشطة الاقتصادية من أهم المواضيع القانونية المطروحة للنقاش وهو الأمر ذاته بالنسبة لتكريسها في مجال الصفقات العمومية كما خلصنا إلى أن المشرع الجزائري قد عنى بتضمين الأحكام القانونية المنظمة للصفقات العمومية مبدأ حرية المنافسة بين المتعهدين، وعمل من جهة أخرى على إخضاع الصفقات العمومية لنطاق تطبيق قانون المنافسة لإمكانية حدوث اتفاقات ضمنية أو صريحة بين المتعهدين فيما بينهم، أو بين متعهد والمصلحة المتعاقدة لتزكية متعهد على آخر واستفادته من المناقصة دون اعتبار لقواعد المنافسة الحرة في السوق، وبالتالي بقيت تثار مسألة اختصاص هيئات الضبط وعلى رأسها مجلس المنافسة لقمع الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام قانون المنافسة.

إضافة إلى دور سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنشأة بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، التي تعمل على ضبط قطاع الصفقات العمومية وترقيته وحماية المنافسة فيه. كما لاحظنا أن المشرع قد نظم مسألة علاقة مجلس المنافسة بسلطات الضبط الاقتصادي عموماً بنصين قانونيين فقط المتمثل في المادة 39 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، الذي ينطبق على علاقته بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كذلك لغرض زيادة الفاعلية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين. والتي تقضي بأنه "عندما ترفع قضية أمام مجلس المنافسة تتكلف بقطاع نشاط يدخل ضمن اختصاص سلطة الضبط فإن المجلس يرسل فوراً نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء الرأي في مدة أقصاها 30 يوماً ويقوم مجلس المنافسة في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط"، وكذا الفقرة الثالثة من المادة 50 والمتعلقة بإجراءات التحقيق في القضايا المتعلقة بالمنافسة التي نصت على ضرورة أن "يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة سلطة ضبط بالتنسيق مع مصالح السلطات المعنية"

أما بالرجوع للأحكام المنظمة لإنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبالرغم من أن الفقرة 07 من المادة 213 قد نصت صراحة على ضرورة تكوين مكان للتشاور في إطار المرصد التابع لسلطة ضبط الصفقات العمومية، إلا أنها جاءت في صياغة عامة وغامضة لعدم تحديدها لمواضيع هذا التشاور، وكذا الأشخاص المعنية به، وفيما إذا كان يخص علاقة هذه السلطة بمجلس المنافسة أم لا؟ إضافة إلى أن مسألة تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة والهيئات الأخرى المكلفة بالرقابة في مجال الصفقات العمومية التي تبق النصوص القانونية المتعلقة بها عامة ولا تحاكي واقع الإشكالات الجديدة التي يمكن أن يطرحها الواقع التدخلي لهذه الهيئات في مجال الصفقات العمومية بالنظر إلى حداثة التجربة الجزائرية بشأن تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، وكذا مسألة مدى استعداد مجلس المنافسة للتدخل في هذا المجال بالنظر إلى خصوصيته.

غير أنه وبالنظر للنتائج المذكورة، نقترح ونوصي بما يلي:

تعديل قانون المنافسة وتضمينه المصطلح الجديد "طلب العروض" بدل المناقصة، المعتمد في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 الساري المفعول حتى يكون هناك توافق في المصطلحات المعتمدة بين المنظومتين القانونيتين الخاصتين بالمنافسة والصفقات العمومية.

إضافة إلى ضرورة التعجيل في تنصيب سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإصدار المرسوم التنفيذي المحدد لتنظيمها وكيفية سيرها، حتى تباشر سلطاتها الضبطية في مجال الصفقات العمومية وتمارس مهامها الضبطية المخولة لها قانوناً ومحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة باعتبارها خبيراً قطاعياً ذو دراية بمجال الصفقات العمومية، وكذلك توضيح علاقة هذه الأخيرة بمجلس المنافسة ليتم العمل على تنسيق آليات التعاون بينها ومجلس المنافسة لتحقيق فعالية المنافسة في هذا المجال.

الهوامش:

- (1) صبري مصطفى حسن السبك، دعوى المنافسة غير المشروعة، كوسيلة قضائية لحماية المحل التجاري، دراسة مقارنة، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2012، ص24.
- (2) أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص07.
- (3) عبد الرحيم عنتر عبد الرحمان، المنافسة في ظل اتفاقية التريس وأثرها على المعلومات غير المفصح عنها، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الاولى، 2010، ص10.
- (4) المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد50، الصادرة في 2015/09/20.
- (5) المادة 2، المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع نفسه.
- (6) الأمر 90/67، المؤرخ في 1967/06/17، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد52، الصادرة في 1967/06/27.
- (7) التعريف نفسه أورده المشرع بالمادة 03، من المرسوم التنفيذي 434/91، المؤرخ في 1991/11/09، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد57، الصادرة في 1991/11/13.
- (8) المادة 04، المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 2010/10/07، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، الصادرة في 2010/10/07.
- (9) محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص13.
- (10) الكاهنة زواوي، ابرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والاقتصاد، الصادرة عن كلية الشريعة والاقتصاد جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017، ص33.
- (11) تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 74.
- (12) كركادن فريد، طرق وإجراءات ابرام الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية يحي فارس، المدية، ماي 2008، الجزائر، ص 04.
- (13) الكاهنة زواوي، مرجع سابق، ص36.
- (14) الأمر 06/95، المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، الصادرة في 1995/02/22.
- (15) الأمر 03/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادرة في 2003/07/20.
- (16) أستاذت مجلس المنافسة لأول مرة بموجب المادة 16 من الأمر 06/95، ثم اعيد تنظيمه في ظل الأمر 03/03 المعدل و المتمم.
- (17) صبرينة بوزيد، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، الطبعة الاولى، الناشر مكتبة الوفاء القانونية مصر، الاسكندرية، سنة النشر 2018، ص124.
- (18) إرزيل الكاهنة، التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية، مجلة الحقوق والحريات، العدد الخامس، 2018 جامعة محمد خيضر بسكرة، ص11.
- (19) المادة 39، المرسوم الرئاسي، 247/15، مرجع سابق.
- (20) المادة 40 الفقرة 01، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (21) بن يسعد عنراء، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الاتفاقات المقيدة للمنافسة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2016، ص73.
- (22) المادة 06، القانون 05/10، المؤرخ في 2010/08/15، المعدل و المتمم للأمر 03/03، ج ر عدد 46، الصادرة في 2010/08/18.
- (23) بن يسعد عنراء، مرجع سابق، ص 76.
- (24) محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، وفقا للأمر 03/03 والقانون 02/04، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص06.
- (25) سامي بن حملة، قانون المنافسة، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، 2016، ص 130.

(26) Zouaimia Rachid, de l'état interventionniste à l'état régulateur : l'exemple algérien, colloque nationale sur les autorités de régulation indépendants en matière économique et financière, université de Bejaïa, 23-24 mai 2007, p 5.

(27) Zouaimia Rachid, de l'état interventionniste à l'état régulateur : l'exemple algérien, op.cit,p19.

- (28) Jean-Paul valette, Droit public économique, hachette, paris, 2 édition, 2009, p 135.
- (29) المرسوم التنفيذي 241/11، المؤرخ في 2011/07/10، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج ر عدد 39، الصادرة في 2011/07/13.
- (30) القرار رقم 01 المؤرخ في 2013/07/24، المتضمن تحديد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، النشرة الرسمية عدد 03.
- (31) المادة 39، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.
- (32) مضمون المادتين 38 – 85، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (33) المادة 44، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (34) المادة 45، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (35) راضية رحمان، مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المناهضة للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 29، الجزء الثاني، ص 248.
- (36) Aimé de caluwé, Alex Tallon, introduction au droit belge de la concurrence, édition larcier, bruxelles, 2009, p 177.
- (37) أنظر في هذا الخصوص، جليل مونية، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، 2018.
- (38) بن سليمان فايزة، حوكمة الصفقات العمومية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص هيئات عمومية وحوكمة، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، سنة 2017، ص 31.
- (39) رنا سمير اللحام، السلطات الإدارية المستقلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2015، ص 21.
- (40) منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الاعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2016، ص 187.
- (41) Rachid Zouaimia, les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, édition Belkeis, Alger, 2012, p 100.
- (42) عيساوي عز الدين، المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة: مآل مبدأ الفصل بين السلطات، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 207.
- (43) الفقرة 04 من المادة 213، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.
- (44) المادة 212، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (45) الفقرة 05 من المادة 213، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (46) مادة 214، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (47) الفقرة 06 من المادة 213، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (48) الفقرة 07 من المادة 213، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (49) الفقرة 09 من المادة 213، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (50) الفقرة 08 من المادة 213، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (51) الفقرة 09 من المادة 213، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (52) المادة 203، المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع نفسه.
- (53) أنظر في هذا الخصوص، شيخ أعمار يسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2009/2008.
- (54) بوحلايس الهام، الاختصاص في مجال المنافسة، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، سنة 2005، ص 129.
- (55) عمارة زيتوني، مجلس المنافسة يطالب بالضبط الفعال لسوق الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للمنافسة رقم 09 عدد خاص لتغطية أعمال اليوم الدراسي المنظم من طرف مجلس المنافسة، حول مؤشرات التواطؤ في مجال الصفقات العمومية، المنظم يوم 16 ديسمبر 2015، ص 47.