وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حماية المنافسة في الصفقات العمومية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر ل.م.د في الحقوق

تخصص: قانون الاعمال

إعداد الطلبة:
شيخة مبروك أحمد
مصباحي نصر الدين

تحت اشراف:
د. ديدي إبراهيم

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	المؤسسة	الصفة
د. لموشية سامية	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي	رئيسا
د. ديدي إبراهيم	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي	مشرفا ومقررا
د. قني سعدية	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي وفقنا وأعاننا على إتمام هذا العمل العلمي.

أتقدم بجزيل الشكر للأستاذ " ديدي ابراهيم " على مساعدته لي في إنهاء أعمال هذه المذكرة، وعلى ملاحظاته وتوجيهاته القيّمة التي أنارت طريق البحث أمامي.

ولا أنسى شكر كل أساتذتي الكرام الذين ساهموا في تكويني وبناء رصيدي العلمي والمعرفي طيلة سنوات الدراسة.

كما لا يفوتني شكر اللجنة على قبولها مناقشة مذكرتي المعروضة أمامها، وعلى ما قدمته من نصائح وتعليمات التي ستساهم بلا أدنى شك في إضفاء قيمة علمية لهذا البحث، من خلال سد كل ثغرة أو نقص يعتريانه.

أحمد ونصر الدين

أهدي هذا العمل إلى:

الوالدين الكريمين

الاخوة والأخوات

كل طالب علم

وكل من ساعدني من قريب أو بعيد حتى بدعاء.

شيخة مبروك أحمد

أهدي هذا العمل إلى:

روح أمي رحمها الله وأسكنها فسيح جناته

سندي في الحياة أبي الغالي

وإلى رفيقة الدرب زوجتي الغالية

وإلى نور العيون أبنائي وفقهم الله

وإلى كل عائلتي وأحبائي

مصباحي نصر الدين

مقدمة

يعد قانون الصفقات العمومية الرائد في إستعمال تقنية المنافسة، كوسيلة أو أداة لتحقيق الإستعمال الأمثل والأنجع للأموال العمومية، فهو الأداة والوسيلة المثلى التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها، فهو يحتل نسبة معتبرة من الموارد المالية ويمثل آلية أساسية في النمو الاقتصادي، ما يجعلنا ندرك بسهولة النقل المالي للصفقات العمومية في اقتصاد بلادنا، اقتصاد بلد يسير في طريق النمو، لم تكتمل بعد بوضوح معالم منظومته القانونية والاقتصادية بل حتى نظامه السياسي.

فالصفقات العمومية تعتبر معيارا حقيقيا الشفافية المناخ الإستثماري ووسيلة فنية لتطبيق برنامج الحكومة في مجال التنمية الإقتصادية والاجتماعية وتقديم الخدمات العمومية، فالتسيير الراشد في هذا المجال يتطلب أساسا إضافة إلى تكريس المبدأ الأساسي للمنافسة مبادىء أخرى تعزز هذا الأخير وهي: عدم التمييز المساواة النزاهة والشفافية.

إن أعمال المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية، يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة، بما تثيره من تعدد في العروض و تنوع الخيارات تسمح للإدارات العمومية بإستخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا رشيدا و يضفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة و هي كذلك بما تتيحه المؤسسات من فرص للوصول لتلك الطلبات، تعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقها المشروعة في ممارسة حريتي التجارة والصناعة.

لهذه الأسباب فقد أولى المشرع الجزائري حماية المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة وذلك من خلال قانونين أساسيين هما قانون الصفقات العمومية، الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتجاري و المنافسة لنيل الطلبات العمومية وقانون المنافسة، الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة، تحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية التنافسية وتحسين معيشة المستهلكين.

وعلى هذا النحو ارتبط مفهوم المنافسة بمفهومي المؤسسة والسوق، واعتبرت المنافسة على هذا الأساس نظاما خاصا لنشاط السوق والمواجهة فيه بين الطلبات والعروض من إرساء أسعار منخفضة في مستوياتها الدنيا.

1. أهميتها في إرشاد وحماية المال العام وزيادة نفقته .
2. أهمية المبادئ المكرسة في قانون الصفقات العمومية التي تحافظ وتحمي المنافسة.

أهداف الدراسة:

1. تهدف دراسة موضوع الصفقات العمومية في مجال المنافسة تبيان مامدى العلاقة بينها في العملية التشاركية في الصفقة.
2. تبيان دور القضاء الإداري في حماية الصفقات العمومية في ظل قانون المنافسة .
3. الوقوف عند أهم النقاط التي جاء بها القانون الجديد رقم 23-12المتعلق بالصفقات العمومية وتحليل مواده في مجال المنافسة.

أسباب اختيار الموضوع :

أسباب ذاتية : الميول الشخصي لمقياس قانون المنافسة والرغبة الشخصية في دراسة موضوع في هذا المجال الذي يجمع بين شق عام وهو قانون الصفقات العمومية وشق خاص هو قانون المنافسة.

أسباب موضوعية : حداثة الموضوع مع تجدد قواعد المنافسة والسوق يوما عن يوم،نظرا للتطور الاقتصادي والمعاملات التجارية وتدخله في تحقيق التنمية المستدامة للبلاد،وكذا تبيان العلاقة الجامعة بين قانون المنافسة والصفقات العمومية من خلال تطبيق أهم المبادئ التي نص عليها المشرع لا سيما القانون رقم 23-12.

وقد عملت السياسة الوطنية في إطار سعيها إلى الاندماج صلب المنظومة العالمية على تكريس مبدأ المنافسة كسلوك اقتصادي منتهجة بذلك " ثقافة التسابق " على الصعيدين الداخلي والخارجي فصدر الأمر 03 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ومجموعة النصوص اللاحقة والمعدلة له.

حيث نص القانون رقم 23-12 على أهمية حضور المنافسة وجوبا ضمن مختلف مراحل إبرام الصفقة العمومية كما أن الواقع الاقتصادي أكد بدوره على أهمية هذا الحضور وذلك اعتبارا أنه يوجد رقابة في مجال الصفقات العمومية لارتباطه بالأموال العمومية وهذا ما يفرض وجوب ضمان مبادئ التنافس والشفافية على نحو يكفل حسن التصرف في الأموال العامة.

انطلاقا مما سبق فإن إشكالية هذه الدراسة تتمحور حول:

ما هي الضمانات القانونية المكرسة للمنافسة في مجال الصفقة العمومية؟

ومن خلال طرح الاشكالية الرئيسية نطرح تساؤلات فرعية وهي

ما هو مفهوم المنافسة في ظل قانون الصفقات العمومية ؟ ماهي اهم مبادئ قانون12/23 في مجال المنافسة ؟

ما نطاق حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ؟

وماهو دور القضاء في مجال الصفقات العمومية وحمايتها ؟

إن ربط كل من مفهومي المنافسة والصفقات العمومية يحيلنا الى استخلاص الصلة بينهما ودراسة العلاقة القائمة بين المنافسة والصفقات العمومية ، إنما يهدف إلى بيان مدى استجابة أداة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي لمبادئ هذا المجال المحكومة بقاعدة المنافسة، مما يدفعنا إلى البحث واستخلاص مظاهر المنافسة صلب الصفقات العمومية وأهمية حضورها وذلك من المنطلق التشريعي أو المنطلق الفعلي.

منهج الدراسة :

رأينا أنه من المناسب الاستعانة بالمنهج التحليلي في هذه الدراسة وهذا لتحليل ووصف تطبيق قانون المنافسة وبيان آثاره المختلفة في مجال الصفقات العمومية .

الدراسات السابقة:

1) تياب نادية،آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم،تخصص قانون،جامعة تيزي وزو،الجزائر،2013/11/23.
2) جليل مونية،المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام،جامعة الجزائر،2015.

خطة الدراسة :

قسمنا خطة الدراسة إلى فصلين،الفصل الأول بعنوان:"نطاق تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية"،والذي تطرقنا فيه اهم المبادئ التي جاء بها قانون رقم 23-12،ومدى تطبيقه لمبدأ حرية المنافسة،أما الفصل الثاني معنون ب:"دور القضاء في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية"،والذي سنتعرض فيه إلى كيفية حماية المنافسة من قبل القضاء العادي والإداري.

الفصل الأول:نطاق تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية

تمهيد

تعتبر الصفقات العمومية المحرك الأساسي للاقتصاد الوطني بحيث تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة والوسيلة القانونية، التي يضعها المشرع في يد الإدارة العمومية، لذلك حرص المشرع على إضفاء الشفافية والنزاهة على إجراءات إبرامها، وتحقيق ذلك من خلال تفعيل مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في التعامل مع المترشحين والشفافية المنصوص عليها في المادة 05 من القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

إن اعتماد المنافسة في الاقتصاد بوجه عام وفي الأنشطة الاقتصادية للمتعامل العمومي بوجه خاص يجعلها من ركائز النظام الاقتصادي في الدولة لما توفره من حماية فعالة للمال العام حيث يسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة، في مبادئ منح الصفقات العمومية ضمانة للمنافسة النزيهة(مبحث أول) والأفعال التي يحضرها قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية في (مبحث ثاني)

المبحث الأول :مبادئ منح الصفقات العمومية ضمانة للمنافسة النزيهة

مرت الصفقات العمومية في الجزائر طبقا لتنظيم الذي طرأ عليها بمراحل عدة بغرض دفع الإدارة المتعاقدة إلى تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين العارضين وشفافية المعاملة في الإجراءات وتقتضي جملة هذه المبادئ التريث في مرحلة الإبرام وحسن اختيار المتعاقد المقاول وهو ما يستوجب مرور الصفقة بمراحل طويلة سواء من حيث تحديد طريقة الإبرام أو من حيث الإجراءات .تقوم مبادئ منح الصفقات العمومية على إجراءات خاصة بالنسبة لطلب العروض التي تعتبر القاعدة العامة فهي بحاجة إلى هذه المبادئ لضمان شفافية إجراء اتها . وعليه يقوم إبرام الصفقات العمومية من منظور تنظيمها على ثلاثة مبادئ كبرى، وهذا ما سنوضحه من خلال إجراءات الدعوة للمنافسة في ظل الصفقات العمومية، وكذا توضيح سبب إلزامية الإعلان عن الصفقة وكيفية المنح المؤقت لها.

المطلب الأول :المبادئ التي ترتكز عليها الصفقات العمومية

حدد المشرع الجزائري بموجب قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 مجموعة من المبادئ والإجراءات التي يجب على الإدارة أن تحترمها وتلتزم بها عند القيام بأي عقد يتضمن موضوعه صفقة عمومية كما يلي : [1]

الفرع الأول : مظاهر تكريس قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية

ركز المشرع على مجموعة من المبادئ الواجب احترامها ومراعاتها في التعاقد، حيث تقوم إجراءات إبرام الصفقات العمومية على ثلاث مبادئ، أكد على ضرورة التقيد بها في مجال إبرام الصفقات العمومية وذلك ضمانا للشفافية والنزاهة في إبرامها.

[1] القانون رقم 23-12 المؤرخ في 2023/08/05،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية،ج.ر عدد 51،الصادرة بتاريخ 2023/08/06.

أولا :مبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية.

لقد نص القانون الجزائري على مبادئ أساسية لابد من مراعاتها عند إبرام الصفقات العمومية من جانب الإدارة والمتعاقدين معا وتتمثل أهم هذه المبادئ فيما يلي[1]:

1- مبدأ حرية المنافسة

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ العامة التي حرص القانون على تكريسها فلا يوجد أي مانع لاشتراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في منافسة المقاولين[2].

ومنه فإن مبدأ المنافسة يعطي الفرصة للمتعاملين في الدخول في الصفقة بحيث هذا المبدأ تتوافر فيه شروط طلب العروض ليتقدم بعرضه للطالب العمومي، غير أن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة .[3]

وقد جاء بهذا المبدأ بشكل صريح في القانون رقم 23-12 المذكور سابقا حيث نص على أنه:" **إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإن المصلحة المتعاقدة تواصل تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، ...**"[4]

---

[1] المادة 05 من القانون رقم 23-12، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المذكور سابقا.

[2] تياب نادية،آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم،تخصص قانون،جامعة تيزي وزو،الجزائر،2013/11/23،ص 62.

[3] حمامة قدوج،عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري،ط 02،،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2006،ص 122.

[4] المادة 50 من القانون رقم 23-12، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المذكور سابقا.

إن الإدارة ملزمة باحترام مبدأ حرية المنافسة فلا يجوز لها إقصاء متعهد (عارض) أو منعه من المشاركة إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عنها في إعلان المناقصة فيه ما يفيد أن المشاركة في الصفقات العمومية يعد أمرا اختياريا للمتعاقد الذي يكون حرا في المشاركة من عدمها.

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إبعاد المتعاقد الأقل كفاءة في نظرها ولها الحق في ذلك، لكن لا يجوز لها إبعاد الراغبين في التعاقد من المشاركة في المنافسة متى توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة كأن يقدموا أحسن العروض من الناحية التقنية والمالية، وأن تقف الإدارة في ذلك موقفا حياديا إزاء كل المتنافسين وليس لها تفضيل مرشح على آخر وإلا عند فعلها من قبيل التواطؤ والاتفاق المدير كما يضمن مبدأ حرية المنافسة للمتعهدين إضفاء الشفافية في تعاملات الإدارة تدعيما الحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المهتمين بالنشاط موضوع طلب العروض فلا يكون التعاقد حكرا على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم[1].

2- <u>مبدأ المساواة بين المتنافسين.</u>

نص المشرع في آخر قانون متعلق بالصفقات العمومية وأكد على ضرورة المساواة بين المتنافسين وعدم التمييز بينهم كما يلي:" ...**يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية ومذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة...**"[2]

لا يكفي أن تكفل الإدارة حرية المنافسة لجميع من يمارسون النشاط موضوع طلب العروض حتى يتحقق لها الوصول إلى أفضل متعاقد، بل يجب عليها إعمال مبدأ المساواة بين

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،المنافسة في الصفقات العمومية،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال،جامعة سعيدة،الجزائر،2021/2020،ص 08.

[2] المادة 2/53 من القانون رقم 23-12، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المذكور سابقا.

جميع مقدمي العروض، بحيث تكون المفاضلة بينهم أساسها الكفاءة الفنية والمقدرة المالية على الاضطلاع بأعباء المشروع موضوع الصفقة[1].

يقوم هذا المبدأ على أساس المساواة بين جميع المتقدمين بعطاء اتهم الذي يكون على قدم المساواة مع بقية المتنافسين وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم[2] .

يفيد مبدأ المساواة أنه يجب التعامل مع جميع المرشحين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة والمواعيد والإجراءات المقررة دون تفرقة بين المتنافسين من جانب الجهة الإدارية، يترتب على تطبيق مبدأ المساواة نتيجة قانونية هامة هي أنه لا يجوز للإدارة أن تخلق وسائل قانونية تميز بها بين المتنافسين على طلب العروض، كما لا يجوز لها منح امتيازات أو وضع عقبات أمام بعض المتقدمين لطلب العروض، حيث أن هذه الوسائل غير مشروعة.

3- مبدأ الشفافية في الإجراءات.

لقد ظهر مصطلح الشفافية لأول مرة في الثمانينات في العلوم الإدارية، ثم تبنته مختلف القوانين من أجل تقريب الإدارة من المواطن، لكن هذا المصطلح لم يبق لصيقا بالإدارة فقط وإنما انتقل إلى المجال السياسي وهذا في أخر الثمانينات، ليلحق بعد ذلك بالمجال الاقتصادي في بداية التسعينات.[3]

وقد خصص له المشرع الجزائري القسم الثاني من القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية تحت عنوان"شفافية الاجراءات"،من الفصل الثاني من الباب الثالث منه،وذلك بنصه على إلزامية اللجوء إلى الإشهار عن الصفقات العمومية عن طريق النشرة الرسمية للصفقات

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 09.

[2] الطماوي سليمان محمد،الأسس العامة للعقود الإدارية،دراسة مقارنة،ط 05،مطبعة جامعة شمس،مصر،1991،ص 250.

[3] المرجع نفسه،ص 251.

العمومية والصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية المعتمدة،وكذا البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية[1]

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد اعتمد على الوسيلة الرقمية في الاشهار عن الصفقات العمومية وهذا سيؤدي إلى قطع دابر البيروقراطية والفساد الإداريين من جذورهما.

تعرف أيضا الشفافية في مجال الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يمكن مقدم العروض أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار المتعاقد مع المشتري العمومي قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة.[2]

لذلك يمكن القول بأن انعدام مبدأ الشفافية في التعامل يعد مؤشرا على وجود ممارسات غير مشروعة وخرق للأحكام والتشريعات المعمول بها في مجال التنافس للفوز بالصفقة العمومية[3].

تكمن أهمية الشفافية في كونها آلية لحماية المنافسة في الصفقات العمومية وبالتالي حماية المال العام من الهدر والضياع، فهي تخلق مناخا يصعب أن تستر وراءه ممارسات مخلة بالمنافسة، كما تسهل كشف التلاعب والتواطؤ ، وتمنح لكل ذي مصلحة من عارضين وغيرهم فرصة التحقق من أن عملية اختيار المتعاقد مع الجهة المعنية قد تمت في جو من النزاهة والاستقامة ووفق القواعد والمعايير المحددة في القانون[4].

فللشفافية عناصر محددة تجعل إطارها أكثر بروزا، فقد نص المشرع على أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة

---

[1] المادة 46 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[2] صياد ميلود،إمتداد قانون إلى الصفقات العمومية بالجزائر(تعديل 2008)،رسالة لنيل الماجستير تخصص قانون أعمال،جامعة الجزائر1 ،2015،ص 21.

[3] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 09.

[4] المرجع نفسه،ص 10.

وعلى معايير موضوعية، لقد أكد المشرع على ضرورة تكريس جملة من العناصر والقواعد وهي على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية[1].
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء[2].
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية[3].
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية[4].

وأخيرا ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد المنافسة عند القيام ببعض الممارسات أثناء إعداد الصفقات العمومية وكذا الإدعاء أمام مجلس المنافسة طبقا للأمر 03-03المتعلق بالمنافسة والقانون 08-12 المعدل[5].

ثانيا : الاستثناءات الواردة على مبادئ الصفقات العمومية .

أمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الخاص الهش الذي يتميز بقلة الكفاءة ونقص الإمكانات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع خاصة تلك التي تطرح ضمن مناقصات دولية، والتي تلجأ إليها في الغالب المصالح المتعاقدة نظرا لما تتطلبه مشاريعها كذلك أمام ضغط ممثلي القطاع الخاص والعام، وجد المشرع نفسه طيلة عقود

[1] المادة 46 من القانون رقم 23-12،المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[2] المادة 17 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[3] المادة 3/66 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[4] المادة 05 وما يليها من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[5] الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19،المتعلق بالمنافسة ،ج .ر عدد 43،الصادرة بتاريخ 2003/07/20،المعدل والمتمم.

من الزمن مجبرا على إدراج أحكام قانون المنافسة والصفقات العمومية حتى وإن كان هذا يتعارض في ظاهره مع مبدأي حرية التنافس والمساواة بين المترشحين[1].

لقد ازدادت حدّة هذه الأحكام ضمن قانون رقم 23-12 الذي رفع من هامش الأفضلية الوطنية وتعطيل مبدأ المساواة تعطيل مبدأ حرية الوصول للصفقات الصفقات المحجوزة "وهذه النقاط ما نتعرض عليها فيما يلي:

1- الأفضلية الوطنية وتعطيل مبدأ المساواة.

نص المشرع في القانون رقم 23-12 على أنه:" **تأخذ بعين الاعتبار، عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، لاسيما المؤسسات الصغيرة والمتوسطة منها للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز،**

- **تعطي الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني والأهمية للحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية،**
- **تدرج في دفتر الشروط أحكاماً تتعلق باحترام البيئة والمحافظة عليها واللجوء إلى الطاقات الجديدة والمتجددة،**
- **تدرج في دفتر الشروط أحكاماً تسمح بضمان التكوين ونقل التكنولوجيا والمعرفة ذات الصلة بموضوع الصفقة،**
- **تدرج الشروط المطبقة على المناولة في دفتر الشروط.**

ومهما يكن الإجراء المختار، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتوج المستورد إلاّ إذا كان المنتوج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة .وبالإضافة إلى ذلك، لا تسمح

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 11.

المصلحة المتعاقدة باللجوء للمناولة الأجنبية إلاّ إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها."[1]

بداية فإن المشرع الجزائري بالنص على الأفضلية كمبدأ عام لم يخرج عما ذهبت إليه العديد من البلدان في هذا الشأن، بل حتى الاتفاقات الدولية التي تنظم هذا المجال تنص على منح هامش أفضلية للمؤسسات الوطنية.

إن هامش الأفضلية لا يطبق إلا بمناسبة الصفقات الوطنية و/أو الدولية إذ لا مجال لتطبيقه في الصفقات الوطنية.[2]

ويتضح ذلك في عدم خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية التي يتعين عليها اعداد اجراءات ابرام الصفقات حسب خصوصيتها وعدم تقييد تنافسيتها على أساس المبادئ السابقة.[3]

2- تعطيل مبدأ حرية الوصول للصفقات" الصفقات المحجوزة."

دائما وتحت ضغط المؤسسات الخاصة الوطنية تدخلت الحكومة بشكل أكثر عمقا ليس فقط في منح هذه الأخيرة أفضلية على حساب المؤسسات الأجنبية، بل تعدى ذلك إلى حرمانه من تقديم تعهداتها في صفقات عمومية عدت من قبيل الصفقات المحجوزة يتجلى ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي[4] 10-236 حيث يجيز للبلديات والولايات والمؤسسات ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها بمناسبة إعلان مناقصاتها أن يكون هذا الإعلان محليا فقط بحيث تتمكن المؤسسات القريبة منها بالمساهمة وحدها دون غيرها في هذه العقود. [5]

---

[1] المادة 60 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[2] زمال صالح،إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية،مداخلة في الملتقى الوطني :"دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر ،2013،ص 07

[3] المادة 13 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[4] المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية،ج.ر عدد 58،الصادرة بتاريخ 2010/10/07.

[5] زمال صالح،مرجع سابق،ص 09.

في حين أن من أهم ما ميز أحكام مرسوم 15-247 وفقا للمادة 83 من هذا المرسوم يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرين (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و / أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري[1]، التي يكون أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29. وتخضع الاستفادة من هذا الهامش في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، كما هو محدد في الفقرة السابقة، ومؤسسات أجنبية، إلى تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، والمؤسسات الأجنبية، من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها.[2]

أما القانون الجديد الخاص بالصفقات العمومية رقم 23-12 تخلى المشرع الجزائري عن النسبة المذكورة في المرسوم رقم 15-247 المذكور أعلاه بل إكتفى بمنح هامش أفضلية للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون بمعنى لم يقيد هامش الأفضلية بنسبة معينة بل أصبح المعيار لمنح هذه الأفضلية هو الإقامة والجنسية الجزائريين للحائزين على أغلبية رأس المال.[3]

الفرع الثاني :طرق إبرام الصفقات العمومية.

تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض مع عدة المتنافسين للفوز بالصفقة دون الاحتكار بين المقاولين الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التفاوض، وهذا ما نص القانون رقم 23-12[4] ومن هذا المنطلق سوف نتطرق في هذا الفرع إلى طلب العروض والذي

[1] المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،ج .ر عدد 50،الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

[2] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 12.

[3] المادة 62 من القانون رقم 23-12 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[4] المادة 37 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

يعتبر القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية(اولا)، والاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة العامة والمتمثل في التفاوض (ثانيا).

أولا : طلب العروض.

طبقا للقانون رقم 23-12 المتضمن الصفقات العمومية تتعرض إلى ما يلي:

1. تعريف طلب العروض:

قد عرفه المشرع الجزائري بأنه:" **طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء."**[1]

نلاحظ أن المشرع اعتمد نفس التعريف السابق في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لكن الفرق يكمن في حذف للفقرة الثانية من نص المادة التي عرفت طلب العروض والتي كانت تنص على ما يلي:"...**ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض الموضوع الصفقة والمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات "بعد طلب العروض الوسيلة الأساسية والقاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية كما يعد بمثابة دعوة المنافسة."**[2]

[1] المادة 38 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] المادة 2/40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

2. أشكال الدعوة للمنافسة في ظل الصفقات العمومية:

يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب الأشكال الآتية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود والمسابقة.[1]

لم يعرف المشرع أو يبين مفهوم هذه الأشكال في القانون رقم 23-12 على عكس ما نص عليه في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لذلك سنستند على هذا الأخير:

طلب العروض المفتوح: "هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا".[2]

طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: "هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد .ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع."[3]

طلب العروض المحدود :هو "إجراء لإستشارة الانتقائية، يكون المترشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد.

يمكن المصلحة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم .

---

[1] المادة 39 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[3] المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و /أو ذات الأهمية الخاصة.

ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية، إما على مرحلتين طبقا الأحكام المادة 46 أدناه، وإما على مرحلة واحدة."[1]

بينت المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مراحل اللجوء لطلب العروض كقاعدة عامة يتم على مرحلة واحدة وذلك عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع المقاييس و / أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية،وكإستثناء يتم عبر مرحلتين وذلك عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفقة دراسات،كما يمكن المصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الإقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة و / أو عمليات انتقاء لوازم خاصة ذات طابع تكراري .وفي هذه الحالة، يجب تجديد الإنتقاء الأولى كل ثلاث (3) سنوات.

المسابقة: "هي إجراء يجعل رجال الفن في منافسة ، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة48 ، مخطط أو مشروع سداسي مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة[2]" .

[1] المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المذكور سابقا.

[2] المادة 47 من المرسوم رقم 15-247، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المذكور سابق.

ثانيا :التفاوض

1. **تعريف التفاوض:**"إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة .ويمكن أن يكتسي إجراء التفاوض شكل التفاوض المباشر أو التفاوض بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

يسمح إجراء التفاوض للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض بشأن الأسعار وشروط تنفيذ الصفقة العمومية."[1]

2. **أشكال التفاوض :**

يأخذ التراضي في الواقع شكلين هما :التفاوض المباشر، التفاوض بعد الاستشارة.

أ- **إجراء التفاوض المباشر:**

إجراء التفاوض المباشر هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في حالات منصوص عليها على سبيل الحصر لا المثال كما يلي:[2]

_ عندما لا يمكن تنفيذ العمليات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية وفنية .وتوضح العمليات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية،

[1] المادة 40 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] المادة 41 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

- عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة، كما هي معرفة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، مقدمة الخدمات في مجال الرقمنة والابتكار، بشرط أن تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة،
- في حالة الاستعجال المعلل بوجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو النظام العام أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو في حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية أو الكوارث التكنولوجية أو الطبيعية، ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها،
- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها
- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعاً استعجالياً، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها .و في هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية الإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار 10.000.000.000) دج(، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر[1]

[1] المادة 41 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و أو الأداة الوطنية للإنتاج . وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار[1] (10.000.000.000) دج ، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ سالف الذكر،
- بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من طرف المصالح المتعاقدة مع مؤسسة عمومية مذكورة في المادة 9 المطة الأخيرة من هذا القانون، عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي لهذه المؤسسة حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطاتها مع الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام المذكورة في المادة 9 من هذا القانون رقم 23-12.

ب- التفاوض بعد الاستشارة:

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض بعد الاستشارة في الحالات الآتية:"

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية،
- في حالة صفقات الدارسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات،
- في حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة،
- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب عروض جديد

[1] المادة 9من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل السالفة الذكر على ذلك .وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة
- المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى."

المطلب الثاني :إلزامية الإعلان عن الصفقة والمنح المؤقت.

من أجل ضمان تحقيق المنافسة النزيهة بين المترشحين للصفقة دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة، جاء قانون الصفقات العمومية بمجموعة من الإجراءات المتمثلة في عملية الإعلان والزاميته بالنسبة للمناقصات أو المزايدات، وكذلك تم إدخال العمل بإجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية بموجب المرسوم الملغي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وبعدها الإرساء النهائي للصفقة.

الفرع الأول :الإعلان

الإعلان هو إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة . إذا رغبت المصلحة المتعاقدة في التعاقد فإن أولى خطواتها هي الإعلان عن شروط العقد[1]، ويعد هذا الإعلان بمثابة توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد بهدف إضفاء الشفافية على العمل الإداري، فالهدف من إعلام المعنيين المتمثلين في المقاولين والموردين هو فسح المجال

[1] جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر،2015،ص 139.

للمنافسة بينهم، وضمان احترام مبدأ المساواة، ويسمح بذلك للإدارة باختيار أفضل العروض والمرشحين.[1]

وهذا ما نص عليه المادة المرسوم الرئاسي 15-247 :"يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية : طلب العروض المفتوحة، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".[2]

أما القانون رقم 23-12 فقد نص على أنه:" يكون اللجوء إلى الإشهار إلزاميا عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل الاقتصادي،وعن طريق الصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية المعتمدة بالنسبة لأشكال إبرام الصفقات العمومية المذكورة في المادة 39 من هذا القانون عند الإقتضاء"[3]،وهي طلب العروض المفتوح،طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،طلب العروض المحدود،والمسابقة،بالاضافة إلى إلزامية الاشهار عن طريق البوابة الالكترونية للصفقات العمومية.

وبذلك فإن مبدأ الإعلان عن الصفقة قد ورد النص عليه بصيغة الإلزام، ويتضح ذلك بفرض اللجوء للإشهار بنشر إعلان طلب العروض بأشكالها المختلفة دون إجراء التراضي، حتى يفتح فرصة المنافسة أمام جميع المترشحين ويجسد مبدأ المساواة بينهم[4].

أولا :الإعلان إجراء شكلي وجوهري

اشترط القانون الجزائري الإعلان عن الرغبة في التعاقد عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل الاقتصادي،وعن طريق الصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية المعتمدة

[1] سردوك هيبة،المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الاداري،ط 1،مكتبة الوفاء،مصر،2009،ص 131.

[2] المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[3] المادة 46 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[4] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 17.

وجوبا في المادة 46 من القانون رقم 23-12 ، ويحرر الإعلان باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين كما أدرج مرسوم 2015 أنه يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر و أجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة .[1]

1- إجراء النشر الصحفي النشر الالكتروني واستجداث البوابة الالكترونية للصفقات العموميةا:

أ- النشر الصحفي:

يعتبر الإشهار الصحفي وفق هذا النحو إجراء شكلي جوهري، تلتزم الإدارة بمراعاته في جميع أشكال طلب العروض الوطنية أو الدولية، وكذلك الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب المسابقة . [2]

يكتسي الإعلان أهمية بالغة في مجال الصفقات العمومية، فلا تصح إجراءات إعداد وتنفيذ الصفقة دون الإشهار الصحفي عنها، ويشكل عدم اللجوء إلى الإعلان وعدم إتباع القواعد المنظمة له بموجب قانون الصفقات العمومية مخالفة صريحة المحتوى العديد من القوانين التي فصل قانون الصفقات العمومية فيها، وهذا بموجب المادة 65 من المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ففرض ما يلي:

- تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية، أو بلغة أجنبية.
- أن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين.

[1] المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247ا، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] جليل مونية،مرجع سابق،ص 141.

- أن ينشر الإعلان على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي"BOMOP".[1]

ب- <u>النشر الالكتروني:</u>

لم يعد الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الطريقة الوحيدة المستعملة في إعلام المتنافسين عن وجود الصفقات العمومية، فقد شهدت وسائل الإعلان تطورا كبيرا وأصبحت الوسائل الالكترونية الحديثة وفي مقدمتها الأنترنت، والتي تلعب دورا لا يستهان به بعد أن اثبت فوائد عملية حقيقية وكبيرة، فالإعلان عن طلب العروض أصبح بذلك يتخطى الحدود الإقليمية للدول بمجرد عرضه على شبكة الانترنت.

لم يشر القانون الجزائري للنشر الالكتروني إلا بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في بابه السابع تحت عنوان الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية"، قنص في المادة 173 منه على:

تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية"، وفي المادة 174 على : يمكن المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية، ويمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة للمنافسة بالطريقة الالكترونية "

وقد أعاد إنشاء هذه البوابة الاكترونية بموجب القانون رقم 23-12 حيث نص على أنه:"تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية تسيرها المصالح المختصة للوزارة المكلفة بالمالية."

[1] المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 1984/05/12، مؤرخ في 12مايو سنة 1984، الموافق ل 11شعبان عام 1404، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي.

وتكتسي هذه البوابة أهمية من حيث امكانية الاحتفاظ بملفات الترشيحات للمتعهدين لاستعمالها في الاجراءات اللاحقة وذلك عن طريق تشكيل قاعدة بيانات بواسطة المعلومات والوثائق المدرجة بها.[1]

إن وجود نصوص كهذه في تنظيم الصفقات العمومية، إنما يدل على مسايرة القانون للتطور العلمي الحديث، هذا ما دفع إلى النص على المادة 107 من القانون رقم 23-12 على إلزامية وضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين والمرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية حسب جدول زمني يحدد من الوزير المكلف بالمالية .

كما منح القانون في نفس المادة في فقرتها الثانية لكل المتعهدين والمرشحين للصفقات العمومية امتياز الرد على الدعوة للمنافسة بالطريقة الالكترونية تسهيلا منه للإجراءات المعهودة في ظل التشريعات السابقة،بهذه القواعد جسد القانون الجزائري المبادئ الأساسية في التعاقد، فلم يكتف بإلزام المصالح المتعاقدة باللجوء كأصل عام لأسلوب طلب العروض، بل فرض نشر الإعلان ووجوب وصوله إلى المعنيين به سواء عن طريق الإشهار الصحفي وحتى الالكتروني إذ تعتبر هذه الوسيلة الأكثر استعمالا في وقتنا الحالي .

ثانيا : مضمون الإعلان

لم يبين القانون رقم 23-12 البيانات الالزامية التي يجب وضعها في ملف طلب العروض بل اكتفى فقط بذكر انه يحتوي على معلومات ووثائق ضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض ضرورية[2] على عكس المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتتمثل هذه البيانات الإلزامية فيما يلي[3]:

[1] المادة 106 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] المادة 47 من القانون رقم 23-12 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[3] المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،
- كيفية طلب العروض،
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
- موضوع العملية،
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،
- مدة صلاحية العروض،
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر،
- تقديم العروض في ظرف مغلق بأحكام، تكتب عليه عبارة" لا "تفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

من خلال المادة نلاحظ أن القانون فرض البيانات اللازمة للإعلان عن طلب العروض أيا كان شكلها، وبذلك يكون قد كفل للمعنيين بالمنافسة على الصفقة فرصة المشاركة وهذا باطلاعهم على الجهة المعنية، موضوع الخدمة نوع المناقصة، مجال المشاركة وأجالها الوثائق المطلوبة والكفالة، وبذلك جسد مرة أخرى مبدأ الشفافية والمساواة بين المتنافسين،وإذا بادرت الإدارة المعنية لنشر إعلان طلب العروض بالكيفية المذكورة سلفا تعين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد وهذا من باب إضفاء الشفافية والوضوح على قواعد المنافسة بين مختلف العارضين.[1]

الفرع الثاني :إجراء المنح المؤقت للصفقة

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 22.

ينجم عن الإعلان عن المناقصة المنشورة في الجرائد وتصريح للمتنافسين عن الوثائق اللازمة حسب التشريع المعمول به واطلاعهم على معلومات أكثر عن المشروع المراد تنفيذه، وشروط التعاقد، إجراءات معينة يكمن تلخيصها فيما يلي:

أولا : الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة

تتمثل هذه الإجراءات في الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء، تقديم العروض، مرحلة فحص و تقييم العروض:

1. الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء:

تقوم المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن طلب العروض بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بها بإرادتها المنفردة باعتبارها صاحبة السلطة العامة، والوثيقة التي تحدد شروط التعاقد هي دفتر الشروط والمسمى باللغة الفرنسية(Les cahiers descharges) ، والذي يلحق بالعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها [1]المطلوبة في المترشحين، الأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعاقد وكيفية التنقيط بالنسبة للعارضين التقني والمالي، كما تقتضي دقة دفتر الشروط تحديد الخدمات أو السلع المطلوبة وجميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة، لذا يجب على المصلحة المتعاقدة إعداده بدقة تحقيقا لمبدأ دفتر الشروط عبارة عن وثيقة رسمية تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، فهي تتضمن الوثائق المكونة للصفقة، الشروط شفافية الإجراءات، ويتم إعداده حتى بالنسبة لصفقات التراضي .

[1] جليل مونية ،مرجع سابق،ص 146-147.

وفقا للمادة 17 من أحكام القانون رقم 23-12 فإن دفاتر الشروط متنوعة وهي:

دفتر البنود الإدارية العامة :يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على جميع صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي .

في حين ميز الأمر رقم 67-90 في المادة 06 منه في هذا الصدد بين نوعين من دفاتر الشروط الإدارية العامة وهما:

- دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات التوريد المبرمة من قبل الدولة أو الولاية أوالمؤسسات والدواوين العامة.
- دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والتي تضمنها القرار الإداري بتاريخ1964/11/21.

دفاتر التعليمات التقنية المشتركة: والتي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

دفاتر التعليمات الخاصة: تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة إن استدعت الضرورة إلى تنظيمها بإدراج بعض الاستثناءات عما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر التعليمات المشتركة فيجب أن يعبر عن ذلك بشكل صريح لا يدع مجال لأي احتجاج لاحقا .

بهذه القواعد ستتاح الفرصة لكل المتنافسين لإعداد عروضهم، كما أن تطبيق هذه القواعد لا يدع مجالا للجهة المعنية بأن تنكر عدم استلامها لأحد العروض[1]

1

ومراعاة هذه القواعد سيجنب أيضا الموردين أو المقاولين من أية احتمالات أو خوف من استبعاد عروضهم بحجة مخالفة القواعد المتعلقة بتقديم العروض المتضمن تنظيم الصفقات العمومية كما حددت المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ضرورة أن تشتمل العروض على ملف المترشح و عرض مالي وعرض تقني، كما يجب أن يوضع كلا من العارضين و ملف المترشح في ظرف منفصل ومقفل بإحكام مختوم ببين كل منهما مرجع طلب العروض وموضوعها، ويتضمنان عبارة" تقني "و" مالي"، وأن يوضع الظرفان في ظرف آخر مقفل بإحكام ويحمل عبارة" لا يفتح "إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض طلب العروض رقم – ..... موضوع طلب العروض" [1]

كما نص القانون الجزائري على وجوب النص في دفتر الشروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، على غرار المنافسة الوطنية، مصحوبة بشرط التزام المتعهد الأجنبي بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق الأمر بالمشاريع المقررة من طرف سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني في ظل المشاريع التابعة لاختصاصه، كما نص على العقوبات اللازمة تطبيقها في حالة الإخلال بما جاء في دفتر الشروط المتمثلة في الاعذار لتدارك ذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية، إلى عقوبات أكثر صرامة كإلغاء الإجراء أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة العمومية[2].

2. تقديم العروض:

تعرف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة،

[1] المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 ، الذي يحدد تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] المادة 49 من القانون رقم 23-12، المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المذكور سابقا.

وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة.[1]

تأتي أهمية القواعد والمعلومات المنظمة لهذه المرحلة في كونها تساعد على تحقيق النزاهة والشفافية في إجراءات التعاقد، ويعامل فيها جميع الموردين أو المقاولين على قدم المساواة، إذ من خلالها لا يقبل أي عرض يقدم بعد الوقت المحدد لتقديمه وينبغي تقديم العروض خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان عن طلب العروض في اليوميات الوطنية أو النشرة الرسمية للصفقات على أن يسري الأجل في اليوم الموالي لنشر الإعلان وفقا للقواعد العامة[2].

3.مرحلة فحص وتقييم العروض:

أسندت مهمة فتح الأظرفة في قانون الصفقات العمومية الجديد إلى لجنة واحدة متمثلة في الجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والتي تتشكل من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم، حيث أسندت إليهم مجموعة من المهام التي يمكن تلخيصها في تثبيت صحة التسجيل، وإعداد قائمة المرشحين حسب تاريخ وصول الأظرفة مع توضيح محتوى عروضهم، وقائمة الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال دعوة المرشحين عند الضرورة لاستكمال عروضهم التقنية، وبعدها تقوم نفس اللجنة بتقييم العروض بتنفيذها لمجموعة من المهام المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية والمتمثلة في إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط أو الموضوع الصفقة، العمل على تحليل العروض الباقية على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط تقوم باختيار أحسن عرض

[1] محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،م=ط 02،دار الثقافة،الاردن،1998،ص59.

[2] بختي هاجر، بن عبدي سمر، مرجع سابق، ص 25.

من حيث المزايا الاقتصادية طبقا لدفتر الشروط، الاقتراح على المصلحة المتعاقدة استبعاد بعض العروض بسبب تقييدها للمنافسة .[1]

ثانيا :المنح المؤقت وإرساء الصفقة

بعد تقديم العروض من طرف المتعاملين الاقتصاديين وبروز العرض الأفضل تمنح الصفقة مؤقتا لصاحبه، وبعدها ترسى عليه الصفقة في حالة قبولها من السلطة المختصة:

1.المنح المؤقت:

أدرج إجراء المنح المؤقت للصفقة أول مرة في المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، وفي نص المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا من أجل تكريس أكثر لمبدأ الشفافية فيما يخص إجراءات منح الصفقات العمومية، والذي يتم بعد إتمام إجراءات فحص العروض وانتقائها واختيار أفضل متعهد.

كما أدرجت في نفس المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15 – 247 طريقة الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة والتي تتم عن طريق الإعلان عنها في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض – عندما يكون ذلك ممكننا مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة، وبذلك يكون القانون قد أضفى على إبرام الصفقات العمومية شفافية أكثر بإعلان الفائز مؤقتا بالصفقة مع ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط لتمكين المتنافسين الآخرين من تقديم طعونهم أمام لجنة الصفقات العمومية .

وعليه أخضع القانون الجزائري المصلحة المتعاقدة إلى مجموعة من المعايير التي يجب التقيد بها في اختيار المتعاقد معها، وهذا من أجل ضمان عدم تمييز الإدارة بين العارضين أو

[1] بختي هاجر، بن عبدي سمر، مرجع سابق، ص 26.

تفضيل أحدهم عن الآخر، وهذا بموجب المادة 53 من القانون رقم 23-12 حيث ألزم الإدارة المعنية بالصفقة بإلزامية التطرق في دفتر الشروط إلى كل المعايير الضرورية الواجب توفرها في المتعامل المتعاقد ووزن كل معيار حتى يكون كل متنافس على علم بمعايير التقييم للمنح المؤقت للصفقة" .

يستند اختيار المصلحة المتعاقدة لأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إلى عدة معايير من بينها النوعية، أجال التنفيذ أو التسليم السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال، الطابع الجمالي والوظيفي، النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة القيمة التقنية الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية شروط التمويل عند الاقتضاء وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية.[1]

2. إرساء الصفقة:

بعد المنح المؤقت للصفقة للمتعامل الذي تطابق عرضه مع المواصفات والشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، يكون للسلطات المختصة السلطة التقديرية في إتمام عملية الإبرام مع المترشح المؤقت أو التصريح بعدم جدوى إجراء طلب العروض، إذ لا يعتبر مجرد الترشح المؤقت للصفقة، توقيع الصفقة بالضرورة من طرف السلطة المختصة .فبرجوع لنص المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة وهي الوزير بالنسبة لصفقات الدولة، مسؤول الهيئة العمومية، الوالي فيما يخص صفقات الولاية رئيس المجلس البلدي فيما يخص صفقات البلدية المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية في

[1] بختي هاجر، بن عبدي سمر، مرجع سابق، ص 28.

الصفقات المختص بها، وبعدها تأتي مرحلة إرساء الصفقة التي تقوم على مجموعة من الإجراءات لإضفاء الطابع النهائي والرسمي عليها.[1]

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 28.

المبحث الثاني :الأفعال التي يحضرها قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

تختلف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة باختلاف موضوعات القضايا المطروحة عليه وطبيعة الممارسات المقيدة للمنافسة المرتبطة بالصفقات العمومية وهذا ما سنوضحه من خلال النماذج التالية:

المطلب الأول :الاتفاقات المحظورة في مجال الصفقات العمومية.

بالرجوع إلى نص المادة 6 في فقرته الأخيرة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة نلاحظ أن القانون اعتبر كل اتفاق يهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في سوق معينة من أجل السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات، يعتبر ممارسة مقيدة للمنافسة.

الفرع الأول :الأشخاص التي يمكن أن يصدر منهم الاتفاق المحظور

يمكن أن تصدر الاتفاقات المحظورة من الأعوان الاقتصاديين أو من الأشخاص العمومية التي تمارس نشاطا اقتصاديا.

<u>أولا : الاتفاقات المحظورة الصادرة عن الأعوان الاقتصاديين</u>

يلجأ المتعاملين الاقتصاديين في مثل هذه الاتفاقات إلى التواطؤ فيما بينهم للحصول على الصفقة العمومية بأفضل الشروط، ويتحقق ذلك بلجوء فئة معينة من أصحاب العروض إلى إجراء اتفاق فيما بينهم على حساب أعوان آخرين[1]

[1] الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19،المتعلق بالمنافسة، ج .ر عدد 43،الصادرة بتاريخ 2003/07/20،المعدل والمتمم.

لينتهي هذا الاتفاق على تقديم عرض واحد أو عدة عروض متقاربة وتقديمها للإدارة أو الشخص العمومي طالب العرض، مما ينجر عنه إقصاء بعض منافسيهم منذ البداية، وبالتالي تكون بصدد ممارسة منافية للمنافسة.

ومثال ذلك اتفاق فئة معينة من الأعوان الاقتصاديين على حساب فئة أخرى على تقديم سعر واحد أو أسعار متقاربة للإدارة صاحبة العرض بهدف فوز أحدهما بالصفقة، وأساس هذه المخالفة للمنافسة له طابع مزدوج:

- من جهة تحديد السعر لم يكن نتيجة لعبة المنافسة بل بتواطؤ بعض الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم.
- من جهة أخرى تقليص وتقييد الدخول الشرعي للسوق الذي تقدمه الصفقة العمومية بالنسبة للأعوان الاقتصاديين الآخرين.[1]

ثانيا : الممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة.

بما أن الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن الإدارة العمومية من اختصاص القاضي الإداري، فإن الممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة باعتبار الإدارة العمومية عون اقتصادي أو المنفصلة عن إدارة متعاقدة صاحبة المشروع فإن الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عنها تكون محل متابعة من طرف مجلس المنافسة، وتعاقب إذا ثبت في حقها إبرام اتفاقات محظورة فيما بينها أو أي إخلال بقواعد المنافسة .[2]

[1] جليل مونية ،مرجع سابق ،ص 235

[2] المرجع نفسه،ص 252.

الفرع الثاني :شروط الاتفاق المحظور

تبني المشرع مبدأ حضر الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية إذا ما توفرت فيه العناصر الثلاث التالية وهذا من خلال نص المادة السادسة في فقرته الأخيرة:

أولا : وجود الاتفاق

يقصد به تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع أو الخدمات، ولا يقوم الاتفاق في غياب هذا الشرط3 . أي أن يقوم مجموعة من الأعوان الاقتصاديين بالاتصال بأعوان آخرين للاتفاق على عروض مماثلة بهدف الفوز بالصفقة العمومية مقابل اقتسام الأرباح بعد ذلك.

أما من حيث طبيعة الاتفاق فإنه ليس من الضروري أن يكون تعاقديا يولد التزامات متبادلة بين المتعاملين المعنيين كما هو معروف في القانون المدني، وإنما قد تكون في صورة ترتيبات ودية بين الأطراف المتواطئة تتمثل في مجرد تشاور بسيط، أو تبادل المعلومات حول أسس الخطة المراد تبينها[1] ، وعليه فإن هذه الاتفاقيات لا تفرض شكلا معينا، حيث لا يشترط أن يكون الاتفاق مكتوبا وهذا واضح من نص المادة السادسة السابقة الذكر، حيث يشمل النص الاتفاقات الصريحة وكذا الضمنية أما بالنسبة للقائمين بالتشاور فإنه مهما كانت طبيعتها فلا

[1] عماري بلقاسم،مجلس المنافسة،مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،وزارة العدل،المدرسة العليا للقضاء،الجزائر،2006/2005،ص 32.

تأثير لها حول الاتفاق سواء تعلق الأمر بأشخاص معنوية أو بين أشخاص طبيعية، لكن بشرط أن تمارس نشاط اقتصادي[1].

ثانيا : مساس الاتفاق بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية

لا يعتبر الاتفاق محظورا من وجهة نظر قانون المنافسة إلا إذا كان هدفه أو أثره هو تقييد أو عرقلة المنافسة في السوق، والشأن نفسه إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية .

إن المقصود بمساس الاتفاق بقواعد المنافسة في مرحلة إعداد الصفقة هو عدم مشروعيته التي تقدر وفقا لقواعد المنافسة، وعليه يعتبر التأثير على المنافسة في الصفقات العمومية شرط جوهري لعدم مشروعية هذه الاتفاقات وذلك مهما كانت طريقة التأثير على المنافسة، سواء كان على الصعيد الأفقي أو الرأسي، فالأول يقصد به تلك الاتفاقات التي تربط بين متعاملين من نفس القطاع ويشاركون في نفس الحصة من المناقصة، مثلا اتفاقات العرض الموحد، أما الثاني فالمقصود به تلك الاتفاقات التي تربط بين متعاملين في قطاعات مختلفة ويشاركون في حصص مختلفة من المناقصة مع توحيد الأسعار في عروضهم، بالإضافة إلى اتفاقات فيما بينهم التي تؤدي لا محالة إلى تقييد المنافسة[2].

ثالثا : العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية

يتحقق هذا الشرط في حالة ما إذا كان الضرر الذي ألحق بحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية من فعل الاتفاق المعني القائم بين الأطراف المتواطئة فيه، ومن خلال هذا

[1] ناصري نبيل،المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06-95 والأمر رقم 03-03،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،جامعة تيزي وزو،الجزائر،2004/2003،ص 64.

[2] صياد ميلود،مرجع سابق،ص 39.

الشرط نستخلص بأنه يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين عملية التشاور والاتفاق التي تجري بين عدة أطراف وما ينتج عن هذه العملية من أثار سلبية على حرية المنافسة[1].

رابعا : إثبات الاتفاق المحظور

إثبات الاتفاق المحظور أمام مجلس المنافسة أمر ضروري للحد من الممارسات أو الأعمال المديرة غير المشروعة في مجال الصفقات العمومية، ونظرا لصعوبة إثبات هذا الاتفاق الذي يتم غالبا عن طريق الدليل المادي الذي قلما يتوفر، كان لابد لمجلس المنافسة من الأخذ بجملة القرائن الجدية والكاملة التي يمكن تقديرها من خلال بعض المؤشرات والوقائع خاصة قبل إبداع العروض، وإلا أصبحت هذه القرائن ناقصة تستوجب التمعن فيها أكثر، وهذا خاصة مع التطور الفائق في طرق الاتفاقات من حيث طبيعة المعلومات المتبادلة ووقت تبادلها وأطراف المعلومات .كما أن العنصر الإثبات دورا كبيرا للتأكد من وجود العلاقة السببية بين الاتفاق المحظور والمساس بالمنافسة من عدمها . [2]

خامسا : الاستثناءات الواردة على الاتفاقات و الممارسات المقيدة للمنافسة

استثنى المشرع الجزائري بعض الممارسات من الحظر نظرا لمتطلبات واعتبارات معينة مرتبطة أساسا بشروط منصوص عليها في المادة 9 من الأمر 03-03 :

1. الممارسات المستثناة من الحظر:

نص المشرع على الممارسات المستثناة من الحظر في المادة 9 من الأمر 03-03 بنصه : "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذا تطبيقا له، يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 32.

[2] صياد ميلود،مرجع سابق،ص40.

شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، ولا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة" .

الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي:

بعد تعديل المشرع الجزائري لنص المادة 9 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغي الذي كان يستثني فقط الممارسات التي تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني، جاء في الأمر 03-03 المعدل والمتمم في مادته التاسعة باستثناء جديد والمتمثل في الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، وبمقتضي هذا الاستثناء فإن الممارسات والاتفاقات المحظورة طبقا لنص المادة 6 من نفس الأمر تصبح مشروعة، تستمد مشروعيتها من نص تشريعي أو تنظيمي لا غير، أي نص صادر عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في نطاق اختصاصها بمعنى أدق حتى يكون لهذا الاستثناء تطبيق في الواقع، فلابد أن تكون الممارسة في نطاق النشاطات الخاضعة للمنافسة، أي الصفقات العمومية حسب المادة 2 من القانون 08-12 المعدل للأمر 03-03 وأن تكون نتيجة حتمية لتطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له.

الممارسات التي تؤدي إلى تحقيق مصلحة:

جاءت المادة 9 من الأمر 03-03 في فقرتها الثانية باستثناءات تقتضي إخراج بعض الممارسات من نطاق الحظر الوارد في المادة 6 بالرغم من أنها مقيدة للمنافسة واعتبارها ممارسة مشروعة، غير أن شرعيتها هذه لا تستمدها من نص تشريعي، كما هو الأمر بالنسبة للممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي وإنما تستمدها من الترخيص الممنوح من قبل مجلس المنافسة للمؤسسات المعنية بهذه الممارسات والاتفاقات .[1]

[1] المادة9من 03_03 ، المعدل والمتمم ، المتضمن قانون المنافسة ، المذكور سابقا.

الشروط الواجب توفرها من أجل تطبيق هذا الاستثناء :

بالرجوع إلى نص المادة 9 من الأمر 03-03 يمكن استنتاج شرطين هما:

- **الشرط الموضوعي:**

يتمثل في ضرورة أن تهدف هذه الممارسات إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية[1].

- **الشرط الشكلي:**

يتمثل الشرط الشكلي في الترخيص الذي تسعى المؤسسات المعنية الحصول عليه من مجلس المنافسة عن طريق إثبات المصلحة المحققة من خلال الممارسات المحظورة . [2]

المطلب الثاني :التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في مجال الصفقات العمومية

نص الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على نوعين من الاستغلال التعسفي للقوة الاقتصادية للمؤسسة، يتمثل الأول في التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، أما الثاني يتمثل في الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية.

الفرع الأول :حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

تعد المراكز المهيمنة والاحتكارات حالات أو وضعيات مشروعة إلى غاية أن يتعسف فيها صاحبها، فتتقلب إلى ممارسات منافية للمنافسة وبالتالي غير مشروعة بالنظر لأحكام قانون المنافسة .ولما كانت الصفقات العمومية تحوز جزءا لا يستهان به في السوق نظرا لما تمثله من مبالغ مالية ضخمة خاصة بعد تنفيذها، أصبحت ميدانا للتنافس بين الأعوان الاقتصاديين

[1] المادة 09 من الأمر رقم 03-03، المعدل والمتمم ، المتضمن قانون المنافسة ،المذكور سابقا.

[2] صياد ميلود،مرجع سابق،ص 43.

وسعي كل واحد منهم على الحصول عليها مهما كلفه الأمر وبأي طريقة كانت، ولكن تستبعد عن هذا الإطار الأعوان الاقتصاديين أصحاب الاحتكارات القانونية، أولئك الذين لديهم الإمكانيات والمعرفة الفنية والتحكم في التكنولوجيا، الذين يقدمون عروضهم مصحوبة بشروط تفرض على الإدارة أو الشخص العمومي دون أن يكون لها الخيار في ذلك[1].

أولا : تعريف وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية

نكون أمام وضعية هيمنة في مجال الصفقات العمومية عندما يلجأ المتعاملين الى احتكار الهيمنة الفعلية عن طريق المراكز وباستعمال وسائل تشل وتعرقل المنافسة عن طريق اعتماد إستراتيجيات خاصة بهم دون الاستعانة بأعوان اقتصاديين آخرون فصاحب المركز الاحتكاري أو المركز المهيمن سيقدم عرضا كباقي الأعوان الاقتصاديين إلا أن عناصر عرضه ستكون جد مغرية بالنسبة للإدارة أو الشخص العمومي، وصعب منافستها من طرف العارضين الآخريين.[2]

وفي غالب الأحيان ترتبط هذه الوضعية بالقوة الاقتصادية التي تعطي للمؤسسة أو العون الاقتصادي القدرة الكافية على التصدي للمنافسة الفعلية على مستوى السوق المعنية، إذ تمكنه من توخي سلوك مستقل إزاء منافسيه وهو ما يجعله لا يتأثر بإستراتجيتهم.[3]

ثانيا :شروط حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق.

قام المشرع الجزائري بحظر كل تعسف مترتب عن وضعية الهيمنة على السوق إذا كان من شأنه تقييد المنافسة بتوفر شرطين يمكن استنتاجهما من نص المادة 7 من قانون المنافسة

[1] جليل مونية،مرجع سابق،ص 238.

[2] جليل مونية، مرجع سابق، ص 239.

[3] ناصري نبيل، مرجع سابق، ص 80.

حيث تنص: "يحضر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

_ الحد من الدخول في السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها.

_ تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.

_ اقتسام الأسواق ومصادر التموين

_ عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها.

_ 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 ".

بالرجوع إلى نص المادة السابقة يمكن تلخيص شروط تحقق التعسف في وضعية الهيمنة على السوق من أجل الحصول أو الفوز بالصفقة العمومية في:

1. تواجد المؤسسة في وضعية الهيمنة في السوق:

من خلال قراءة نص المادة السابعة المشار إليها أعلاه، فإن وضعية الاحتكار قد تمثل وضعية هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة تشمل على جميع حصص السوق الأمر الذي يجعلها لا تخضع إلى أية منافسة، وبالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تمركزا أكيدا للقوة الاقتصادية، ففي هذه الحالة فإن الفعل المحظور لا يتجسد في مجرد الهيمنة على السوق، وإنما يتمثل في استغلال هذه الهيمنة .أو بعبارة أخرى المشرع الجزائري لم يعتبر وضعية الهيمنة[1]

[1] عماري بلقاسم، مرجع سابق، ص 44.

على السوق من الممارسات المقيدة للمنافسة،وإنما التعسف في استخدام هذه الوضعية هو بمثابة احتكار ومخالفة لقانون المنافسة.[1]

2.التعسف في استغلال وضعية الهيمنة من أجل الحصول على الصفقة العمومية:

يطبق مفهوم التعسف على المؤسسة أو العون الاقتصادي الذي يسعى للحصول على امتيازات تجارية واقتصادية لا مبرر لها ما عدا الهيمنة على السوق والتعسف في استغلالها، أما وضعية الهيمنة فلقد عرفتها المادة 3/03 من قانون المنافسة على أنه" هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها"، أما التعسف في وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية فهي مرتبطة بمخالفة المؤسسة أو العون الاقتصادي لأحكام المادة 7 من الأمر 03-03 مستندا بذلك إلى مركزه الاحتكاري أو المهيمن.[2]

حرص القانون الجزائري على وضع حد لهذه الممارسات في كل تشريعاته الخاصة بالمنافسة والصفقات العمومية منذ انتهاجه للنظام الليبرالي، حيث نص في المادة 125 في فقرته الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى على" :غير أنه يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبتت أنه تترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت."[3]

[1] عماري بلقاسم،مرجع سابق،ص 44.

[2] بختي هاجر، بن عبدي سمر، مرجع سابق، ص 36.

[3] المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفقات العامة ،المذكور سابقا.

وهذا ما ذهب إليه أيضا قانون الصفقات العمومية الجديد في مادته 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث نص" :تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض الممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت .ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

يمكن أن تتجلى هذه الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية في تقديم المؤسسة المهيمنة أدنى سعر ممكن تصوره في الصفقة، أو حتى أقل بكثير من السعر الحقيقي الذي تمثله أو يقابل هذه الصفقة، فأمام هذا العرض لا يمكن لأي عون أن يتصدى لمنافسته وهذا ما يمكن التماسه من خلال المادة 4/72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث إذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل بعد أن تطلب كتابيا التوضيحات التي تراها ملائمة و التحقق من التبريرات المقدمة، و لذا فإن الإدارة عليها بذل جهدها لكشف الممارسات المشبوهة، ومن ثم رفض العرض المقبول إذا تبين لها أن الأعوان الاقتصاديين صدرت منهم ممارسات تزيف المنافسة، وكذا قيام المؤسسة المهيمنة بفرض شروطها على الأعوان الاقتصاديين الآخرين من شركاء أو غيرهم بقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع الصفقة العمومية مقابل الانسحاب منها.

إن ارتكاب هاته الممارسات من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية في السوق قابلة للمتابعة أمام مجلس المنافسة، وفي هذا الإطار يصدر المجلس مقررات يمكن تصنيفها كالآتي: [1]

[1] [1] المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفقات العامة ،المذكور سابقا.

عدم القبول: إن مجلس المنافسة إذا ما تبين له بأن الملفات المرفوعة إليه لا تدخل في إطار تطبيق المواد6 ،7 ،9 ،01 ،11 ، 12 من قانون المنافسة أو أن العرائض والشكوى المقدمة له لا تتضمن أحكاما قانونية وتنظيمية أو عناصر إثبات غير مقنعة بما فيه الكفاية يصدر مقرر بعدم القبول.

الرفض: وذلك في حالة إخطار المجلس من شخص غير ذي صفة، أو إذا كانت الوقائع المرفوعة إليه لا تدخل في إطار المصالح التي يكلف هذا الأخير بحمايتها، وعليه يتخذ مجلس المنافسة مقررا بالرفض لانعدام الصفة والمصلحة.

المتابعة: يتخذ مجلس المنافسة القرار بالمتابعة إن كانت القضايا المرفوعة أمامه من اختصاصه، أو بالتدخل التلقائي لوضع حد للممارسة المقيدة للمنافسة .[1]

الفرع الثاني :التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في مجال الصفقات العمومية

في السابق كان المنع والجزاء مفروضا على مجرد التعسف في وضعية الهيمنة في السوق، إلا أن المشرع الجزائري قد تأخر في تنظيم هذه الممارسة إلى أن صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر[2] 2000 بحيث أشارت المادة 05 منه على أنه" :تحدث هذه الحالة في غياب بديل".ولكن لم يتم تنظيم هذه الممارسة بصفة واضحة إلا بصدور الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بعدما كانت صورة من صور التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في ظل القانون السابق للمنافسة.

[1] جليل مونية، مرجع سابق، ص 240.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 2000/10/14،يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الاعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة،ج.ر عدد 61،الصادرة بتاريخ 2000/10/18.

أولا:تعريف التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في مجال الصفقات العمومية.

يقصد به لجوء بعض المؤسسات القوية اقتصاديا إلى فرض بعض الشروط التعسفية على المؤسسات التي تتواجد في حالة تبعية لها من أجل استبعادها من الصفقات العمومية المعروضة .وقد عرفه المشرع في نص المادة 4/3 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنها : "يقصد بها تلك العلاقة التجارية التي لا يكون فيها المؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا."

والجدير بالذكر أن القانون لا يعاقب على التبعية الاقتصادية، وإنما يعاقب على الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية، وهذا ما نستنتجه من خلال نص المادة 11 من الأمر-03 03المتعلق بالمنافسة "يحضر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية المؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة، يتمثل هذا التعسف على الخصوص في :"...

- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.
- كل عمل أخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق[1]" .

ثانيا:الممارسات التعسفية في مجال الصفقات العمومية

قد ذكرت المادة 11 المشار إليه أعلاه بعض حالات التعسف الناتج عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية نذكر منها :قطع العلاقات التجارية مجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة تقوم المؤسسة المستغلة لوضعية التبعية الاقتصادية بقطع العلاقات التجارية بمجرد رفض المتعامل الخضوع للشروط التجارية المفروضة عليه، وهذا ناتج عن القوة التعاقدية

[1] المادة 11 من الأمر رقم 03-03، المعدل والمتمم ، المتضمن قانون المنافسة ،المذكور سابقا.

التي تسمح لها أن تملي على أعوان اقتصاديين أخريين شروطا معينة من أجل الانفراد للفوز بالصفقة[1].

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 39.

ملخص الفصل

إن الإدارة تكون ملزمة بإتباع إجراءات التعاقد المفروض عليها قانونا، والتي يسبق في ذلك إعداد دفتر الشروط متضمن كل البيانات الأساسية والتي تساهم في إعلام الراغبين في التعاقد أو المنافسة، واعتبار ذلك من المراحل الأساسية والمهمة التي لها تأثير كبير ومهم على المنافسة، والتي تليها الدعوة للمنافسة حيث يتم على أساسها الإعلان عن الصفقة عن طريق الوسائل القانونية، ومع الأخذ بعين الاعتبار المدة القانونية اللازمة لتحضير العروض من طرف المترشحين وتقدم في الآجال المحددة والمستوفية الشروط مع إمكانية تمديدها من طرف المصلحة المتعاقدة بما يكفل المنافسة النزيهة لمبدأي المنافسة والإشهار، حيث يتضح ذلك أثناء دراسة العروض من خلال اعتماد أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة الذي بدوره يكرس مبدأ المنافسة والذي يعتبر القاعدة الأساسية للتعاقد والذي يجسد حضور مبدأ المنافسة خلافا لإجراء التراضي، حيث أوكلت مهمة الدراسة إلى لجنة فتح الأظرفة وتقديم العروض من خلال الطابع الجماعي، والتي تلعب دورا مهما في مرحلة الفحص والتقييم للعروض لتحقيق الفعالية وتجسيد الثقافية والنزاهة بانتهاجها لمبدأ الحياد في الدراسة، فهي بمثابة الضابطة للمنافسة في هذه المرحلة.

الفصل الثاني:دور القضاء العادي والإداري في حماية المنافسة في الصفقات العمومية

تمهيد

إن دور القضاء لم يعد ينحصر في البت في النزاعات بين الأطراف فقط، بل أصبح يلعب دورا مهما على مستوى تحقيق التنمية الشاملة وترسيخ دولة القانون فالعالم منذ أواخر ثمانينيات القرن الماضي أصبح يتكلم لغة اقتصاد السوق وهيمنة عولمة الاقتصاد، وبالتالي أصبحت العلاقة بين القضاء والاقتصاد من الموضوعات التي تستأثر باهتمام مجموعة كبيرة من رجال الاقتصاد والقانون، وغيرهم من متتبعي الشأن العام.

إن النظام القانوني في أي دولة ينبغي أن يتيح للقاضي الدور المأمول في حمايتها، وهو ما تبنته التشريعات المنظمة لقواعد المنافسة في الجزائر، التي جعلت الرقابة على تطبيق قانون المنافسة والتصدي للممارسات المنافية للمنافسة موزعة بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية بصفة عامة، حيث يظل للقضاء اختصاص الرقابة على الممارسات المنافية للمنافسة، وعليه قسمنا هذا الفصل لمبحثين نتناول اختصاص القضاء العادي في مجال قمع الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية في المبحث الأول، في المبحث الثاني دور القضاء الإداري في المنافسة في الصفقات العمومية.

المبحث الأول :اختصاص القضاء العادي في مجال قمع الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

إن تطبيق قانون المنافسة موزع بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية، فإلى جانب المادة الأمر2/04 03-03. التي تنص على ما يلي : "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12أعلاه، أو تستند على المادة 09 "،فدور القضاء يتعلق الأمر بالمواد 13 و48 ، 63 من الأمر03-03.

المطلب الأول :اختصاص القاضي المدني في مجال الصفقات العمومية

رغم أن مجلس المنافسة هو المكلف بحماية السوق وإرساء قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، إلا أنه هناك بعض المهام لا يستطيع أن يقوم بها، تدخل في اختصاص القضاء، خاصة إذا ما تعلق الأمر بإبطال الالتزامات المتعلقة بتقييد المنافسة أو بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن الممارسات المقيدة للمنافسة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 13 التي تنص على أنه" دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر يبطل كل التزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6،7،10،11،12." [1]

الفرع الأول :إبطال الاتفاقات المقيدة للمنافسة لمنع المقاولون للفوز بالصفقة العمومية

تستأثر الهيئات القضائية وبالتحديد المحاكم المدنية، بإبطال الالتزامات التعاقدية والبنود المنافسة للفوز بالصفقة، ويجب التأكيد في هذا المقام على الاختصاص العام للقضاء المدني بالنظر في القضايا المدنية والتجارية على حد سواء في ظل غياب جهة فضائية مستقلة تختص بالنظر في المنازعات التجارية .

[1] المادة 2/4من الأمر 03_03المعدل والمتمم ، المتضمن قانون المنافسة ، المذكور سابقا.

حتى يتمكن أي شخص (مقاول) من طلب إبطال التصرفات المقيدة للمنافسة أمام القضاء لابد من توفر شروط تتعلق بسبب رفع الدعوى وشروط تتعلق بصاحب الدعوى وأخرى لها علاقة بميعاد رفع هذه الدعوى.

أولا: دعوى الإبطال

تتعلق دعوى الإبطال بتلك الممارسات المقيدة للمنافسة التي نص عليها المشرع بموجب المواد6 ،7 ،10 ،11 ، 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والمتمثلة في الاتفاقات المحظورة التعسف في وضعية الهيمنة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية بشرط ألا تكون مرخصة بموجب المادتين 8 و 9 من نفس الأمر لكونها ممارسات مستثناة من مجال تطبيق البطلان.

ثانيا : الأشخاص المؤهلة بطلب الإبطال

تعتبر المصلحة والصفة شرط من شروط رفع أي دعوى قضائية، حيث تنص المادة 13 من القانون رقم 08-09[1] على أنه" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون."

بالرجوع الأحكام قانون المنافسة، نجد أن المشرع يهدف من ورائها تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان منافسة نزيهة ومن ثم تعتبر من قواعد النظام العام، وبالرجوع لأحكام القانون المدني نجد المادة 102 تنص على أنه" إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة . "[2]

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25،المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج .ر عدد 21،الصادرة بتاريخ 2008/04/23،المعدل والمتمم.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26،المتضمن القانون المدني،ج.ر عدد 78،الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

ثالثا : ميعاد طلب البطلان

لم يتضمن قانون المنافسة ميعاد رفع دعوى البطلان، وعليه لابد من الرجوع للقواعد العامة التي تحكم دعوى البطلان، حيث تنص المادة 2/102 من القانون المدني على أنه" لا تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد."

وبما أنها دعوى البطلان تحكمها القواعد العامة فسكوت المشرع عن تحديد ميعاد رفعها لم يكن سهوا منه وإنما لفتح المجال أمام كل متضرر للمطالبة بالبطلان.

رابعا : الجزاء المترتب على دعوى البطلان

إن الجزاء المترتب على رفع دعوى البطلان ما هو في الحقيقة إلا الحكم بإبطال التصرف أو الاتفاق الذي من شأنه أن يقيد من المنافسة، بحيث يصبح ذلك الاتفاق كأنه لم يكن، إلا أن القاضي لا يمكنه تقرير البطلان إلا بعد صدور قرار من مجلس المنافسة بأنها ممارسة ما تشكل ممارسة محظورة، ولا تندرج ضمن الممارسات المرخص بها قانونا[1].

إلا أنه من الناحية العملية هناك تردد كبير من طرف القضاة في اللجوء إلى مجلس المنافسة على الرغم من أهميته خاصة فيما يتعلق بتكييف الوقائع وتقرير العقوبات التي تساهم في حل النزاع بشكل أسرع .[2]

بالرجوع إلى المادة 13 من الأمر 03-03 التي تنص على أنه دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد11" ،01.7.6، 12 أعلاه،يتضح أن المشرع يرخص بإمكانية عدم امتداد البطلان إلى العقد في مجمله وهو ما تبناه المشرع ضمن نصوص القانون

[1] المادتين 08 و09 من الأمر رقم 03-03، المعدل والمتمم ، المتضمن قانون المنافسة ، المذكور سابقا.

[2] المادة 38 من الأمر رقم 03-03، المعدل والمتمم ، المتضمن قانون المنافسة ، المذكور سابقا.

المدني، حيث تنص المادة 104 منه على أنه" :إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال في هذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"

بمعنى أنه عند تقدير الإبطال لابد من تحديد طبيعة الشرط التعاقدي بحد ذاته، فإذا كان الشرط بعد جوهريا في العقد بمعنى لا يمكن أن ينفذ بدونه ففي هذه الحالة لا مجال إلا لإبطال التصرف المقيد للمنافسة، أما إذا تأكد استمرار الاتفاق وتنفيذه رغم زوال الشرط فهنا يبطل الشرط دون العقد.[1]

وعليه فالبطلان يمكن أن يكون جزئيا حيث يمكن إبرام عقد جديد مطابق للقانون ليحل محل العقد السابق.

الفرع الثاني :التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة المنافسة المقاولين

تنص المادة 48 من الأمر 03-03 على أنه:" يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به."

يتضح أنه يحق لكل شخص يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة اللجوء مباشرة إلى القضاء للمطالبة بالتعويض والحصول عليه.[2]

<u>أولا : أساس دعوى التعويض</u>

تجد دعوى التعويض أساسها القانوني في المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " : كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان

[1] منيش نوال،الرقابة في مجال المنافسة في القانون الجزائري،رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال،جامعة الجزائر 2013،2014/1،ص 117.

[2] المادة 02 من الأمر رقم 08-09،المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم ، المذكور سابقا.

سبب في حدوثه بالتعويض"، أما الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة قتم تكريسه بموجب قانون المنافسة في المادة 48 من الأمر 03-03 التي تنص على أنه:" يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به ."وعليه لابد من توفر كل الشروط التي تستلزم قيام المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية[1].

1. وجود خطأ:

يعرف الخطأ على أنه :"إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المحل إياه والخطأ وفقا لأحكام قانون المنافسة ينصرف إلى كل الممارسات المحظورة التي يمكن للأعوان الاقتصاديون القيام بها و يقع على مجلس المنافسة إثباتها."[2]

2.وجود ضرر ناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة:

يعرف الضرر بأنه كل مساس بمصلحة أو حق مشروع للشخص، وقد يكون هذا الضرر محققا أو على وشك الوقوع، وبالنسبة للضرر في إطار قانون المنافسة فيتمثل في الأضرار التي تترتب على الممارسات المقيدة للمنافسة كمنع مؤسسة من الدخول إلى السوق بطريقة تعسفية أو رفض البيع بدون مبرر شرعي.

3. وجود علاقة سببية بين الممارسة المحظورة والضرر المترتب عنها:

يقصد بالعلاقة السببية أن يكون الفعل المرتكب وهو أحد الممارسات المحظورة المنصوص عليها في قانون المنافسة، السبب في حدوث الأضرار المترتبة عنها.

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر، مرجع سابق، ص 45.

[2] المرجع نفسه،ص 45.

ثانيا : الأشخاص الذين يحق لهم طلب التعويض

إن نص المادة 48 المشار إليها سابقا، جاء صريحا بمنح الإمكانية لكل شخص يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض[1].

ثالثا : ميعاد رفع دعوى التعويض

لم يخضع المشرع الجزائري دعوى التعويض المرتبطة بالممارسات المرتبطة بالمنافسة المواعيد معينة ومن ثم لابد من الرجوع للقواعد العامة ونجد أن القانون المدني نص على:" تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة من وقوع الفعل الضار " .[2]

وبناءا عليه فإن دعوى التعويض المترتبة عن الممارسات المقيدة للمنافسة تسقط بمرور 15سنة من وقوع الفعل الضار.

رابعا : الجزاء المترتب عن دعوى التعويض

متى اقتنع القاضي بوجود ضرر واقع على طالب التعويض، فإنه يحكم لصالح المتضرر.

بما أن دعوى التعويض تحكمها القواعد العامة فإن تقدير التعويض أيضا تحكمه القواعد العامة التي تمنح للقاضي المدني السلطة التقديرية في ذلك، حيث تنص المادة 182 من القانون المدني على أنه :"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...".

غير أن القاضي الناظر في مسألة التعويض قد تصادفه مشاكل عديدة في تحديد مقدار التعويض، بالنظر الخصوصية نزاعات قانون المنافسة، الأمر الذي يدفعه للبحث عن حلول أو

[1] منيش نوال،مرجع سابق،ص 118.

[2] المادة 133 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني ، المعجل والمتمم ،المذكور سابقا.

أساليب قانونية تمكنه من حل هذا المشكل، فالحكم بالتعويض الجزائي أو الرمزي لا يخدم مصالح الأشخاص المتضررة وقد لا تؤدي إلى قمع الممارسات المرتكبة وعدم ضمان وقوعها مستقبلا.[1]

ولحل هذا المشكل للقاضي الخيار بين تطبيق قواعد المسؤولية المدنية بطريقة كلاسيكية كما يمكنه أن يعتمد على نصوص المواد 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بتعيين خبير، حيث تنص المادة 125 منه على أنه "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية أو تقنية أو عملية محضة للقاضي."

إلا أن الاستعانة بخبير تطرح مشكل آخر يتعلق بالمحافظة على السر المهني الخاص بأعمال العون الاقتصادي، وتفادي إفشائه من جهة ومن جهة أخرى يجد القاضي نفسه مجبرا على ذكر الأسباب التي تبرر لجوءه للخيرة . [2]

وفي ظل كل هذه المشاكل يمكن للقاضي مواجهة مشكلة تقدير التعويض بالاعتماد على السلطات المخولة له قانونا، قله أن يأمر بحضور الخصوم شخصيا في الجلسة للحصول منهم على توضيحات بشأن القضية، أو الأمر بإجراء تحقيق،[3]ومن أجل الوصول إلى الحكم بالتعويض يتعين على القاضي المدني المعروض عليه النزاع تكييف الوقائع المعروضة عليه وفقا لأحكام قانون المنافسة والتأكد من عدم دخول هذه الممارسات ضمن الممارسات المشروعة وله في ذلك إمكانية اللجوء إلى مجلس المنافسة لطلب الاستشارة باعتباره الهيئة المختصة بذلك، حيث تنص المادة 38 من الأمر 03-03 على أنه يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة.

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 47.

[2] المادة 128 من القانون رقم 08-09، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[3] المادة 27 و28 من القانون رقم 08-09، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم المذكور سابقا.

ولا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاجتماع الحضوري، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية.

تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة بناء على طلبه المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة للوقائع المرفوعة إليه[1].. "

يتضح أن دور القاضي المدني عند النظر في مثل هذه القضايا غير مقيد بالقرار الصادر عن مجلس المنافسة، كما أنه ليس بالضرورة أن تكون القضية مرفوعة أمامه قد سبق عرضها على مجلس المنافسة، الأمر الذي يؤكد أن القاضي يتمتع بكامل الاستقلالية ورأي مجلس المنافسة ما هو إلا استشارة جوازيه[2].

إلا أنه هناك تردد كبير من طرف القضاة في استعمال هذا الإجراء على الرغم من أهميته، فاللجوء إلى مجلس المنافسة من شأنه المساهمة في حل النزاع بشكل أسرع، بالنظر الطبيعة المعاملات التجارية التي تتصف بالسرعة[3].

المطلب الثاني :الاختصاص الخاص للغرفة التجارية المجلس قضاء الجزائر العاصمة

تنظر المجالس القضائية في قضايا المنافسة بصفتها قاضي استئناف فهي تنظر في الطعون بالاستئناف الصادرة ضد أحكام المحاكم التجارية، كما تنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات مجلس المنافسة بموجب المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

وعليه سنتناول الطعن في أحكام المحاكم التجارية (أولا) ثم الطعن في قرارات مجلس المنافسة (ثانيا).

---

[1] المادة 38 من الأمر رقم 03-03، المتضمن قانون المنافسة ، المعدل والمتمم ،المذكور سابقا.

[2] منيش نوال،مرجع سابق،ص 119.

[3] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 48.

الفرع الأول : الطعن في أحكام المحاكم التجارية.

يعتبر الطعن في الأحكام التجارية، وسيلة يمكن بمقتضاها للخصوم الطعن بالتظلم من الأحكام الصادرة عليهم قصد إعادة النظر فيها، سواء عن طريق الاستئناف أو الطعن بالنقض حسب القانون.

وبناءا عليه فمن حق الشخص المتضرر من ممارسة مقيدة المنافسة في مجال الصفقات العمومية الذي رفع دعواه التعويض على مستوى الدرجة الأولى ولم يكن الحكم في صالحه الحق في إعادة طرحه أمام الغرفة التجارية للمجلس القضائي للفصل فيه من جديد . [1]

ويتم رفع الاستئناف بنفس الشروط المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الآجال.

وتبعا للقواعد العامة في استئناف الأحكام فإن قرار الغرفة التجارية مجلس قضاء الجزائر يمكن أن يتضمن إما رفض الطعن في الموضوع، وبذلك يصبح حكم المحكمة نهائيا، وإما أن يصدر قرار بتعديل الحكم كأن يتضمن غرامة مالية مبالغ فيها فيقرر القاضي تخفيضها، وإما أن يقرر إلغائه.إلا أن وصول القاضي إلى إلغاء الحكم أو تعديله أو تأييده ناتج عن بحثه حول ما إذا كان قاضي الدرجة الأولى على مستوى المحكمة، قد أصاب في التكييف المعطى للوقائع أسس حكمه بالاستناد إلى أحكام قانون المنافسة[2].

وبعد صدور قرار مجلس قضاء الجزائر ترسل نسخة منه إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى رئيس مجلس المنافسة حسب نص المادة 70 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة . [3]

---

[1] المادة 339 من القانون رقم 08-09، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 49.

[3] المادة 70 من الأمر رقم 03-03، المتضمن قانون المنافسة ، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

ومهما كان القرار عن الصادر عن مجلس قضاء الجزائر فيبقى للطاعن الحق في الخيار بين تنفيذه أو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

وحسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيتم رفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا كما يجوز أن ترفع بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم موضوع الطعن بالنقض.

أما عن آجال الطعن بالنقض يرفع في أجل شهرين (02) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه، إذا تم شخصيا ليمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر (03) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار[1].

إذا نقض القرار المطعون فيه تحيل المحكمة العليا القضية إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت القرار بتشكيلة جديدة وإما أمام جهة فضائية أخرى من نفس النوع والدرجة.

ويتطبيق ذلك على قضايا المنافسة بين المقاولين، فإذا نقض القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، من طرف المحكمة العليا تقضي بإعادة القضية إلى نفس الغرفة التجارية المجلس قضاء الجزائر مشكلة بتشكيلة أخرى وذلك لكون الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر تنفرد باختصاص النظر في الطعن في قرارات مجلس المنافسة.

وبناء عليه فالتشكيلة الجديدة للغرفة التجارية تقرر في الحال، إذا كانت عناصر الملف تسمح بذلك، وإلا فإنها تأمر بإجراء تحقيق إضافي معمق أو بإجراءات المعاينة أو بإجراءات الخبرة، حتى تصبح القضية جاهزة للفصل فيها من جديد فتقرر بما تراه مناسبا . [2]

[1] المادة 354 من القانون رقم 08-09،ا المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم لمذكور سابقا.

[2] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 50.

ويترتب عن الطعن بالنقض ضد قرارات الغرفة التجارية مجلس قضاء الجزائر أمام المحكمة العليا إعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل القرار المنقوض فيما يتعلق بالنقاط التي شملها النقض كما يترتب عليه وبدون الحاجة لاستصدار حكم جديد الإلغاء بالنتيجة لكل حكم صدر بعد القرار المنقوض جاء تطبيقا أو تنفيذا له أو كان له ارتباط ضروري به .[1]

وإضافة إلى اختصاص المحكمة العليا بالنظر في الطعن بالنقض في قرارات المحاكم والمجالس القضائية في مجال الصفقات العمومية، تنظر أيضا في الطعن بالنقض المتعلق بالتعويض والبطلان من خلال الغرفة التجارية والمدنية التابعة لها مع استبعاد اختصاص الغرفة الجنائية كنتيجة حتمية الأبعاد القاضي الجنائي عن مجال تطبيق المنافسة الحرة بين المقاولين.[2]

الفرع الثاني :الطعن في قرارات مجلس المنافسة

يتمتع القاضي التجاري في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة بين المقاولين بدور فعال، باعتبار أنه القاضي الذي يمكنه ممارسة الرقابة على قرارات مجلس المنافسة ويمكن إلغاؤها، حيث ورد في المادة 63 فقرة 01 من الأمر 03-03 أنه:"تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا من تاريخ استلام القرار"، ويرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 :"في أجل عشرين يوما...".

[1] 364 من القانون رقم 08-09، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] منيش نوال،مرجع سابق،ص 121.

يتبين من هذا النص أن قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالمضمون ومنها القرار بعدم قبول الإخطار أو عدم متابعة الإجراءات وتسليط العقوبات وتوجيه الأوامر إلى المعنيين بمخالفة قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية بين المقاولين تكون قابلة للطعن أو التعديل أو الإلغاء أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية[1].

كما يتضح أيضا من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد رتب الإجراءات الخاصة بالطعن والجهة المختصة بذلك، والأطراف التي يحق لها التمسك بالطعن، والميعاد الذي يجب أن ترفع فيه الدعوى.

أولا : الإجراءات الخاصة بالطعن ضد قرارات مجلس المنافسة المرتبطة بالصفقات العمومية

لقد لخص المشرع في المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة إجراءات الطعن فيما يلي:"أول إجراء يبتدئ به الطعن هو تسجيل عريضة الطعن على مستوى مجلس قضاء الجزائر العاصمة، وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

وبعد إبداع الطعن ترسل نسخة منه إلى رئيس مجلس المنافسة والوزير المكلف بالتجارة عندما لا يكون هذا الأخير طرفا في القضية، ثم يقوم المستشار المقرر بإرسال نسخة من المستندات الجديدة المتبادلة بين أطراف القضية إلى الوزير المكلف بالتجارة، وإلى رئيس مجلس المنافسة قصد الحصول على الملاحظات المحتملة، ويمكن للوزير المكلف بالتجارة ورئيس مجلس المنافسة تقديم ملاحظات مكتوبة في آجال يحددها المستشار المقرر، ثم يتم تبليغ هذه الملاحظات إلى أطراف القضية، وأخيرا ترسل القرارات الصادرة عن مجلس قضاء الجزائر إلى الوزير المكلف[2].

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 51.

[2] منيش نوال،مرجع سابق،ص 122.

بالتجارة وإلى رئيس مجلس المنافسة، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد الجهة المخولة بإرسال هذه القرارات، كما أنه حصر الأطراف المرسل إليها في كل من الوزير المكلف بالتجارة ورئيس مجلس المنافسة . [1]

ثانيا : الجهة المختصة بالطعن

لقد حددت المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الجهة المختصة بالطعن في قرارات مجلس المنافسة، في الغرفة التجارية المجلس قضاء الجزائر وذلك بنصها : تكون قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية ... ".

وتحويل الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، حق النظر في الطعون المرفوعة ضد قرارات مجلس المنافسة يمنح لها الحق في إلغاء أو تعديل أو تأييد هذه القرارات.

غير أنه قبل أن يتقرر إلغاء أو تعديل أو تأييد القرار الصادر عن مجلس المنافسة يخضع هذا الأخير لمراقبة القاضي للفصل في مشروعيته سواء من الناحية الداخلية أو الخارجية .تتمثل الرقابة الداخلية في تأكد القاضي من أن مجلس المنافسة لم يرتكب خطأ في تقدير الوقائع وتطبيق قانون منافسة على المقاولين خاصة فيما يتعلق بتحقيق مبدأ التناسب والملائمة بين الفعل المرتكب والجزاء المسلط[2].

أما المشروعية الخارجية، فتتمثل في مراقبة القاضي لمدى احترام مجلس المنافسة لاختصاصه صلاحياته المخولة له قانونا، ومدى احترامه للقواعد الشكلية لقراراته خاصة فيما يتعلق بالتسبيب.[3]

---

[1] منيش نوال،مرجع سابق،ص 124.

[2] لخضاري أعمر،إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة،مداخلة في الملتقى الوطني:"سلطات الضبط القضائية،جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ،أيام 23و27 مارس 2007،ص 269.

[3] منيش نوال،مرجع سابق،ص 123.

فإذا تبين للقاضي أن القرار المعروض عليه قد تم اتخاذه طبقا للشروط الإجرائية والموضوعية ولا يشوبه أي عيب يعرضه للإلغاء أو التعديل، يصدر قرار بتأييده، أما إذا كان القرار مشوبا بإحدى عيوب المشروعية سواء عيب عدم الاختصاص أو عيب السبب أو العيوب الأخرى، قرر القاضي إلغائه[1].

ويكون للطاعن في هذه الحالة الخيار بين تنفيذ القرار الصادر عن الغرفة التجارية المجلس قضاء الجزائر، أو الطعن بالنقض أمام الغرفة التجارية لدى المحكمة العليا.

ثالثا : الأطراف المعنية بالطعن

إن الأشخاص الذين يحق لهم رفع الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية حددتها المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في كل من أطراف القضية، ويتمثل هؤلاء في كل الأشخاص الذين لهم علاقة مباشرة بالقضية والذين تضرروا من قرار مجلس المنافسة المتخذ في حقهم، بالإضافة إلى الوزير المكلف بالتجارة باعتباره يملك صلاحية إخطار مجلس المنافسة حيث منحه أيضا صلاحية الطعن في قراراته.

ولم يغفل المشرع من خلال الأمر 03-03- المتعلق بالمنافسة ما يعرف باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حيث أقر بموجب المادة 68 منه للأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة وليسوا أطرافا في الطعن التدخل في الدعوى أو أن يلحقوا بها في أي مرحلة من مراحل الإجراء الجاري طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن المسائل التي فصل فيها المشرع الجزائري مسألة الأجال القانونية التي يجب التقيد بها عند رفع الدعوى وهي شهر واحد من تاريخ تبليغ القرار وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 63فقرة 01 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة .

[1] بختي هاجر،بن عبدي سمر،مرجع سابق،ص 53.

أما عن القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة، فيمكن القول أن القاعدة العامة هي عدم جواز إخضاعها لمبدأ وقف التنفيذ، إلا أنه استثناءا يمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر أن يأمر بوقف تنفيذ التدابير التحفظية المتخذة من طرف مجلس المنافسة كلما استدعت الظروف والوقائع الخطيرة ذلك .

هناك إمكانية شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة مكرسة في إطار أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في نص المادة 63 منه التي تنص على أنه ..." يمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر في أجل لا يتجاوز خمسة عشرة يوما أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة"

والجدير بالذكر أن وقف التنفيذ يكون خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي[1]، حيث يكون لهذا الأخير سلطة تقدير الظروف والوقائع الخطيرة لتحديد مدى توفرها من عدمه، ومع ذلك تبقى سلطته مقيدة إذا كان الطلب الرامي لوقف التنفيذ يتعلق بتدابير التخذها مجلس المنافسة[2]، والمادة 63 واضحة الأمر يتعلق برئيس مجلس قضاء الجزائر العاصمة.

واستبعاد المشرع لوقف التنفيذ كأثر للطعن ضد قرارات مجلس المنافسة يعود إلى دعمه للدور القوي الذي يلعبه هذا الأخير في ضبط السوق وحماية المصالح الاقتصادية حتى لا تصبح قراراته غير مجدية في مواجهة مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة[3] .مما يؤكد أنه هناك

[1]Rachid ZOUAIMIA,Le régime contentieux des autorités administrative indépendantes en droit Algerien,Revue de l'ecoule d'administration n°01,2005,P.30.

[2] هديلي احمد،سلطات القضاء في شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة،الملتقى الوطني:"سلطات الضبط القطاعية"،جامعة بجاية،الجزائر،أيام 23و24 ماي 2007.

[3] عيساوي عز الدين،السلطة القمعية للهيئات الادارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي،رسالة ماجستير في قانون الاعمال،جامعة تيزي وزو،الجزائر،2005/2004،ص 98.

نوع من التحفظ في تقرير وقف التنفيذ وهو أمر منطقي، فالتساهل في تقرير هذا الأخير يشكل تهديدا لفعالية قرارات مجلس المنافسة.

لا يمكن تقرير مبدأ وقف التنفيذ المنصوص عليه في قانون المنافسة إلا استثناءا ويتوفر مجموعة من الشروط يمكن اختصارها فيما يلي:

1. عدم المساس بأصل الحق:

بمعنى أن قاضي الاستعجال أو الأمور المستعجلة عندما يبحث في الأسباب الجدية للقضية، فهو لا يفصل فيها و إنما يريد من ورائها الموازنة بين مراكز الخصوم لمعرفة ما إذا كان طالب الوقف الأجدر بالحماية المؤقتة أم لا، دون أن يكون رأيه قطعي فيها[1].

2. ضرورة تقديم طعن أصلي ضد قرار مجلس المنافسة قبل التقدم بطلب وقف التنفيذ:

أي أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت أمام الغرفة التجارية مجلس قضاء الجزائر ضمن الأجال القانونية وهي شهر من تاريخ استلام القرار، بالنسبة لقرارات الصادرة في المضمون وعشرون (20) يوما فيما يخص القرارات المتعلقة باتخاذ الإجراءات التحفظية حيث تنص المادة 2/69من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه:" يودع صاحب الطعن الرئيس أو الوزير المكلف بالتجارة طلب وقف تنفيذ ولا يقبل الطلب إلا بعد تقديم الطعن الذي يجب أن يرفق بقرار مجلس المنافسة."

ويتم طلب وقف التنفيذ طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، وهو ما تؤكده المادة 1/69 من نفس الأمر، ويكون ذلك في شكل عريضة موجهة لرئيس المجلس القضائي من طرف صاحب الطعن الرئيسي أو الوزير المكلف بالتجارة، أما إذا لم يكن هذا الأخير طرفا في القضية يقوم رئيس المجلس القضائي بطلب رأيه.

[1] منيش نوال،مرجع سابق،ص 125.

أما عن أثر وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة، فيمكن القول أن قاضي الموضوع لا يتقيد بالحكم الخاص بوقف التنفيذ لأنه قد يرفض الإلغاء عندما يبحث في موضوع الدعوى من كل جوانبها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن رفض طلب وقف التنفيذ لا يشير إلى ضرورة الحكم برفض دعوى الإلغاء، ذلك أن قاضي الاستعجال عندما يفصل في وقت التنفيذ إنما يبحث في أمر مستعجل، لكن قاضي الموضوع يتعمق في البحث والتفحص لكل جوانب الدعوى، فهو حكم قطعي له حجية مؤقتة معلقة على شرط فاسخ وهو رفض دعوى الإلغاء أما إذا صدر حكم بإلغاء القرار المطعون فيه فإن الحكم يلغي القرار ويعدمه من تاريخ صدوره بأثر رجعي وهذا يعني إستمرار الحكم الخاص بوقف التنفيذ .[1]

أما بالنسبة للطعن في قرارات رفض التجميع فقد أخضعها الأمر 03-03- المتعلق بالمنافسة الاختصاص مجلس الدولة، وعي بذلك تخرج من نطاق اختصاص الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، حيث تنص المادة 19 من نفس الأمر على أنه " يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة. "

يعود السبب الرئيسي لإخراج المشرع التجميعات الاقتصادية من نطاق اختصاص القاضي العادي وإدراجه ضمن اختصاص القاضي الإداري، لتوحيد الإجراءات فيما يخص الجهة المختصة بالنظر في الطعون المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة بين المقاولين للفوز بالصفقة، وتمييزها عن التجميعات الإقتصادية، لأن المشرع حسب الأمر 03-03- المتعلق بالمنافسة لا يضفي صفة الممارسات المقيدة للمنافسة[2].

[1] هديلي أحمد،مرجع سابق،ص 304.

[2] منيش نوال،مرجع سابق،ص 126.

المبحث الثاني :دور القضاء الإداري في مجال ضبط المنافسة

تخضع الصفقات العمومية إلى رقابة القاضي الإداري انطلاقا من المعيار العضوي حسب نص المادة 800 في إم إ، وبما أن الصفقة العمومية تعتبر عقدا إداريا تخضع للقانون العام، والصفقات العمومية في التشريع الجزائري يتم إبرامها إما عن طريق طلب العروض أو عن طريق التراضي ويمكن أن تكون وطنية أو دولية و تتم حسب الأشكال التالية :طلب العوض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود والمسابقة بالرجوع إلى طلب العروض والتي تحكمها مجموعة من القواعد القانونية أهمها مبدأ المساواة والعلنية والإشهار وإذا خالفت هذه المبادئ تكون قد ألحقت أذى بأحد المقاولين فيتدخل القاضي الإداري بموجب تحريك دعوى قضائية إدارية من طرف صاحب الصفة والمصلحة.

ومن هذا المنطلق سنتطرق في المطلب الأول اختصاص القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية حيث تتطرق فيه الى اختصاص القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية، ثم دور القضاء الاستعجال الإداري في التصدي للممارسات المقيدة مجال الصفقات العمومية المطلب الثاني.

المطلب الأول :اختصاص القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية

يتدخل القاضي الإداري بمحاربة الممارسات الاحتكارية في مجال الصفقات العمومية لضمان المنافسة الحرة والشفافية والمساواة بين المتنافسين.

الفرع الأول :اختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد قانون الصفقات العمومية

يسهر القاضي الإداري الجزائري على تطبيق أحكام القانون الإداري بما فيها قواعد قانون تنظيم الصفقات العمومية وفي هذا الإطار لقد أشار القانون رقم 23-12 إلى مبدأ حماية المنافسة الحرة ومحاربة احتكار المقاولين للصفقات العمومية وذلك في العديد من المواد على

سبيل المثال نص المادة 50 التي جاء فيها ما يلي:" .... اذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة .....مع مراعاة مبدا حرية المنافسة ...".

كما تنص المادة 2/80 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن :"غير أنه، يمكن المصلحة المتعاقدة، للسماح بمقارنة العروض، أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم .ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة. " [1]

وتضيف المادة 94 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن :"لا يمكن صاحب صفقة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازا عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تدخل بمبدأ حرية المنافسة .وفي هذه الحالة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقي على المساواة بين المترشحين[2] .

الفرع الثاني :الجهة المختصة بنظر النزاع والإجراءات الواجب احترامها

لمعرفة الجهة القضائية المختصة في نظر الدعوى يتعين الرجوع إلى أحكام عدة مواد لاختيار النص الواجب التطبيق، لاسيما الإجراءات المدنية والقانون العضوي رقم 98-01.

فقانون الإجراءات المدنية نص على اختصاص القضاء الإداري عامة في المادة 7 الفقرة 1التي تقابلها المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، تنص على أنه يكون الاختصاص للغرف الجهوية الخمسة كلما كان موضوع الدعوى هو إلغاء قرار صادر عن الوالي،

[1] 80 من المرسوم الرئاسي15-247 ،المتضمن تنظيم قانون المنافسة والمرافق العمومية ، المعدل والمتمم ، المذكور سابقا.

[2] 94من المرسوم الرئاسي15-247 ،المتضمن تنظيم قانون المنافسة والمرافق العمومية ، المعدل والمتمم ، المذكور سابقا.

بينما تنص الفقرة 2 الاختصاص للغرف الإدارية المحلية فيما يتعلق بدعوى الإلغاء بينما المادة 9 من القانون العضوي 98-01 فتجعل من مجلس الدولة درجة التقاضي الأولى والأخيرة فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء الصادرة عن الدولة أي عن السلطات الإدارية المركزية التي تعمل باسم والحساب الدولة وهي رئيس الجمهورية، رئيس الحكومة والوزراء، وبعض المصالح الخارجية التابعة لهم مباشرة، فما دام قرار المنح المؤقت لا يصدر عن السلطة المركزية للدولة، فلا يمكن أحكام المادة 9 من القانون العضوي 98-01 ولا أحكام المادة 1/7 من فى . إ.م .. والتي تقابلها المادة 801 من التعديل المتعلق به، لأن هذا القرار لا يصدر عن الولاة[1]، وعليه فإن الجهة المختصة هي الغرفة الإدارية المحلية للمجلس القضائي التابعة له المؤسسة ويجب أن يرفع الطعن خلال 4 أشهر المقررة بنص المادة 169 مكرر 1 من ق .إ.م .والمادة 829 من التعديل المتعلق به والتي تسري من تاريخ نشر القرار في الجرائد، أو تعليقه، أو تبليغه وهو شرط من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، لتعلقه بالنظام العام .أما عن الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة فقد أجازت المادة 56 من القانون رقم 23-12 التي تنص على ما يلي زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة".

المطلب الثاني :دور القضاء الاستعجال الإداري في محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة

[1] تياب نادية،مرجع سابق،ص 262.

قام القانون باستحداث قضاء جديد يتسم بسرعة إجراءاته يدعى بقضاء الاستعجال سدا المنافذ الفساد وتكريسا لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين وحماية المال العام[1] لذا تبنى المشرع الجزائري في ظل ق .إم .بابا مستقلا في إطار الفصل الخامس بعنوان الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية والذي يتضمن مادتين وهما المادة946 و 947 من ق.إ.م.إ.

الفرع الأول :الصفة في رفع الدعوى أمام القضاء الاستعجال

لقد أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة التي تريد إبرام صفقة عمومية أن تتخذ إجراءات معينة وذلك سواء عند الإشهار أو المنافسة، حيث نص على أنه يحرر إعلان طلب العروض باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن .ر .ص .م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين محليتين أو جهويتين عندما يتعلق هذا الإعلان بطلب العروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات الأشغال أو التوريدات ودراسات أو خدمات إذا كان مبلغها يساوي أو يقل عن على ما هو محدد قانونا.

أي عند الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية يقتضي الأمر بحكم القانون تدخل قضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي لحماية المبادئ والإجراءات المنتهكة، غير أن اللجوء لقضاء الاستعجال يتميز بطابعه الخاص، إذ يتطلب توافر شروط خاصة تبعا لخصوصية هذه الدعوى .[2]

[1] المرجع نفسه،ص 253.

[2] تياب نادية،مرجع سابق،ص 264.

كما يمكن إلصاق هذا الإعلان بالمقرات المحددة في القانون،[1] دون الإخلال بذكر البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها هذا الإعلان، وأي إخلال بأي إجراء من هذه الإجراءات يفتح الباب لكل من له مصلحة في اللجوء إلى القضاء المستعجل وهذا وفق ما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني :الإجراءات الواجب اتباعها

في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالإجراءات الواجب احترامها أثناء المراحل التمهيدية لإبرام العقد السابق ذكرها أعلاه كعدم نشر طلب العروض بالجريدة أو عدم تضمن إعلان طلب العروض عن البيانات الإلزامية فهنا يحق لكل من له مصلحة حتى ولو لم يكن من المترشحين وكذا الممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية أن يخطر المحكمة – قاضي الاستعجال الامتثال أو الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد أو من تأمر بتأجيل بعريضة مكتوبة تتضمن جميع البيانات المذكورة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقبل إبرام العقد والتي تفصل في أجل 20 يوما من تاريخ إخطارها و ذلك إما بأن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته مع تحديد إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات.

يبقى تكريس الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية التي نظمها المشرع بنصوص خاصة ضمن قي .إ.م .قفزة نوعية هامة يتعلق بالمنازعة التي تطرأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية يهدف إلى حماية المال العام ومراعاة مبادئ الحرية والمساواة والشفافية لاختيار أفضل متعامل متعاقد[2].

[1] المادة 946 من القانون رقم 08-09، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم المذكور سابقا.

[2] تياب نادية،مرجع سابق،ص 272.

ملخص الفصل

تيرم الصفقات العمومية عن طريق التصرفات القانونية ، المتمثلة في القرارات الإدارية وهذه الأخيرة أما تكون مشروعة وصحيحة وسليمة من الناحية القانونية وبالتالي تدخل ضمن المنظومة القانونية المشروعة للمصلحة المتعاقدة، وأما يشوبها عيب من العيوب التي تسمح للقاضي الإداري من بسط رقابته عليها، وإلغائها، أو إبطالها أن رأى أنها تنتابها إحدى العيوب الجسيمة .

وبذلك تكون رقابة القضاء على مدى صحة وسلامة الصفقة العمومية تمثل إحدى الضمانات القوية في حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية عند تعرضها للانتهاك من قبل المصلحة المتعاقد و التي تتيح للمتضرر منه بالطعن فيه أمام الجهات القضائية الإدارية بصفة مستقلة عن الصفقة العمومية .ويملك القاضي الإداري اختصاص إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية، مثل مثل المداولة التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي التي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة و استبعاد المؤسسة الأخرى . فتعتبر قرارا منفصلا عن العقد و يمكن للمؤسسة المستبعدة الطعن فيها بإلغاء لتجاوز السلطة.

الخاتمة

إن الحاجة إلى ضمان حرية المنافسة في الصفقات العمومية باعتبارها رافدة الأمن للطلب العمومي والمحقق النجاعته، يمر بضرورة حظر الممارسات المقيدة للمنافسة التي يكون من شأنها المساس بالإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقات سواء كانت صادرة عن المتعامل الاقتصادي، أو عن الشخص العمومي متمثلة في المصلحة المتعاقدة.

من تم فإن التعديلات المتعاقبة التي شهدها قانون الصفقات العمومية، إلى غاية صدور القانون رقم 23-12، إنما يعبر بشكل ما عن الحاجة إلى إيجاد توافق جديد ينسجم وظروف وممارسات القائمين بالسوق، فهو من جهة يضمن حقوق العارضين في منافسة عادلة ضمن مقاييس من الشفافية والنزاهة، ومن جهة أخرى يضع حدود للممارسات التي تأثر على حرية العروض.

في المقابل فإن المصالح المتعاقدة تخضع هي الأخرى لمقتضيات القانون، بحيث تضمن إجراءات الصفقة وفق ما سطرته النصوص القانونية، وضمن الحالات التي يفسح القانون بإعمال سلطتها التقديرية، إذ يجب أن لا يكون للقرارات التي تتخذها أثر مقيد للمنافسة، بحيث يفترض أن تراعي وتضمن حرية المنافسة ضمن أوسع مجال ممكن، هذا ويكون على المصالح المتعاقدة التزام يتعلق بكشف الممارسات المقيدة للمنافسة، واتخاذ الإجراءات الإدارية الملائمة بشأنها.

على أن إخلال المصالح المتعاقدة بالتزاماتها يستتبعه تحكيم قواعد الاختصاص القضائي، بحيث تؤول المتابعة إلى إختصاص القضاء الإداري قطعاً، فيما يتعلق بإجراءات إعداد ومنح الصفقة وكذلك الأمر في حال الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن المصالح المتعاقدة، نظراً لاتصالها بمهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة، بما يجعلها تخرج عن رقابة مجلس المنافسة.

ومن تم إذا تعلق الأمر بشأن هذه الممارسات الصادرة عن المصالح المتعاقدة، بشكل يتصل بممارسة نشاط اقتصادي لا علاقة له بتسيير المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، فإنه تبعاً لنص المادة 2 من الأمر 03-03 ، تقع هذه الممارسة في مجال الصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة وله أن ينظر فيها وإن تمت في شكل صفقة عمومية كونها تعبر عن النشاط الخاص للإدارة.

إن المصلحة العامة هي الشكل الذي يخدم فيه قانون المنافسة تحقيق الطلب العمومي وفق المبادئ المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية بالكيفية التي يضمنها هذا الأخير على النحو الذي يكون فيه الطلب العمومي أداة لحركة السوق دون أن يسمح بممارسات تقيد المنافسة في جزء من السوق الذي يضبطه قانون المنافسة، لأن بنية السوق تتحدد ببناء متسلسل يستتبع بعضه بعضا، بحيث أن ما يقع على الجزء ينصرف باقي الأجزاء ويؤثر فيها.

وعلى هذا الأساس فإن خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة تطبيقا لنص المادة 2 من الأمر 03/03، لا يتضمن أي مشكلة في تطبيق قواعد الاختصاص القضائي أخذاً في الحسبان أن مجلس المنافسة ليس سلطة قضائية، على أنه يجب إبراز الحدود الموضوعية والقانونية لتجليات مصطلح السلطة العامة والمصلحة العامة التي تذيل بها نصوص المواد القانونية لضبط أدق للحريات، وفهم أوثق للنصوص القانونية.

توصلنا إلى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي:

المشرع الجزائري أعطى نوعا من الحماية من خلال اقرار عدة مبادئ هي: مبدأ المنافسة،مبدأ الشفافية،مبدأ المساواة،مبدأ الأمن القانوني.

مواكبة العصر الحديث بإدخال الرقمنة والتكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال في الادارات العمومية للاشهار عن صفقاتها وترسيخ مبدأ الشفافية والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين ومحاربة الفساد الاداري والبيروقراطية الادارية.

التبادل الالكتروني للمعلومات بين المتعاملين الاقتصاديين لتسهيل الوصول للمعلومات والوثائق في أي وقت.

التخلي عن الشكل الإستثنائي لإبرام الصفقات العمومية المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وهو التراضي،ليحل محله التفاوض بعد الاستشارة إلى جانب التفاوض المباشر كقاعدة عامة.

الدور الفعال الذي يلعبه القضاء العادي والاداري في ردع الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

ومن خلال دراستنا للموضوع نقترح ما يلي:

ضرورة قيام القضاء خاصة الاداري بنشر اجتهادات قضائية متعلقة بحل منازعات الصفقات العمومية المتعلقة بحماية المنافسة.

ضرورة تبيان الحماية الحقيقية للمنافسة بشكل أكثر وضوحا ودقة وصراحة في قانون الصفقات العمومية لسد جميع الثغرات القانونية.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

أولا: القوانين

1. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25،المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية،ج.ر عدد 21،الصادرة بتاريخ 2008/04/23،المعدل والمتمم.

2. القانون رقم 23-12 المؤرخ في 2023/08/05،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية،ج.ر عدد 51،الصادرة بتاريخ 2023/08/06.

ثانيا: الأوامر

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26،المتضمن القانون المدني،ج.ر عدد 78،الصادرة بتاريخ 1975/09/30 المعدل والمتمم.

2. الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19،المتعلق بالمنافسة،ج.ر عدد 43،الصادرة بتاريخ 2003/07/20،المعدل والمتمم.

ثالثا: المراسيم

1) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية،ج.ر عدد 58،الصادرة بتاريخ 2010/10/07.

2) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،ج.ر عدد 50،الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

3) المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 1984/05/12،المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي.

4) المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 2000/10/14،يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الاعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة،ج.ر عدد 61،الصادرة بتاريخ 2000/10/18.

المراجع باللغة العربية:

أولا: الكتب

1) الطماوي سليمان محمد،الأسس العامة للعقود الإدارية،دراسة مقارنة،ط 05،مطبعة جامعة شمس،مصر ،1991.

1) حمامة قدوج،عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري،ط 02،،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2006.

2) سردوك هيبة،المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الاداري،ط 1،مكتبة الوفاء،مصر ،2009.

3) محمود خلف الجبوري،العقود الادارية،م=ط 02،دار الثقافة،الاردن،1998.

ثانيا: أطروحات الدكتوراه

3) تياب نادية،آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم،تخصص قانون،جامعة تيزي وزو،الجزائر ،2013/11/23.

4) جليل مونية،المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام،جامعة الجزائر ،2015.

ثالثا: رسائل الماجستير

1) عيساوي عز الدين،السلطة القمعية للهيئات الادارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي،رسالة ماجستير في قانون الاعمال،جامعة تيزي وزو،الجزائر ،2005/2004.

2) صياد ميلود،إمتداد قانون إلى الصفقات العمومية بالجزائر(تعديل 2008)،رسالة لنيل الماجستير تخصص قانون أعمال،جامعة الجزائر 1 ،2015.

3) منيش نوال،الرقابة في مجال المنافسة في القانون الجزائري،رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال،جامعة الجزائر 2013،2014/1.

4) ناصري نبيل،المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06-95 والأمر رقم 03-03،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،جامعة تيزي وزو،الجزائر ،2004/2003.

رابعا: مذكرات الماستر

1) بختي هاجر،بن عبدي سمر،المنافسة في الصفقات العمومية،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال،جامعة سعيدة،الجزائر،2021/2020.
2) عماري بلقاسم،مجلس المنافسة،مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،وزارة العدل،المدرسة العليا للقضاء،الجزائر،2006/2005.

المراجع باللغة الفرنسية:

1) Rachid ZOUAIMIA,Le régime contentieux des autorités administrative indépendantes en droit Algerien,Revue de l'ecoule d'administration n°01,2005.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
إهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	01
الفصل الأول: نطاق تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية	06
المبحث الأول: مبادئ منح الصفقات العمومية ضمانة للمنافسة النزيهة	08
المطلب الأول: المبادئ التي ترتكز عليها الصفقات العمومية	08
الفرع الأول: مظاهر تكريس قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية	08
الفرع الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية.	16
المطلب الثاني: إلزامية الإعلان عن الصفقة والمنح المؤقت	23
الفرع الأول: الإعلان	23
الفرع الثاني: إجراء المنح المؤقت للصفقة	28
المبحث الثاني: الأفعال التي يحضرها قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية.	35
المطلب الأول: الاتفاقات المحظورة في مجال الصفقات العمومية.	35
الفرع الأول: الأشخاص التي يمكن أن يصدر منهم الاتفاق المحظور	35
الفرع الثاني: شروط الاتفاق المحظور	37
المطلب الثاني: التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في مجال الصفقات العمومية	41
الفرع الأول: حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق	41
الفرع الثاني: التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في مجال الصفقات العمومية	46
الفصل الثاني: دور القضاء العادي والاداري في حماية المنافسة في الصفقات العمومية	49
المبحث الأول: دور القضاء في قمع الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية	51

المطلب الأول: اختصاص القاضي المدني في مجال الصفقات العمومية	**51**
الفرع الأول: إبطال الاتفاقات المقيدة للمنافسة لمنع المقاولون للفوز بالصفقة العمومية	**51**
الفرع الثاني: التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة المنافسة المقاولين	**51**
المطلب الثاني: الاختصاص الخاص للغرفة التجارية المجلس قضاء الجزائر العاصمة	**58**
الفرع الأول: الطعن في أحكام المحاكم التجارية	**59**
الفرع الثاني:. الطعن في قرارات مجلس المنافسة	**61**
المبحث الثاني: دور القضاء الإداري في مجال ضبط المنافسة	**68**
المطلب الأول: اختصاص القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية	**68**
الفرع الأول: اختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد قانون الصفقات العمومية	**68**
الفرع الثاني: الجهة المختصة بنظر النزاع والإجراءات الواجب احترامها	**69**
المطلب الثاني: دور القضاء الاستعجال الإداري في محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة	**70**
الفرع الأول: الصفة في رفع الدعوى أمام القضاء الاستعجال	**71**
الفرع الثاني: الاجراءات الواجب اتباعها	**71**
الخاتمة	**74**
قائمة المصادر والمراجع	**79**
فهرس المحتويات	**83**

ملخص:

الصفقة العمومية أداة فريدة وفعالة وضعها المشرع في يد السلطة العامة لتدبير المال العام وإنجاز العمليات المالية المتعلقة بتسيير وتجهيز المرافق العامة، لذلك أحاط عملية إبرامها بجملة من القواعد والإجراءات التي يجب اتباعها، وضبطها بجملة من الشروط والمبادئ التي يجب مراعاتها بهدف حماية حقوق المتعاملين الإقتصاديين من جهة وتمكين المصالح المتعاقدة من اختيار أفضل العروض المقدمة، وهو مالا يتأتى دون ضمان تام وكامل الحماية شروط المنافسة وتقييد السلطة التقديرية للإدارة عبر الإمتثال للمبادئ التي تركن القواعد المنافسة وتجد سندها في مقتضيات قانون الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية : الصفقات العمومية ، حماية المنافسة ، المتعاملين الاقتصاديين.

Abstract:

The public transaction is a unique and effective tool placed by the legislator in the hands of the public authority to manage public funds and complete the financial operations related to the management and equipment of public facilities. Therefore, it surrounds the process of concluding it with a set of rules and procedures that must be followed, and regulates it with a set of conditions and principles that must be observed in order to protect the rights of economic operators on the one hand. Enabling the contracting interests to choose the best offers presented, which cannot be achieved without fully guaranteeing and protecting the conditions of competition, and restricting the discretionary power of the administration through compliance with the principles that underpin the rules of competition and find their support in Requirements of the Public Procurement Law.

Keywords: Public procurement, competition protection, economic operators.