وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري- تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

العنوان

الصفقات العمومية وقانون المنافسة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبتين:
تودرت ديهية
زيوي فريدة

تحت إشراف الأستاذة:
جلال مسعد زوجة محتوت

لجنة المناقشة

د/ مختور دليلة أستاذة محاضرة –ب- جامعة تيزي وزو.....رئيس

د/ جلال مسعد/ محتوت أستاذة محاضرة –ب- جامعة تيزي وزو..مشرفة ومقررة

د/ تياب نادية أستاذة محاضرة –أ-جامعة تيزي وزو.....ممتحنة

السنة الجامعية: 2015/ 2016

بسم الله الرحمن الرحيم

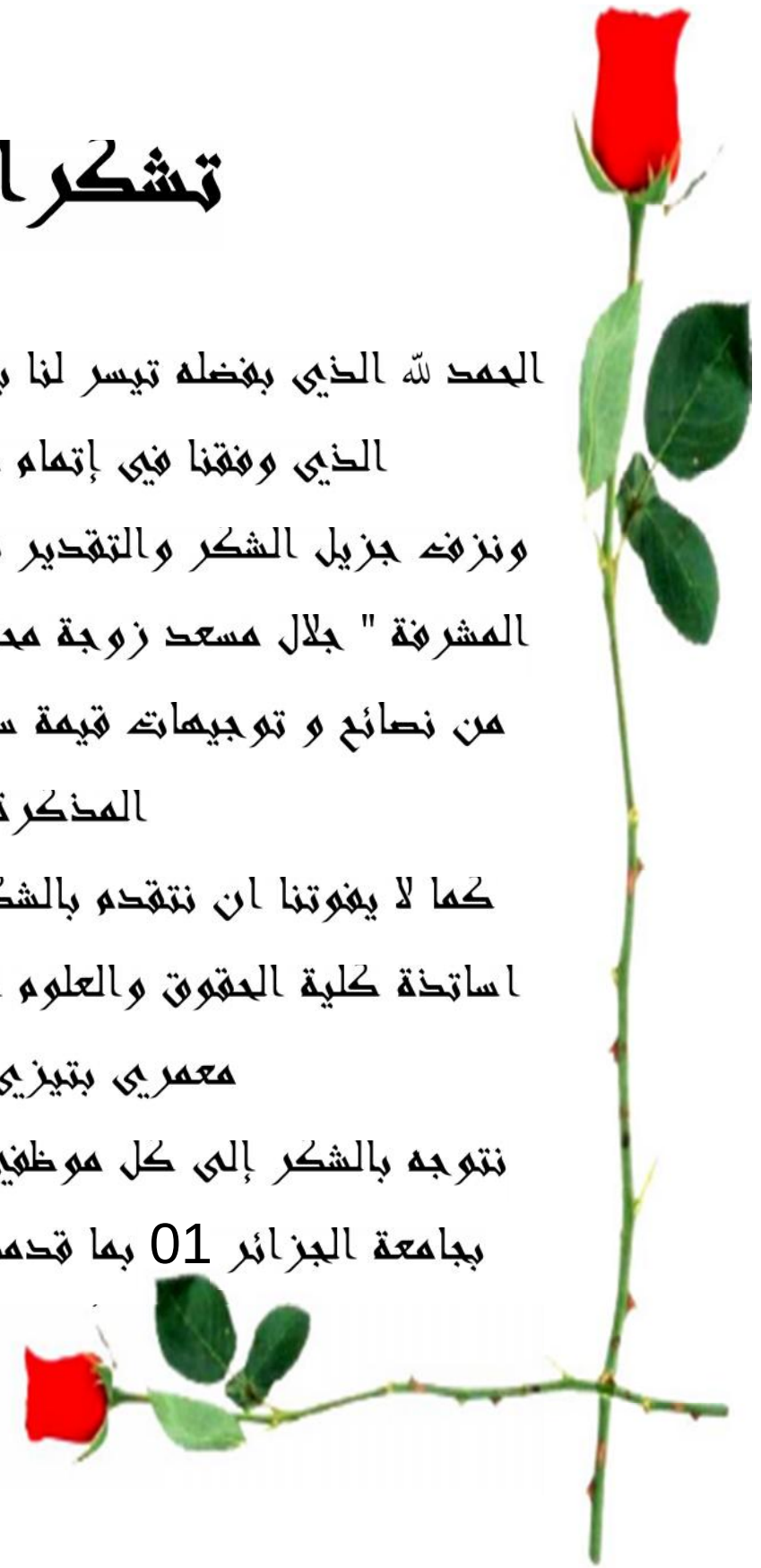
تشكرات

الحمد لله الذي بفضله تيسر لنا بلوغ ما كان نصبوا إليه، الذي وفقنا في إتمام هذه المذكرة.

ونزف جزيل الشكر والتقدير والعرفان إلى الاستاذة المشرفة " جلال مسعد زوجة محتوت" على ما قدمته لنا من نصائح و توجيهات قيمة ساعدتنا في إتمام هذه المذكرة.

كما لا يفوتنا ان نتقدم بالشكر والعرفان إلى كل اساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بتيزي وزو.

نتوجه بالشكر إلى كل موظفي مكتبة كلية الحقوق بجامعة الجزائر 01 بما قدموا لنا من مساعدات.



إهداء

اهدي هذا العمل إلى والدي.

إلى اخي الياس واخواتي ثيزيري

وليلة.

إلى كل الاهل والاقارب.

إلى كل الاحبة والاصدقاء وخاصة

زميلتي فريدة وعائلتها.

ديهية

إهداء

اهدي هذا العمل إلى والدي.

إلى اخي كريم واخواتي نورة

وفضيلة وكريمة، واولادهن.

إلى كل الاهل والاقارب.

إلى كل الاحبة والاصدقاء وخاصة

زميلتي ديمية وعائلتها.

فريدة

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

باللغة العربية	
ج.ر.ج.ج.د.ش	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
د.س.ن	دون سنة النشر
ص	الصفحة
ص.ص	من الصفحة إلى الصفحة
ط	الطبعة
ج	جزء
د ط	دون طبعة
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
د.ج	دينار الجزائري

مقدمة

مقدمة:

يسعى قانون المنافسة إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية في الدولة بوجه عام، وفي مجال الصفقات العمومية بوجه خاص لما توفره من حماية فعالة للمال العام من جهة، وتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص بين الأعوان الاقتصاديين من جهة أخرى عن طريق إلزام المتعامل العمومي باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاتها أثناء إبرام الصفقات العمومية.

ولما كان للصفقات العمومية صلة وطيدة بالخزينة العامة للدولة لكونها تنصب على مصاريف الإدارات العمومية لما يرصد لها من اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعددها من جهة، وتنوع الصفقات من جهة أخرى، كان لابد على الدولة من إخضاع الإدارة لرقابة صارمة بهدف ترشيد النفقات العامة والحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية وهدر المال العام، وكذا تفادي محيط السرية في الصفقات العمومية عن طريق تعزيز مبدأ الشفافية والمساواة بين كل الأعوان الاقتصاديين بهدف تحقيق حقوقهم المشروعة في ممارسة حريتي التجارة و المنافسة.

كما حرص المشرع أيضا على إلزام العون الاقتصادي باحترام حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية والذي اعتبره معيارا جديدا لمنح الصفقة، وهذا من أجل محاربة كل ممارسة أو تواطؤ يهدف إلى تقييد المنافسة من أجل الفوز بها، وهذا بمقتضي قانون المنافسة المعدل في 2008 الذي أدرج فيه الصفقات العمومية لأول مرة.

من هذا المنطلق أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة، وذلك من خلال قانونين أساسيين هما: قانون الصفقات العمومية الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتباري والمنافسة لنيل الطلبات العمومية، وقانون

المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين.

في هذا الإطار، سعى المشرع الجزائري لتكريس عدة آليات قانونية تهدف لحماية المنافسة في الصفقات العمومية منذ الإعلان عن الصفقة إلى غاية إرساءها، من أجل تفعيل آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية، وكذا تشجيع الأعوان الاقتصاديين على المنافسة النزيهة التي تضمن تنشيط السوق وتشجيع الاستثمار خاصة لكونهم العمود الفقري لإنعاش الاقتصاد الوطني.

نظرا لما تمثله الصفقات العمومية من مبالغ مالية ضخمة، وما قد ينتج عنها من شهرة تجارية بعد تنفيذها، أصبحت محطة أنظار كل المتعاملين الاقتصاديين، وبالتالي السعي للفوز بها بشتى الطرق حتى وإن كانت غير قانونية، مما دفع المشرع الجزائري إلى التوسيع من مجال اختصاص مجلس المنافسة ليمتد إلى الصفقات العمومية لضمان السير الحسن والفعال للعملية التنافسية، وتكريس المنافسة الحرة، من خلال تعديل 2008 لقانون المنافسة، وهذا ما يمكن أن نلمسه من خلال نص المادة 6 من الأمر 03-03 من قانون المنافسة. دون أن نستبعد اختصاص الهيئات القضائية التي تسهر على حماية المنافسة في الصفقات العمومية وذلك من خلال التدخل التقليدي للقضاء الإداري من جهة، والتدخل الحصري للقاضي العادي وللغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة في الوظيفة الضبطية من جهة أخرى.

أهمية الموضوع :

يعد موضوع الصفقات العمومية و قانون المنافسة من أبرز المواضيع التي تسعى إلى دراسة الممارسات المخلة بالمنافسة في الصفقات العمومية، ومعرفة خصوصيتها من حيث صفة القائم بها والمتمثل في الأعوان الاقتصاديين، والأفعال المكونة لها

وفهمها وإدراك مختلف الجوانب التي تخصها بالإطلاع على النصوص القانونية وتحليلها خاصة بعد صدور القانون الجديد المتعلق بالصفقات العمومية والمتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

نظرا لأهمية اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص، فان تقييدها يؤثر سلبا على الاقتصاد الوطني و مناخ الأعمال بصفة عامة، مما يجب تدارك ذلك عن طريق الحفاظ على قواعد الشفافية والمنافسة النزيهة و فرضها على الأعوان الاقتصاديين، وكذا إبراز مختلف التدابير الوقائيةوالردعية للتصدي والحد من هذه الممارسات المنافية للمنافسة وأيضا العقوبات المقررة على مرتكبيها من خلال الاطلاع على دور مجلس المنافسة في رقابة ومواجهة هذه الممارسات خاصة إذا ما تعلق الأمر بالصفقات العمومية، و كذا إلقاء الضوء على دور القضاء أولا كدرجة ثانية في التقاضي، حيث أنه يختص بنظر في الاستئنافات المرفوعة ضد قرارات وأوامر مجلس المنافسة، ثم يتدخل ثانيا، كدرجة أولى في التقاضي من أجل محو الآثار السلبية للممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا تعويض المتضررين منها وذلك من خلال إقرار القاضي لقيام المسؤولية المدنية للعون الاقتصادي وفي بعض الحالات المسؤولية الإدارية. باعتبار الصفقات العمومية من العقود الإدارية، معتمدين في دراستنا على مختلف الإجراءات القانونية المتبعة و تبسيطها وشرحها لتسهيل دراسة الآليات القانونية و التشريعية التي اعتمدها المشرع من أجل الكشف والحد من الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

تظهر أهمية الموضوع في جملة الإجراءات القانونية التي كرسها المشرع الجزائري من خلال قانون المنافسة، وكذا قانون الصفقات العمومية التي تتبع في مرحلة إعداد الصفقة، من الإعلان إلى غاية المنح النهائي لها.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى التطرق لموضوع الصفقات العمومية وقانون المنافسة قصد إبراز أسباب لجوء العون الاقتصادي إلى ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية رغم سعي التشريعات من بينها المشرع الجزائري على خلق جو ملائم ونزيه للتنافس من وقت الإعلان عن الصفقة إلى غاية تنفيذها، وكذا تحديد المرحلة التي تتم فيها ارتكاب هذه الممارسات، وكذا إيضاح كل صور الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وكيف يتم ارتكابها.

وكذا التركيز على إيضاح الدور الذي يلعبه مجلس المنافسة على غرار القضاء من خلال بيان مدي فعالية التدابير التي يتخذها للوقاية من هذه الممارسات بهدف حماية المنافسة في الصفقات العمومية، ومنع المقاولين من التواطؤ للفوز بالصفقات بالطرق غير الشرعية عن طريق اللجوء إلى التدابير الردعية في حالة ثبوت إسناد الممارسة لمرتكبيها ومدي فعالية ذلك في الجانب التطبيقي.

أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع في رغبتنا وميولنا لدراسة والبحث في مجال الصفقات العمومية لكونها مسرح للتجاوزات والمخالفات والممارسات المقيدة للمنافسة من طرف الأعوان الاقتصاديين الذين يؤثرون سلبا علي الاقتصاد الوطني بارتكابهم هذه الممارسات، وترجع أيضا لحداثة الموضوع وقلة الأبحاث القانونية والدراسات الأكاديمية التي تعالجه مقارنة بغيرها من المواضيع خاصة بعد التعديل الأخير على قانون الصفقات العمومية بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وبالتالي الرغبة في أن تكون هذه الدراسة ولو مرجع بسيط يمكن الاعتماد عليه في فهم هذه الجرائم وتحديدها.

الإشكالية:

" إلى أي مدى يمكن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة تحقيقا للشفافية والمساواة بين الأعوان الاقتصاديين؟".

منهج الدراسة:

نظرا لما تقتضيه هذه الدراسة من وجوب تحليل القوانين وتفسير ظاهرة الممارسات المقيدة للمنافسة ووصفها فإن المنهج التحليلي سوف يأخذ الشق الكبير من هذه الدراسة حفاظا على التسلسل المنطقي للأفكار وتحليلها، ومن هنا يمكن توظيف المنهج في تحليل النصوص القانونية والأحكام المتعلقة بالمنافسة في الصفقات العمومية للوصول إلى نتائج تتماشى مع العقل والمنطق القانوني.

خطة الدراسة:

للإجابة على الإشكالية الرئيسية للموضوع قمنا بتقسيم الدراسة إلى مقدمة وفصلين و خاتمة.

حيث تطرقنا في الفصل الأول لدراسة ضمانات قانون المنافسة في مجال تطبيق الصفقات العمومية من خلال تقسيم الدراسة إلى مبحثين: في المبحث الأول تطرقنا إلى ماهية كلا من قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية أما في المبحث الثاني فقد خصصناه لمبادئ منح الصفقات العمومية ضمانة للمنافسة النزيهة للمقاولين، من خلال توضيح المبادئ التي ترتكز عليها الصفقات العمومية، والشروط التي يجب إتباعها لإرساء الصفقة العمومية من الإعلان عن طلب العروض إلى غاية المنح المؤقت للصفقة، أي قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ طبقا لنص المادة 2 من القانون 08-12.

أما بالنسبة للفصل الثاني فقد تطرقنا فيه إلى الهيئات التي تسهر على منع تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية في مبحثين: حيث تناولنا في المبحث الأول الاختصاص الجديد لمجلس المنافسة في معالجة المنازعات المتعلقة بالمنافسة في الصفقات العمومية من إجراءات التدخل والقرارات في هذا المجال، وهذا الاختصاص الموسع لمجلس المنافسة هو وليد تعديل قانون المنافسة منذ سنة 2008، في حين ندرس في المبحث الثاني دور القضاء في محاربة تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية بتسليط الضوء على اختصاص كل من القضاء الإداري و القضاء العادي في محاربة تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية.

لننهي الموضوع بخاتمة تتضمن عرضا موجزا لما احتوت عليه المذكرة من أفكار، كما نوضح فيها ما تم استخلاصه من نتائج تم التوصل إليها من خلال عملية البحث في موضوع الصفقات العمومية وقانون المنافسة.

فصل الأول

ضمانات قانون المنافسة في مجال تطبيق الصفقات العمومية

الفصل الأول

ضمانات قانون المنافسة في مجال تطبيق الصفقات العمومية

يعتبر تنظيم قانون المنافسة من أكثر التنظيمات ارتباطا بالواقع السياسي والاقتصادي لأي دولة خاصة إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي لها صلة وثيقة بالخزينة العمومية من جهة وباعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية من جهة أخرى، هذا ما دفع القانون إلى تنظيم قانون الصفقات العمومية لضمان المنافسة النزيهة بين المقاولين، وذلك بفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم وتمكينهم من الاطلاع على كل من المعلومات المتعلقة بالصفقة المراد إبرامها مراعيا بذلك جملة من المبادئ التي تضمن المنافسة الشريفة حرصا على تحقيق المساواة والعدالة بين كل المقاولين للفوز بالصفقة العمومية.

المبحث الأول

ماهية قانون المنافسة والصفقات العمومية

تعد المنافسة النزيهة من أهم المبادئ التي حرص القانون الجزائري على تكريسها في مجال الصفقات العمومية، لذا حضي قانون المنافسة وكذا قانون الصفقات العمومية باهتمام كبير من طرف الدولة بدليل أنهما عرفا الكثير من التطورات والتغيرات حسب الأوضاع الاقتصادية والسياسية التي عرفتها كل دولة، كما حضي قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية بعدة تعاريف كل واحد واختصاصه، وهذا ما سنوضحه في النقاط التالية:

المطلب الأول

مفهوم قانون المنافسة

تعتبر التشريعات المقارنة سباقة في تنظيم قانون المنافسة، الذي كان الهدف منه هو منع كل الممارسات المخلة بالمنافسة من جهة، وكذا حماية السوق من جهة أخرى، أما بالنسبة للتجربة الجزائرية فهي حديثة في هذا المجال، فلم تنشأ جهاز للمنافسة إلا سنة 1995 وذلك بموجب أول قانون للمنافسة. [الفرع الأول] وبذلك عرف قانون المنافسة عدة تعاريف باختلاف وجهات النظر كل من علماء اللغة والقضاء وعلماء الاقتصاد. [الفرع الثاني] ومن أجل تحقيق الأهداف الكثيرة المرجوة من قانون المنافسة التي تساهم في إنعاش اقتصاد الدول وتشجيع تعدد الأعوان الاقتصاديين عن طريق خلق مناخ ملائم لذلك، وكذا تحسين معيشة المستهلكين، كان لابد علينا تحديد الأهداف المرجوة من المنافسة النزيهة [الفرع الثالث].

الفرع الأول

نشأة وتطور قانون المنافسة

مر قانون المنافسة بعدة مراحل حسب الأوضاع السياسية والأنظمة الاقتصادية التي عرفتها كل دولة، وهذا ما سنوضحه من خلال النقطتين التاليتين:

أولا : نشأة و تطور قانون المنافسة في ظل القانون المقارن

1- في ظل القانون الأمريكي:

إن أولى بوادر ظهور قانون المنافسة يرجع إلى نهاية القرن 19 الميلادي بالولايات المتحدة الأمريكية وهو ما يعرف بالنظام الأنجلوسكسوني، وذلك بتنظيم تشريعات مناهضة للاحتكارات عن طريق إنشاء الأجهزة المتخصصة في مكافحتها

بحيث ظهرت أول سلطة إدارية مستقلة عام 1889 INTERTATECOMMERCE COMMISSION وكانت هذه الفترة بداية بصدور القوانين التي تحظر الممارسات الاحتكارية،[1] فصدر قانون شيرمان CHERMAN ACT سنة 1890م المضاد للاحتكار المعروف أيضا بتشريع أنتي تروست والذي يمنع بمقتضاه أي شخص أو شركة من احتكار التجارة، أو التعاقد أو التجمع أو التواطؤ على إعاقتها أو تقييدها، بما يؤدي إلى القضاء على المنافسة، وبموجب هذا القانون تم تفكيك شركات كبرى كانت قد أساءت استخدام سلطتها الاقتصادية.[2]

2 - في ظل القانون الأوروبي و القانون الفرنسي:

يعد قانون المنافسة على الصعيد الأوروبي أكثر حداثة، حيث ظهرت بوادره بإنشاء السوق الأوروبية المشتركة سنة 1958 بمقتضي اتفاقية روما لسنة 1957، وعلى رأسه المشرع الفرنسي الذي استوحي هذا القانون من النموذج الأنجلوسكسوني[3] رغم أنه قرر حرية المنافسة في بادئ الأمر بصدور القانون رقم 2-17 الصادر في 1791 الذي قرر حرية كل شخص في ممارسة التجارة، أو مباشرة المهنة أو الفن أو الحرفة التي يراها مناسبة له.[4]

لقد أكد المشرع الفرنسي من جديد علي مبدأ حرية المنافسة بالقانون الصادر في 27 ديسمبر 1973 والذي يعرف بقانون روابيه la loi Royer الذي حاز بمقتضي حكم المجلس الدستوري الصادر بتاريخ 16-1-1972 قيمة دستورية وأصبح بموجب

[1] - شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، دط، 2012، ص14.

[2] - كتو محمد الشريف، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون رقم 04- 02، منشورات بغدادي، دط، الجزائر، 2010، ص23.

[3] - شرواط حسين، المرجع السابق، ص15.

[4] - لينا حسن نكى، حماية ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2005-2006، ص18.

قرار المجلس الدستوري لا يمكن إلغاؤه بقانون.[1]جاء بعد ذلك القانون الصادر في 1977 الذي يراقب لأول مرة التجميع أو التمركز الاقتصادي بين المؤسسات، حيث أخضع عمليات التجميع لموافقة الهيئات المختصة، في حالة بلوغه نسبة معينة من حصص السوق. وآخر حلقة في تكريس المنافسة الحرة بصورة جذرية جاء بها الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الذي يعبر بطريقة واضحة عن سياسة المنافسة في فرنسا،[2]أما بالنسبة لمدى استقلالية مجلس المنافسة، فلقد كيفه القرار الصادر من المجلس الدستوري المؤرخ في 24 جانفي 1987م على أنه سلطة إدارية مستقلة ونفي الطابع القضائي لهذا الجهاز.[3]

ثانيا: تطور ونشأة قانون المنافسة في الجزائر

لم يظهر قانون المنافسة في الجزائر إلا بعد انتهاجها نظام الاقتصادي الحر تكون المنافسة داخله إحدى أهم مقوماته، و بذلك فهو قانون فتي حديث النشأة، وحفاظا على المنافسة الحرة و ترقيتها في إطار اقتصاد السوق استحدث من أول مرة مجلس المنافسة سنة 1995 من خلال الأمر 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995[4] المتعلق بالمنافسة، الذي نص صراحة على تبني نظام المنافسة الحرة و تحرير الأسعار، إلا أن هذا الأمر ألغى و عوض بالأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003[5] الذي تضمن بصفة خاصة المنافسة و الممارسات المقيدة للمنافسة، الذي أدخلت عليه عدة تعديلات بموجب القانون رقم 08-12، حيث وسع من مجال تطبيقه ليمتد إلى الصفقات

[1]-لينا حسن ذكى، المرجع السابق، ص19.

[2] - كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص24 .

[3] - شرواط حسين، المرجع السابق، ص15.

[4]- الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة.

[5]- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، ل 20 يوليو 2003 معدل ومتمم بالقانون08- 12 مؤرخ في 25 يونيو 2008،ج ر عدد 36، ل 2 يوليو 2008.

العمومية بدءا من الإعلان على الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها. وكذا قام المشرع بحذف الأحكام المتعلقة بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية منقانون المنافسة و خصص لهذه الأخيرة نص قانون رقم 04-02[1]، كما عرف القانون رقم 03-03 تعديل آخر بموجب القانون رقم 10-05.[2]

لقد كرس القانون رقم 04-02 قواعد الشفافية والنزاهة على الممارسات التجارية في المعاملات فيما بين الأعوان الاقتصاديين، وبينهم وبين المستهلكين. وقد تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم10-06[3] الذي يرمي إلى ضمان أكثر شفافية ونزاهة في انجاز المعاملات التجارية.

الفرع الثاني

تعريف المنافسة وقانون المنافسة

قبل التطرق إلى تعريف قانون المنافسة يجب التطرق أولا إلى مختلف التعريفات التي عرفها مصطلح المنافسة:

أولا: التعريف بمصطلح المنافسة

1- التعريف اللغوي لمصطلح المنافسة:

يطلق مصطلح المنافسة في اللغة العربية علي عدة مفاهيم أهمها:

---

[1]- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 14 لسنة 2004.

[2]- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 46 لسنة 2010.

[3]- قانون رقم 10-06 مؤرخ في 18 أوت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 46 لسنة 2010 .

1- على الرغبة في الشيء وحب الانفراد به، ومنه قوله تعالي: "وفي ذلك فليتنافس المتنافسون" أي فليرغب الراغبون.

2- كما تطلق المنافسة على الشيء النفيس الجيد في نوعه.

3- كما تطلق أيضا على المبادرة والمسابقة من غير إلحاق الضرر بالغير يقال: فلان نافس فلانا في كذا، أي سابقه وباراه فيه من غير أن يلحق الضرر به، وتنافس القوم في كذا، تسابقوا فيه وتباروا دون أن يلحق بعضهم الضرر ببعض.[1]

والجدير بالذكر أن المنافسة هي نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التفوق إذ كلمة "CONCURRENCE"المقابلة لكلمة "منافسة" في اللغة العربية مشتقة من المصطلح اللاتيني" CUM LUDERE" الذي يعني اللعب في جماعة أو يجري مع أو يسرع في جماعة ولقد كان مفهوم المنافسة في بداية شيوعه حالة خصومة وتنافس وصراع وحالة عداء مستمرة.[2]

" La concurrence est une situation de rivalité de compétition de lutte de conflit."

2- التعريف الاصطلاحي للمنافسة

لقد اختلف علماء الاقتصاد عن القانونيين في تعريف المنافسة

[1]- حسن محمد محمد بودي، حرية المنافسة التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2015، ص ص9، 10.

[2]- كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص9.

أ- التعريف الاقتصادي:

عرف علماء الاقتصاد المنافسة على أنها العمل للمصلحة الشخصية للشخص وذلك بين البائعين والمشترين في أي منتج أو في أي سوق.[1]

ويضيف الاقتصادي شومبتر أن مفهوم المنافسة الحرة لا يمكن تصورها إلا في إطار الاقتصاد الحر، الذي يعطي الحرية الكاملة للمؤسسة الاقتصادية، وفي نفس السياق يرى الاقتصاديون الذين اتبعوا تحليل الأستاذ شومبتر أن الرأسمالية بطبيعتها أسلوب تحويل اقتصادي يجدد بصفة دائمة الهياكل الاقتصادية من الداخل بالقضاء بصفة مستمرة على عناصر هذه الأخيرة القديمة وبخلق بصفة مستمرة عناصر جديدة.

« Le capitalisme est de par sa nature un type ou une méthode de transformation économique qui révolutionne constamment de l'intérieur, les structures économiques en détruisant continuellement des vieux éléments et en créant continuellement des éléments neufs [2]»

وبالتالي فالمنافسة الحرة محرك وعامل هام في مرحلة تسمي بالتدمير المبدع لعناصر الهياكل الاقتصادية.

« Le processus de destruction créatrice des éléments des structures économiques [3]»

[1] - كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص10.

[2] -جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص ص 12،13.

[3] - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، رسالة دكتورة دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص8.

ب - التعريف القانوني:

تتحقق المنافسة شريطة أن لا تكون مخالفة للقانون باعتبار أنه يحظر كل فعل من شأنه إعاقة التجارة، وذلك مهما كان مصدر الإعاقة سواء العقد أو الاتفاق الذي يبرم طواعية بين التجار، لذا حرصت التشريعات على تقديم تعريف للمنافسة ومن بينهما مجلس المنافسة الفرنسي الذي يرى أن المنافسة هي طريقة للتنظيم الاجتماعي حيث تؤدي مبادرة الأعوان الاقتصاديين غير الممركزة إلي ضمان الفعالية المثلي في تخصيص الموارد النادرة للمجموعة.[1]

رغم الاختلاف بين الاقتصاديين والقانونين بشأن تعريف المنافسة إلا أنهم يتفقون على ضرورة تنظيمها في إطار قانون محكم من أجل تفادي الهيمنة والاحتكار على السوق من طرف المتعاملين الاقتصاديين الأقوياء، وبالتالي إقصاء الضعفاء منها.

ثانيا : تعريف قانون المنافسة

بعد التطرق إلى مختلف التعريفات الذي عرفها مصطلح المنافسة، يمكن تعريف قانون المنافسة حسب اجتهادات بعض المفكرين على النحو الذي يلي:

يمكن تعريف قانون المنافسة على أنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم التنافس بين الأعوان الاقتصاديين في إطار البحث عن الزبائن والاحتفاظ بهم".

وتعريف آخر: "هو تلك القواعد التي تهدف إلى كسب حصة في السوق"[2].

[1] - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 8 .

[2]- voir www.lexinter . Net droit de concurrence.

فحسب الأستاذ Delvolve فإن: "قانون المنافسة يتكون من مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك المتعاملين في التنافس الاقتصادي".

" Le droit de la concurrence est constitué par l'ensemble des règles régissant le comportement des opérateurs dans la compétition économique"[1]

الفرع الثالث

أهداف قانون المنافسة

يمكن تحديد أهداف المنافسة بالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون المنافسة التي تنص على أنه: "يهدف هذا الأمر إلي تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".[2]

من خلال استقراء نص المادة الأولى من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة تتضح لنا أهداف قانون المنافسة فيما يلي:

أولا: حماية المنافسة

تظهر أهمية قانون المنافسة في حماية مبدأ المنافسة الحرة في ذاته، بما يستتبعه ذلك من حماية السوق وباعتباره مجال هذه المنافسة، وتظهر هذه الحماية من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة والمتضمنة في الفصل الثاني من القانون03-03،

[1] - Santiago Junior(FO),La régulation du secteur des télécommunications par l'autorité de régulation des télécommunications et le conseil de la concurrence, mémoire de DEUA en droit public, Université de Paris, 2002, p19.

[2] - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية2003، المتعلق بالمنافسة،ج ر عدد 43، صادر في 20جويلية 2003 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 12-08، المؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد36، صادر في 02 جويلية 2008 ومعدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 19 جويلية 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

حيث أن الحظر وارد على هذه الممارسات بغض النظر عن آثارها الفعلية على السوق، وهو الأمر الذي يمكن استخلاصه من نص المادة 6 من قانون المنافسة: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه".

ثانيا: حماية المتنافسين:

تتحقق حماية الأعوان الاقتصاديين من خلال حماية المشرع لمبدأ المنافسة الحرة لاسيما أمام بعض التصرفات التي حظرها المشرع، ويدخل في هذا الإطار حظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة الاقتصادية مثلما ورد النص عليها بمقتضى المادة 7 من قانون المنافسة، والتعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية والتي قد تأخذ العديد من الأشكال أوردتها المادة 11 من قانون المنافسة، تتمثل على الخصوص في رفض البيع بدون مبرر شرعي، البيع المتلازم أو التمييزي، البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، وقطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.[1]

ثالثا: تحسين معيشة المستهلكين

يختلف قانون المنافسة عن قانون حماية المستهلك في مجال إعمال كليهما، حيث يتحدد مجال قانون المنافسة في ضبط العلاقات فيما بين الأعوان الاقتصاديين داخل السوق، أما قانون حماية المستهلك فيضبط علاقات المحترفين بالمستهلكين، غير أن حماية المنافسة أو المؤسسات داخل السوق قد تستتبع بالضرورة حماية المستهلك، ويتضح ذلك من خلال حظر عمليات الاحتكار بهدف رفع الأسعار، والبيع بخسارة

[1]- الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

التي قد تعرقل لعبة المنافسة، وبما قد يؤدي إلى انسحاب الأعوان الاقتصاديين الأقل قدرة اقتصادية، وبالتالي هيمنة الأعوان الاقتصاديين الأكثر قدرة على السوق، بما يستتبعه ذلك من معاودة ارتفاع الأسعار بشكل غير مبرر اقتصاديا.[1] لهذا راعى المشرع الجزائري مصالح المستهلك و حقوقه بإدراجه ضمن قانون المنافسة خوفا من التجاوزات والممارسات غير النزيهة من طرف المتعاملين الاقتصاديين التي تؤثر سلبا على المستهلكين من جهة، وبهدف إيجاد توازن بين الأعوان الاقتصاديين لأنه من شأن هذا التوازن أن يؤدي إلى القضاء على الاحتكار وماله من آثار سلبية على معيشة المستهلكين.[2]

إضافة إلى ذلك الهدف الأساسي المرجو من المنافسة هو تحقيق التطور والنمو في المجال الاقتصادي والاجتماعي، ومما لاشك فيه أن المنافسة لا تحقق أهدافها إلا بتوفر المناخ الملائم للاستثمار وفتح المجال للحرية الاقتصادية ومحاربة الممارسات الاحتكارية المختلفة التي تعيق حرية المنافسة، وبما أن الصفقات العمومية تلعب دور هام في الاقتصاد الوطني فتكريس مبدأ المنافسة الحرة أمر جد هام.

المطلب الثاني

مفهوم الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أكثر المواضيع دراسة واهتماما من طرف المشرع فهي مرتبطة ارتباطا وثيقا بالواقع السياسي والاقتصادي للدول، بدليل أنها عرفت الكثير من التعديلات القانونية حسب التغيرات والتوجهات التي كانت تعرفها كل دولةو من بينها التشريع الجزائري [الفرع الأول]، وبهدف التحكم في مصطلح الصفقات

[1] - كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة إدارة، العدد 23، 2002، ص53.
[2] - الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

العمومية يقتضي بنا التطرق إلي مختلف التعريفات التشريعية والقضائية والفقهية منها [الفرع الثاني]، وفي الأخير سنتطرق إلى تصنيف وأنواع الصفقات العمومية [الفرع الثالث].

الفرع الأول

تعريف الصفقات العمومية

لقد اختلفت التعاريف المعطاة لمفهوم الصفقات العمومية باختلاف المعايير المعتمدة لتعريفها، وهذا ما سنوضحه من خلال تطرقنا إلى التعريف التشريعي للصفقات العمومية، والتعريف الفقهي لها وكذا التعريف القضائي، مع بيان المعايير المعتمدة في هذه التعاريف.

أولا: التعريف التشريعي

عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1] على أنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع اعتمد عدة معايير في تعريفه والمتمثلة في:

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية في 20 سبتمبر 2015، العدد 50 المعدل و المتمم.

1-المعيار الشكلي:

بالرجوع إلي نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، ويعود السر في اشتراط الكتابة و التأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر إلى أن:

- الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، لذا وجب وبالنظر من هذه الزاوية أن تكون في شكل عقود مكتوبة.
- تتحمل الأعباء المالية للصفقات العمومية الخزينة العامة، لذا وجب أن تكون في شكل عقود مكتوبة خاصة بالنظر إلى المبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مرفقي أو مركزي أو محلي أو هيئة عمومية وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العامة.

2-المعيار الموضوعي:

نلاحظ بالرجوع إلى قوانين الصفقات العمومية الصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة أن المشرع الجزائري لم يثبت على طريقة واحدة في وصف متى نكون أمام عقد موضوعه هو صفقة عمومية، فتارة نجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية، وأحيانا أخرى يضيق من هذا النطاق، ولما كانت الصفقات العمومية عقود إدارية محددة تشريعا من حيث موضوعها، وجب حينئذ الرجوع للتشريع لمعرفة موضوع الصفقة العمومية. حيث نجد أن المرسوم الرئاسي 15-247[1] قد حدد موضوع الصفقة في المادة 29 منه: " تشمل الصفقات العمومية إحدى

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

العمليات الآتية أو أكثر: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات". كما أضافت المادة 32 من نفس المرسوم الرئاسي[1]عقود البرامج حيث جاء فيه أنه:"يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ،حسب الحالة، إلى إبرام عقود برامج أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية، طبقا للتنظيم المعمول به".

3-المعيار المالي:

إن العقود التي تبرمها الإدارات والهيئات العمومية ليست كلها صفقات عمومية، وباعتبار أن لهذه الأخيرة لها صلة وطيدة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط الحد مالي أدنى من القيمة المالية لاعتبارها صفقة عمومية، وهذا ما وضحه المشرع من خلال المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم15-247[2] الذي حدد الحد المالي الأدنى لإبرام صفقة عمومية بنصه أن:" كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار [12.000.000 دج] أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار [6.000.000 دج] للدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

ثانيا: التعريف القضائي

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات العمومية، إلا أن القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفا للصفقات العمومية، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 م قضية

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- المرجع نفسه.

رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد "ق .ا "، تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: "...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."[1]

من خلال التعريف السابق للصفقة العمومية، يبدو أن مجلس الدولة حصر مفهومها في رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص، أي أن العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في المؤسسة الإدارية، كما حصر التعريف أعلاه الصفقة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى، كما أنه لم يعطي التعريف القضائي أية أهمية للجانب الشكلي رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب فمن هنا يمكن أن نستخلص أنه مفهوم ناقص[2] .

من جانب آخر ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بتاريخ 02-12-1952 للقضاء بأن: "العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية فإنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة، وأنها تستهدف مصلحة عامة لسير المرفق العام، وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة إذ يجب أن يراعي فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد..."[3]

كما أشارت ذات المحكمة إلى عناصر العقد الإداري كونه العقد الذي:

---

[1]- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر،-دراسة تشريعية وقضائية وفقهية-، جسور للنشر والتوزيع، ط1، 2007، ص ص 36-37.

[2]- بعيط عائشة، ضمانات مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2013-2014، ص 15.

[3]- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، الإسكندرية، دط، 1989، ص 274.

1- يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام، كالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة الإدارية.

2- أن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام، ومن الطبيعي أن يستهدف المرفق العام في نشاطاته تحقيق المصلحة المتعاقدة.

3- أن تظهر فيه نية الإدارة للأخذ بقواعد القانون العام بما يعني أنها ضمنت العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.[1]

ثالثا:التعريف الفقهي

لقد أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشأ قضائي أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة على اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه[2].

إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول، وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر إلى أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني مترتب على العقد، إلا أن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء وهو ما تولّى الفقه الإداري توضيحه وتحليله، لقد عرف الفقه الإداري العقد الإداري أنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام و مباشر تسييره، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب قانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".[3]

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 39.

[2]- المرجع نفسه، ص 41.

[3]- المرجع نفسه.

الفرع الثاني

تطور نظام الصفقات العمومية في القانون الجزائري

كلا من المشرع الفرنسي والجزائري لم يشيران إلى احترام مبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية في بادئ الأمر، ولكن لم يبقي الوضع على حاله فبعد إزالة احتكار الدولة على النشاط الاقتصادي وتكريس مبدأ حرية المبادرة وحرية التجارة والصناعة، تم الاعتراف باحترام مبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية ابتداء من سنة 2002، وهذا ما سنوضحه من خلال النقاط الآتية:

أولا: نظام الصفقات العمومية أثناء الحقبة الاستعمارية

خلال المرحلة الاستعمارية كانت الجزائر تخضع للتشريع الفرنسي، الذي كان يحكم كل المجالات ومن بينها نظام الصفقات العمومية الذي خضع لقوانينها سنوات كثيرة، حيث صدرت الدولة الفرنسية خلال هذه الفترة عدة مراسيم وقرارات وأوامر تهدف من وراءها لتكريس سياستها وتحقيق طموحاتها وأطماعها الاستعمارية.[1]

ومن أهم هذه التشريعات يمكن ذكر:

- المرسوم رقم 56-256 المؤرخ في 13 مارس 1956 م المعدل و المحدد لقواعد إبرام صفقات الدولة.
- المرسوم رقم 57- 24 المؤرخ في 8 جانفي 1957 م والمتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.
- المرسوم رقم 59-370 المؤرخ في 28 فبراير 1959 والمتعلق بمساهمة المؤسسات في الصفقات العمومية قصد تسهيل التنمية في الجزائر.

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 11،10.

- القرار المؤرخ في 12 فبراير 1957م المعدل والقاضي بتمديد التنظيم الفرنسي إلى الجزائر.[1]

ثانيا: نظام الصفقات العمومية خلال المرحلة الانتقالية 1962-1967

اضطرت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال إلى تبني التشريع والتنظيم الفرنسيين المتعلقان بالصفقات العمومية شريطة أن لا يتنافي والسيادة الوطنية، وهذا تجنبا للوقوع في فراغ قانوني، لو قامت بإلغاء التشريع الفرنسي، ولكن هذا لم يمنعها بإصدار بعض التنظيمات التي كانت ضرورية للسير الحسن والمنظم للصفقات العمومية،[2] نذكر منها:

- المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فبراير 1964م المتعلق بالتسبيقات الاستثنائية في الصفقات.
- المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964م المتضمن إحداث اللجنة المركزية للصفقات.
- المرسوم رقم 64-278 المؤرخ في 4 سبتمبر 1964م المتعلق بالتسبيقات الاستثنائية.[3]

ثالثا: نظام الصفقات العمومية في ظل الأمر 67-90

صدر أول تشريع للصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 67-90 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 17 جوان 1967م في الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1967، وقد تضمن هذا القانون 167 مادة احتوت على 9 أبواب.

[1]-عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 11.

[2]- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص ص 11،12،13.

[3]- المرجع نفسه.

كان الهدف من إصدار المشرع الجزائري في ظل النظام الاشتراكي السائد آنذاك، يتمثل أساسا في حماية الإنتاج الوطني، واليد العاملة، والاعتماد على الصفقات العمومية كآلية وأداة لتنفيذ المخطط الوطني، في إطار سياسة التخطيط الاقتصادي [المخططات الثلاثية والرباعية والخماسية في فترة السبعينات من القرن الماضي، زيادة لتنظيم العلاقات بين الإدارات العمومية].[1]

رابعا :نظام الصفقات العمومية في ظل مرسوم 82-145

صدر المرسوم رقم 82-145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي بتاريخ 10 أفريل1982 و نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 أفريل 1982 العدد 15، و قد تضمن 164 مادة.

صدر هذا المرسوم تماشيا مع سياسة النظام الاشتراكي، بهدف شمولية تطبيقه على كافة المؤسسات العمومية بغض النظر عن طبيعتها المركزية أو اللامركزية، سواء كانت إدارية أو اقتصادية [شركات وطنية] أو اجتماعية أو ثقافية، فقد جاء ليطبق على كافة أجهزة الدولة وهيئاتها وحددتها في سياق توحيد النظام القانوني لصفقات وعقود الإدارات والمؤسسات العامة، انسجاما مع الاختيار الاشتراكي الذي يقوم أساسا على وحدة القانون.[2]

وفي هذا السياق حددت المادة 05 من المرسوم رقم 82-145 المتعامل الاقتصادي بصورة واسعة حينما نصت على أنه:

- جميع الإدارات العمومية [الدولة، الولاية، البلدية].

[1]- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، 2009، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، ص112.

[2]- المرجع نفسه.

- جميع المؤسسات الإدارية و الاقتصادية [الاشتراكية] و الهيئات العمومية .
- شركات الاقتصاد المختلط .

خامسا: نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 91-434

من النصوص الجديدة التي عرفتها مرحلة بداية التسعينات هو قانون للصفقات العمومية الجديد حمله المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في نوفمبر 1991م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم 57 لسنة 1991م وذلك بعد صدور دستور 1989 الذي تخلى عن النظام الاشتراكي، وتبنى نظام جديد يتمثل في النظام الليبرالي،[1] فكان لابد من سن ووضع نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة، من خلال الأخذ بالازدواجية والثنائية القانونية من حيث التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، فصدر المرسوم التنفيذي رقم91-434 ليقتصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون قطاعها الاقتصادي [المؤسسات العمومية الاقتصادية E P E] الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص [القانون التجاري، عقود تجارية][2]، و هذا ما نلتمسه من خلال نص المادة الثانية منه التي نصت على أن: "لا يطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المسماة أدناه" المصلحة المتعاقدة ".

سادسا: نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 02-250

صدر المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 بتاريخ 24 جويلية 2002 م، ونشر في العدد 52 من الجريدة الرسمية لسنة 2002، وقد تضمن 154 مادة .

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 26،25.

[2]- فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص 113 .

يعود ظهور هذه القواعد المنظمة للصفقات العمومية إلى تبني مرحلة جديدة ميزها دستور جديد صدر سنة 1996، وبموجب أحكامه عرفت مؤسسة رئاسة الجمهورية اتساعا من حيث ممارسة الصلاحيات سواء فيما يخص مجال التعيين أو مجال السلطة التنظيمية.[1]

عرف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 تعديلا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية نظرا للسياسات الاقتصادية الجديدة [الخوصصة، الشراكة الأجنبية، الشفافية في تسيير الأموال العمومية، ضمان مبدأ المساواة...إلخ]، ومن هنا تم إعادة صياغة النص المتعلق بالصفقات العمومية باعتباره أهم أنواع العقود الإدارية التي توفّق بين المصلحة العامة والخاصة.[2]

سابعا: نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236

1-المرسوم الرئاسي رقم 10-236

صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236[3] المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل07 أكتوبر سنة 2010. الذي يتضمن الصفقات العمومية المعدل والمتمم، والذي تم سنه لضمان نجاعة الطلبات العمومية وللاستعمال الحسن للمال العام، وكذا مراعاة جملة من المبادئ التي يجب احترامها في ظل قانون الصفقات العمومية كحرية

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص30.

[2] - فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص 113.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7-10-2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر العدد 58 لسنة 2010، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في 1-3-2011، ج ر العدد 14 لسنة 2011 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 11-222 المؤرخ في 16-6-2011 ج رالعدد 34 لسنة 2011، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 28-1-2012 ج ر العدد 04 لسنة 2012 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13-1-2013ج ر العدد 2 لسنة 2013.

الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات إلي غيرها من المبادئ.

2-المرسوم الرئاسي رقم 15- 247

أما بالنسبة للقانون الساري المفعول إلى حد الآن و الذي ألغى المرسوم الرئاسي السابق فهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1] مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في 6 ذو الحجة عام 1436 هجرية الموافق ل20 سبتمبر سنة 2015م العدد 50 المعدل والمتمم، وقد تضمن 220 مادة.

الفرع *الثالث*

تصنيف وأنواع الصفقات العمومية

لقد استقر المشرع الجزائري على اعتبار هدف وموضوع الصفقة العمومية هو إشباع الحاجات العامة بخصوص الأشغال والتوريدات والخدمات، كما أضاف المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ميدان الدراسات في المادة 04 منه، أما في التشريع الحالي أي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فقد نص في المادة 2 منه على أنواع الصفقات العمومية والتي يمكن استخلاصها فيما يلي:

أولا: صفقات انجاز الأشغال

عرفت محكمة القضاء الإداري المصري صفقات انجاز الأشغال في حكمها الصادر في 23-12-1956 على أنها: "عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاها يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"، كما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي عقد إداري باستمرار[1].ومن ثم يتبن أن صفقات الأشغال يجب أن تنصب على ما يلي:

- أن تبرم الصفقة لحساب شخص معنوي عام تطبيقا لذلك لا يشترط أن يكون العقار مملوكا لشخص معنوي، فقد يكون مملوكا لأحد الأفراد حيث أن المهم أن يكون انجاز الأشغال العامة لحسابه.[2]
- أن يكون موضوع الأشغال هو عقار بالبناء أو الترميم أو الغرس ويشمل كذلك الطرق والجسور والتشجير وعليه، إذا كان العقد منصبا على منقول فلا تكون الصفقة صفقة أشغال إنما صفقة توريد، يتعين أن يكون الهدف من إبرام الصفقة تحقيق المنفعة العامة.[3]

أما التشريع الجزائري فيعتبر صفقات انجاز الأشغال عقود تبرم بين المتعاملين والإدارة قصد إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع. تعتبر المنشأة

[1]- سليمان محمد الطماوي -مبادئ القانون الإداري-، دراسة مقارنة، الكتاب 3، دار الفكر العربي، مصر، دط، 2005، ص ص122-123.

[2]- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، 1993، ص 538.

[3]- المرجع نفسه.

مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها و وظيفة اقتصادية أو تقنية،[1] مقابل ثمن متفق عليه لا يقل عن اثني عشر مليون دينار جزائري.[2]

ثانيا :صفقات اقتناء اللوازم أو التوريدات

هي أعمال اقتناء اللوازم التي تحتاجها الإدارات العمومية والجهات المخولة قانونا لإبرام الصفقات العمومية لدى الموردين –الباعة- سواء كانت مؤسسات عامة أو خاصة، وذلك في سبيل ضمان سير المرافق العامة. وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 02-12-1956 على أنه: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"، ويعتبرها مجلس الدولة الفرنسي عقود إدارية باستمرار.[3]

أما المشرع الجزائري فقد عرف الصفقة العمومية للوازم على أنها اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد[4]، مقابل ثمن متفق عليه لا يقل عن اثني عشر مليون ملايين دينار جزائري.[5]

[1]- المادة 3/29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- المادة 13، المرجع نفسه.

[3]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ص130،131.

[4]- المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[5]- المادة 13، المرجع نفسه.

ثالثا :صفقات الخدمات والدراسات

هي عقود تبرمها المصلحة المتعاقدة مع متعامل متعاقد معها بهدف تقديم الخدمات لإجراء دراسات وأبحاث حول الأرض وتصميمها قبل بداية الأشغال قصد تقديم الدراسات حول موضوع معين تحدده الإدارة.[1]

وحسب المشرع الجزائري يجب أن يساوي أو يفوق مبلغ الصفقة فيها عن ستة ملايين دينار جزائري حسب المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 13 منه.[2]

والملاحظ أنه مع تطور منظومة الصفقات العمومية انفصل مجال الدراسات عن مجال الخدمات الذي كان ينطوي تحت عنوانه سابقا، أما الآن فقد أصبح يحوز مجالا خاصا به، حيث عرف المرسوم الرئاسي 10-236 صفقة الخدمات على أساس الهدف منها، وهو تحقيق خدمات عادية أو فكرية، وتتميز عن صفقتي التموين والأشغال بأنها الصفقة التي يتم الاتفاق بشأنها دون أن ينتج عن ذلك زيادة في الذمة المالية للمصلحة المستفيدة منها، فالأمر لا يتعلق هنا ببناء أو إقامة منشأة أو صناعة جسم مادي إنما يتعلق بأداء خدمة لا غير.[3]

أما المرسوم الساري المفعول فقد سار على نفس نهج المرسوم الرئاسيرقم 10-236 الملغى حيث عرف صفقات الدراسات على أنها إنجاز خدمات فكرية،[4] أما صفقات الخدمات فهي تلك الصفقات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات. وهي

[1]- فيصل نسيغة، المرجع السابق ، ص11.

[2]- انظر المادة 2/13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[3]- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر، 2011، ص59.

[4]- انظر المادة 10/29 من المرسوم 15-247، المرجع السابق.

صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات،[1] كما تضيف المادة 03 من مرسوم 2015 الحالي على أن الصفقات العمومية تبرم قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات.

وبذلك فإن صفقات الدراسات تعرف على أنها الصفقات العمومية التي تبرمها الجهات المخولة قانونا مع الفنانين أو التقنيين أو المهندسين في سبيل إعداد تصاميم أو دراسات فنية أو إحصائية أو تقديرية لمشروع ما .[2]

رابعا :صفقات البرنامج

يمكن إضافة عقد البرنامج كنوع من أنواع الصفقات العمومية، الذي هو اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرممع المتعاملين العموميين الوطنيين، أو المتعاملين الخواص الوطنين المؤهلين والمصنفين قانونا، كما يمكن أن يبرم مع المؤسسات الأجنبية الناشطة في الجزائر طبقا للتشريع المعمول به، كما يمكن أن يبرم هذا العقد مع المتعاملين الأجانب الذي تتوفر لديهم ضمانات تقنية و مالية .[3]

وهذا ما نستخلصه من نص المادة 32 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ،حسب الحالة إلى إبرام عقود برامج أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية طبقا للتنظيم المعمول به".

أما القانون الجزائري فقد عرف صفقات البرنامج على أنه عقد يكتسي شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، ويمكن أن يتداخل في سنتين ماليتين أو

[1]- أنظر المادة 13/29من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- مجراب سولاف، الرقابة على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، ص 40.

[3]- فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص111.

أكثر و يتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام المرسوم 15-247، لا يمكن أن تتجاوز مدة هذا النوع من العقود خمسة سنوات.[1]

المبحث الثاني

مبادئ منح الصفقات العمومية ضمانة للمنافسة النزيهة بين المقاولين

مرت الصفقات العمومية في الجزائر طبقا لتنظيم الصفقات العمومية 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[2] 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 إجراءاتها.

وعليه يقوم إبرام الصفقات العمومية من منظور تنظيم الصفقات العمومية 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.

[1]- المادة 33 من المرسوم الرئاسي 15 -247، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 5، المرجع نفسه.

المطلب الأول

المبادئ التي ترتكز عليها الصفقات العمومية

حدد المشرع الجزائري بموجب قانون الصفقات العمومية المرسوم رقم 15-247 مجموعة من الإجراءات التي يجب على الإدارة أن تحترمها وتلتزم بها عند القيام بأي عقد يتضمن موضوعه صفقة عمومية كما يلي:

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.

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-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.[1]

[1]- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013، ص 62.

يعني مبدأحرية المنافسة إعطاء الفرصة لكل من 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.[1]

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 أو 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 المدبر كما يضمن مبدأ حرية المنافسة للمتعهدين إضفاء الشفافية في تعاملات الإدارة تدعيما لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المهتمين بالنشاط موضوع طلب العروض فلا يكون التعاقد حكرا على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم.

2- مبدأ المساواة بين المتنافسين

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

[1]- حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2006، ص 122.

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

يقوم هذا المبدأ على أساس المساواة بين جميع المتقدمين بعطاءاتهم الذي يكون على قدم المساواة مع بقية المتنافسين وليس للإدارة أن تقيم أي تمييزغير مشروع بينهم.[1]

يفيد مبدأ المساواة أنه يجب التعامل مع جميع المرشحين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة و المواعيد و الإجراءات المقررة دون تفرقة بين المتنافسين من جانب الجهة الإدارية.

يترتب على تطبيق مبدأ المساواة نتيجة قانونية هامة، هي أنه لا يجوز للإدارة 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.[2] لذلك يمكن القول، بأن انعدام مبدأ الشفافية في التعامل يعد مؤشرا على وجود ممارسات غير مشروعة و خرق للأحكام والتشريعات المعمول بها في مجال التنافس للفوز بالصفقة العمومية.

[1]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 250.

[2]- المرجع نفسه، ص 250.

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.[1]

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 جومن النزاهة والاستقامة ووفق القواعد والمعايير المحددة في القانون.

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

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

وأخيرا ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد المنافسة عند القيام ببعض الممارسات أثناء إعداد الصفقات العمومية وكذا الإدعاء أمام مجلس المنافسة

[1]- صياد ميلود، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر(تعديل 2008)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2015، ص 21.

طبقا لمادة تضمنه الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والقانون 08-12 المعدل له.[1]

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 من الزمن مجبرا على إدراج أحكام لحماية المتعامل حتى وإن كان هذا يتعارض في ظاهره مع مبدأي حرية التنافس والمساواة بين المترشحين.

لقد ازدادت حدة هذه الأحكام ضمن مرسوم 15-247 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

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

[1]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص 21.

إن هامش الأفضلية لا يطبق إلا بمناسبة الصفقات الوطنية و/أو الدولية إذ لا مجال لتطبيقه في الصفقات الوطنية.[1]

تقتضي دراسة هذه المسألة نظرة في مختلف التنظيمات وكيفية تعامل كل منها في هذا الشأن والتي تميزت بوجود مرحلتين أساسيتين كما يلي:

أ- مرحلة من الأمر67 -90 إلى غاية المرسوم التنفيذي 96 -54

يرى المتأمل في نصوص تنظيمات الصفقات العمومية في هذه المرحلة التمييز الواضح والأفضلية التي تميز بها التعامل الوطني خاصة المتعامل الاقتصادي الذي ينتمي إلى القطاع العام وهو الأمر الذي نوجزه في إطار ما يلي:

أ-1- الأفضلية الوطنية ضمن الأمر 67-90

في الحقيقة رغم أن المشرع في ظل هذا الأمر لم يحدد نسبة معينة لهامش الأفضلية، إلا أنه لا يمكن إنكار أنه مارس تمييزا واضحا لصالح المؤسسات الوطنية من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية، هذا ما تؤكده المادة 38 فقرة 2 "وتختار الشركة الوطنية والمؤسسةالمسيرة ذاتيا إذا كانتا من بين أصحاب العروض الذين عرضوا السعر الأدنى" وذلك بمناسبة عرض إجراءات المزايدة، كما تظهر هيمنة القطاع العام ضمن أحكام الصفقات الممنوحة وفقا لإجراء التراضي المواد 61،60.

يبدو مبدأ التمييز بين القطاعين العام والخاص أكثر وضوحا إذا ما تعلق الأمر بمعايير اختيار العروض طبقا للمادة 49 "يتم اختيار العروض نظرا لما يلي: السعرإلا إذا كان عرض السعر الأدنى هو مؤسسة أجنبية..." خصوصا أن السعر يمثل أكثر المعايير حسما في منح الصفقة، كما ننوه أن الأمر رقم 76-11 قد أختصالمؤسسات

[1]- زمال صالح، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة الجزائر، ص7.

الاشتراكية والمؤسسات ذات الاقتصاد المختلط بإبرام عقود البرنامج دون باقي المتعاملين بما فيهم المتعاملين الأجانب.[1]

2- الأفضلية ضمن مرسوم 1982 و المرسوم التنفيذي 1991

في خطوة نحو زيادة التميز الممارس ضد المؤسسات الأجنبية، رتب المرسوم 82-145 المتعاملين المتعاقدين حسب الأسبقية في إطار منح صفقات المتعامل العمومي طبقا لترتيب المادة 24.يأتي هذا حتى بمناسبة الأزمة الخانقة خاصة منذ 1986 التي دفعت الجزائر ومتعامليها العموميين اللجوء إلى الاقتراض الخارجي لتنفيذ إستراتيجيتها التنموية وبالتالي خضوعها لتعليمات المؤسسات المالية المقرضة ذات الطابع الملزم خاصة منها البنك الدولي، كان أحد المبادئ هو منح هامش أفضلية يتراوح بين 05% حتى20% من ثمن التوريدات أو الأشغال، إلا أن المشرع لم يأخذ ذلك بعين الاعتبار ضمن تعديل المرسوم 82 -145، بل وفي سياق هذه الأزمة منح رئيس الجمهورية حينها هامش أفضلية بلغ حدود 50% لصالح المؤسسات الوطنية فيمواجهة المؤسسات الأجنبية.

سار المرسوم التنفيذي 91-434 على نفس المنوال في عدم تحديد هامش أفضلية فيما تخلى عن أسبقية الترتيب التي كان المرسوم 1982 قد قررها ضمن أحكام المادة 24، إذ دامت الوضعية التي أسس لها مرسوم 1982 حتى سنة 1996 بتعديل المرسوم التنفيذي 91-434، وهي الأسبقية التي لم يأخذ بها المتعاملون العمومية للعديد

[1]- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة بتاريخ 07 جوان 1967.

من الأسباب أهمها وضوحا لهيمنة المؤسسات الأجنبية على العديد من القطاعات الاقتصادية.[1]

ب- مرحلة صدور المرسوم الرئاسي 02 -250 إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 10 –236

شهدت هذه المرحلة تراجعا في مسألة الأفضلية الوطنية وذلك بتحديد نسبة مئوية تمنح للمتعاملين الوطنيين الذين تم قبول عروضهم التقنية، والتي تطبق على العرض المالي.

ب1- الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 02 -250

تداركت السلطات الجزائرية النقص الفادح الذي وقعت فيه التنظيمات السابقة في هذه المسألة وربما تحت ضغط الجهات المانحة والمقرضة، ذلك بإدراج المادة 19 التي تمنح هامش أفضلية قدر بـ15% والذي يعتبر حدا معقولا بالمقارنة ببعض التشريعات الأخرى، يطبق على كافة الصفقات، سعيا منه للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتوج الوطني، وبالتالي خلقبعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية الراغبة في الحصول على الصفقات الدولية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة.[2]

[1]- المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل سنة 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي المعدل والمتمم، ج ر عدد 15، صادرة بتاريخ 13 أفريل 1982.

[2]- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ج ر عدد رقم 52 المؤرخة في 2002/07/28.

ب2- الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236

رفع التنظيم الجديد للصفقات العمومية هامش الأفضلية بـ 10 نقاط ليصبح بذلك 25 % لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية 9، التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية وبقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع، يأتي هذا التوجه نتيجة قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث كانت سياسة الحكومة واضحة في تكريس أداة المنتوج المحلي وتطبيقا للتعليمات الرئاسية المتعلقة بمكافحة الفساد من جهة، من جهة ثانية ضغط رؤساء المؤسسات الوطنية الخاصةمن أجل الحصول على حصة من البرنامج الخماسي للفترة بين 2010 و2014 ، وتمتد هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة مناقصات وطنية متى كان الإنتاج والأداة الوطنية قادرة على الاستجابة لحاجياتها وهو ما تنص عليه المادة 54 من المرسوم، ليس هذا فقط إنما في إطار اختيار مكاتبالدراسات دعت الحكومة للتقليص من اللجوء إلى مكاتب الدراسات الأجنبية واقتصارها على المشاريع الكبرى للمنشآت الأساسية التي لا تزال المعارف الوطنية بشأنها غير كافية. هذا ما عبرت عنه العديد من الجهات المختصة بنية الحكومة في التقليص من حصة المتعاملين الأجانب في هذا المجال فيما يتساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح مؤسسات على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمريستدعي مزيد من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة.[1]

لا يقتصر الأمر على فرض الأفضلية الوطنية بل سعيا منه لحماية وبناء القطاع الخاص الوطني لجأت السلطات الجزائرية إلى تخصيص نسبة من الصفقات المطروحة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

[1]- المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

ب3- الأفضلية ضمن المرسوم 15-247

وهذا وفقا للمادة 83 من هذا المرسوم يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرين (25 %) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يجوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29.[1]

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 الرئاسي10-236 فالمادة 49 منه تجيز 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،[2] في حين أن من أهم ما ميز أحكام مرسوم 2010 هو المادة 55 التي تخصص الصفقات الخاصة بالأشغال ذات الطابع الحرفي لهذه الفئة وحدها دون غيرها حسب التشريع المعمول به في هذا المجال، بالإضافة إلى أحكام المادة 55 مكرر1 التي تنص على أنه " عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسساتالمصغرة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصريا..."، كما أن الفقرة 03 من ذات المادة تنص على تخصيص نسبة من الطلبات العمومية "يمكن أن تكون الحاجات

[1]- المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- زمال صالح، المرجع السابق، ص 9.

المذكورة أعلاه، في حدود عشرين بالمائة 20 %على الأكثر من الطلب العام حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر الشروط مخصص..."، مفهوم الصفقات المحجوزة لا يعد حكرا على المرسوم الرئاسي 10-236 بل يمكن أن نلمس هذا المفهوم ضمن أحكام التنظيمات السابقة، إذ تعود أصوله إلى النظام القانوني الموروث عن النظام الاستعماري ضمن أحكام المرسوم رقم 59 -370 الذي شدد على منح مساهمة لا تقل عن 15% من مجموع الصفقات الممنوحة من الدولة للمؤسسات العمومية الوطنية ، كذلك بشأن المزايدة مثلا حيث تعتبر جميع المزايدات وفقا لمفهوم هذه التنظيمات صفقات مخصصة للمؤسسات المستقرة في الجزائر دون غيرها.[1]

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 التراضي، وهذا ما نصت المادة 39 من الأمر 15-247.

ومن هذا المنطلق سوف نتطرق في هذا الفرع (أولا) طلب العروض والتي تعتبر القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية، والاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة العامة والمتمثل في التراضي (ثانيا).

أولا: طلب العروض

طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية نتعرض إلي ما يلي:

[1]- زمال صالح، المرجع السابق، ص 4.

أ- تعريف طلب العروض:

قد عرفه المشرع الجزائري في النص المادة 40 من المرسم الرئاسي رقم 15-247 "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسينمع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداإلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات"[1] يعد طلب العروض الوسيلة الأساسية والقاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية كما يعد بمثابة دعوة المنافسة.[2]

ب- أشكال الدعوة للمنافسة في ظل الصفقات العمومية

يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا، و يمكن أن يتم حسب الأشكال الآتية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود والمسابقة وهذا ما نصت عليه المادة 42 من المرسوم الرئاسي15-247.[3]

ب1- طلب العروض المفتوح: هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا.[4]

[1]- المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد ومحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق، الإسكندرية، دط، 2008، ص 89.

[3]- المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[4]- المادة 43، المرجع نفسه.

ب2- 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.[1]

ب3- طلب العروض المحدود: هو الإستشارة الإنتقائية، 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.

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 لأحكام المادة 46 أدناه، وإما على مرحلة واحدة.[2]

فالمرحلة الأولى تتمثل في: عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

[1]- المادة 44، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- المادة 45، المرجع نفسه.

أما المرحلة الثانية: استثناء، 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 المتعاقدةعلى 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 الأولي كل ثلاث (3) سنوات.

ب4- المسابقة: هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48، 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.[1]

ثانيا: التراضي

أ-تعريف التراضي: التراضي هو الطريق الإستثنائي لإبرام الصفقات العمومية، حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة، ولذلك فهو استثناء يختلف عن المناقصة التي تشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، والتي تستند إلى مبدأ المنافسة.[2]

عرف المشرع الجزائري التراضي في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية

[1]- المادة 47، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 89.

إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

ب-أشكال التراضي: يأخذ التراضي في الواقع شكلين هما: التراضي البسيط، التراضي بعد الاستثناء.

ب 1- التراضي البسيط: يشكل التراضي البسيط طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية، ولذا نجد الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إليه مقيدة بشروط ومحددة حصيرا في أربعة حالاتهي:

- عندما لا يكون تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.
- في حالات الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ماك أو استثمار، قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع أجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة التنبؤ بالظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة ممارسات احتيالية من طرفها.
- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية.[1]
- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.[2]

[1]- المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- فيصل نسيغة، المرجع السابق، ص 116.

ب2- التراضي بعد الاستشارة: يمكن الإدارة المتعاقدة أن تستند الصفقة أيضا إلى متعامل واحد في حالتين وهما:

- عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية.
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، تحدد قائمة الخدمات واللوازم بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.[1]

المطلب الثاني

إلزامية الإعلان عن الصفقة و المنح 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 وإلزاميته بالنسبة للمناقصات أو المزايدات، وكذلك تم إدخال العمل بإجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية بموجب المرسوم الملغي10-236 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

[1]- المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

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 للمنافسة بينهم، وضمان احترام مبدأ المساواة، ويسمح بذلك للإدارة باختيار أفضل العروض والمرشحين،[2] وهذا ما نصت عليه المادة 61 من 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."[3]

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.

أولا: الإعلان إجراء شكلي وجوهري

اشترط القانون الجزائري الإعلان عن الرغبة في التعاقد عن طريق الإشهار الصحفي وجوبا في المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سواء كانت طريقة التعاقد طلب عروض مفتوح أو طلب عروض محدود، أو مسابقة أو التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء، ويحرر الإعلان باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجباريا في

[1]- جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر،أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر، ص ص 139، 140.

[2]- هيبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء، ط1، مصر، 2009، ص131.

[3]- انظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى[1] الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين كما أدرج مرسوم 2015 في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي ننشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر و أجال الانجاز و كل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.[2]

1- إجراء النشر الصحفي واستحداث النشر الالكتروني

يتم النشر بطريقتين هما:

- 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.[3]

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 لمحتوى 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.

[1]- انظر المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

[2]- المرجع نفسه.

[3]- جليل مونية، المرجع السابق، ص141.

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

- النشر الالكتروني:

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[2] 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"، فنص 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" .[3]

إن وجود نصوص كهذه في تنظيم الصفقات العمومية، إنما يدل على مسايرة القانون للتطور العلمي الحديث، هذا ما دفع إلى تعديل المادة 174 من المرسوم

[1]- أنظر المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 1984/05/12 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

[2]- هيبة سردوك، المرجع السابق، ص136.

[3]- انظر المواد 174، 173 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المرجع السابق.

الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي نصت على أن الإعلان الالكتروني غير ملزم للمصالح المتعاقدة عكس الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ويتضح ذلك من استعمال المشرع لكلمة "يمكن"، وتعويضها بالمادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي نص فيها 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.[1] 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.[2]

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 و حتى الالكتروني إذ تعتبر هذه الوسيلة الأكثر استعمالا في وقتنا الحالي. كما أضاف إمكانية الإعلان المحلي الذي جاءت به المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بهدف التوسيع من دائرة العلم من أجل الحصول على أكبر عدد ممكن من المتقدمين والمتنافسين وبذلك تتحصل المصلحة المتعاقدة على عدة فرص لاختيار أفضل العطاءات، والتي أفادت بأنه يمكن أن تكون محل إشهار محلي مناقصات الولايات، البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها عن طريق:

[1]- انظر المادة 1/204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 2/204، المرجع نفسه.

- نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين.
- إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية: للولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرفة التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية، للمديرية التقنية المعنية في الولاية.

وهذا بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار "100.000.000 دج" أو يقل عنها وخمسين مليون دينار "50.000.000 دج" أو يقل عنها.[1]

والجدير بالذكر أن القانون الجزائري لم يبين تاريخ الإعلان في التنظيم الأخير له للصفقات العمومية، في حين نجد أن أول نص قانوني لها أي الأمر رقم 67-90 وضح بأن الإعلان ينشر قبل 20 يوما على الأقل من التاريخ المحدد لاستلام العروض، مع إمكانية تخفيض المدة إلى 10 أيام عند الاستعجال.[2]

ثانيا: مضمون الإعلان

بين قانون الصفقات العمومية المعلومات والبيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها الإعلان من خلال المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتتمثل هذه البيانات الإلزامية في ما يلي:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.

[1]- أنظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- أنظر المادة 33 من الأمر رقم 67-90 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 17 جوان 1967 في ج ر رقم 52 لسنة 1967.

- 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"، ومراجع طلب العروض.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.[1]

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 وآجالها 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.[2]

وقد فرضت المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تزويد المترشحين بكل المعلومات الدقيقة

[1]- انظر المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 116.

خاصة فيما يتعلق بالوصف الدقيق لموضوع الخدمة والمواصفات التقنية المطلوبة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتوجات أو الخدمات أو التصاميم أو الرسوم، والضمانات المالية والوثائق المطلوبة،واللغة أو اللغات الواجبة استعمالها في تقديم التعهدات وكيفيات التسديد، والعنوان الدقيق، وآخر أجل لتقديم العروض.[1]

يترتب عن إلزامية الإعلان بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم احترامها الأشكال الجوهرية بطلان طلب العروض برمتها، وهو ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي حينما حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك[2]، ولا يتم البطلان إلا إذا تمت مخالفة احدى الأشكال الجوهرية المقررة أساسا لمصلحة الأفراد كضمان قانوني لفائدتهم، أما الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عنها البطلان كحالة حدوث خطأ في الأرقام أو الأخطاء الحسابية التي من السهل أن ينتبه إليها المترشح.[3]

وبهذا يتعين على الإدارة في حالة تقديم التوضيحات والبيانات إلى أي متنافس بطلب من هذا الأخير، تمكين بقية المتنافسين الآخرين الذين (سحبوا ملفاتهم)، من نفس البيانات والتوضيحات في نفس اليوم وحسب نفس الشروط، وذلك بواسطة إحدى الطرق القانونية للتبليغ في هذا المجال، ينطبق نفس الوضع بالنسبة لتنظيم الزيارة إلى المواقع، فالمحاضر المعدة بشأنها، وبالنظر لما تحتويه من بيانات توضيحية، يتعين

[1]- انظر المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 المرجع السابق.

[2]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص249.

[3]- محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1992، ص10.

تبليغها إلى جميع المتنافسين المعنيين بالأمر، بالتساوي فيما بينهم، وكذا إلى لجنة تقييم العروض.[1]

الفرع الثاني

إجراء المنح المؤقت للصفقة

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 و الانتقاء

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 des (charges)، والذي يلحق بالعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها.

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 المطلوبة في المترشحين، الأسس التي يتم الاعتماد

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص 146.

عليها في[1] 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 شفافية الإجراءات، و يتم إعداده حتى بالنسبة لصفقات التراضي.[2]

وفقا للمادة 26 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 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.[3]

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 أو المؤسسات والدواوين العامة.
- دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والتي تضمنها القرار الإداري بتاريخ 1964/11/21.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة: والتي تحددالترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.[4]

---

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص ص146،147.

[2]- المرجع نفسه، ص ص147-148.

[3]- انظر المادة 26 من المرسوم رقم 15-247، المرجع السابق.

[4]- انظر المادة 2/26، المرجع نفسه.

• 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 لايدع مجال لأي احتجاج لاحق.[1]

بهذه القواعد ستتاح الفرصة لكل المتنافسين لإعداد عروضهم، كما أن تطبيق هذه القواعد لا يدع مجالا للجهة المعنية بأن تنكر عدم استلامها لأحد العروض، 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 يبين كل منهما مرجع طلب العروض و موضوعها، ويتضمنان عبارة "تقني" و"مالي"، وأن يوضع الظرفان في ظرف آخر مقفل بإحكام ويحمل عبارة "لا يفتح"إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض-طلب العروض رقم....-موضوع طلب العروض.[2]

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

[1]- انظر المادة 3/26، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 67، المرجع نفسه.

الإخلال بما جاء في دفتر الشروط المتمثلة في الاعذار لتدارك ذلك، تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية، إلى عقوبات أكثر صرامة كالإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية أو فسخ الصفقة.[1]و هذا من خلال المادة 84 من القانون 15-247 التي تنص: "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة المؤسسات العمومية التابعة لها...بقرار من الوزير المكلف بالمالية".

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، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة.[2]

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.

[1]- المادة 84، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط2،1998، ص57.

كما ألزم القانون الجزائري المصلحة المتعاقدة عند تحديد الأجل بمراعاة عناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها، والمدة التقديرية اللازمة لتحضير وإيصال التعهدات،[1] ويجوز للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف، وفي هذه الحالة لابد أن تخبر المترشحين بذلك بكل الوسائل، كما فرض القانون على الجهة المعنية أن تفسح الأجل المحدد لتحضير العروض، ليفسح المجال لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.[2]

3-مرحلة فحص وتقييم العروض:

أسندت مهمة فتح الأظرفة في قانون الصفقات العمومية الجديد إلى لجنة واحدة متمثلة في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والتي تتشكل من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم،[3] 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[4]، 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 لموضوع الصفقة، العمل على تحليل العروض الباقية على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، تقوم باختيار أحسن عرض من حيث

[1]- انظر المادة 1/66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 2/66، المرجع نفسه.

[3]- انظر المادة 160، المرجع نفسه.

[4]- انظر المادة71، المرجع نفسه.

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 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، وفي نص المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 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 65 /2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 طريقة الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة والتي تتم عن طريق الإعلان عنها في الجرائد التي ننشر 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

[1]- انظر المادة 72، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط لتمكين المتنافسين الآخرين من تقديم طعونهم أمام لجنة الصفقات العمومية.[1]

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 تفضيل أحدهم عن الآخر، وهذا بموجب المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، 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.[2]

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

[1]- انظر المادة 2/65، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 78، المرجع نفسه.

طلب العروض، إذ لا يعتبر مجرد الترشح المؤقت للصفقة، توقيع الصفقة بالضرورة من طرف السلطة المختصة[1]. 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 الصفقات المختص بها، وبعدها تأتي مرحلة إرساء الصفقة التي تقوم على مجموعة من الإجراءات لإضفاء الطابع النهائي والرسمي عليها.

فبإرساء الصفقة والاختيار النهائي للمتعامل الاقتصادي، تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المختصة بذلك دخولها مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ، فالإرساء يجعل العقد نهائيا[2].

[1]- قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 50.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 131.

فصل الثاني
منع التواطؤ بين المقاولين للفوز بالصفقة العمومية

الفصل الثاني

منع التواطؤ بين المقاولين للفوز بالصفقة العمومية

بسبب امتداد قانون المنافسة إلى مجال الصفقات العمومية كان لابد لمختلف التشريعات خلق هيئات متخصصة تتمثل في مجلس المنافسة تسهر على محاربة تجاوزات الأعوان الاقتصاديين من جهة، وكذا تواطؤهم من جهة أخرى للفوز بالصفقة العمومية، حيث وسع المشرع من اختصاص هذا المجلس الذي يلعب دورا هاما في ضبط النشاط التنافسي، ليمتد إلى مجال الصفقات العمومية التي أصبحت حجر الأساس في فضاء المنافسة الوطنية والدولية. وفي هذا الإطار اهتم المشرع الجزائري بتحديد اختصاصات هذا المجلس من حيث الشروط والإجراءات والقرارات.

غير أن إنشاء مثل هذه الهيئة التي توحي للوهلة الأولى أنها المحتكرة لمجال الضبط التنافسي في مجال الصفقات العمومية، لا يحمل إلى استبعاد اختصاص الهيئات القضائية العادية منها والإدارية في ضبطها لهذا المجال الحساس في اتجاه يضمن تطبيق قانون و سياسة المنافسة في مرحلة إعداد الصفقة وتنفيذها.

المبحث الأول

دور مجلس المنافسة في محاربة تواطؤ الأعوان الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية

يطبق قانون المنافسة على الصفقات العمومية منذ الإعلان عن طلب العروض إلى غاية المنح النهائي للصفقة شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مهام أداء المرفق العام وممارسة السلطة العامة لذا منح المشرع لمجلس المنافسة سلطة اتخاذ عدة قرارات لردع تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة من جهة، وكذا سلطة فرض العقوبات وقمع أي

مساس بمبدأ المنافسة الحرة من جهة أخرى بين المقاولين للفوز بالصفقة العمومية، متبعا بذلك جملة من الإجراءات والتحقيقات للنظر في قضايا الصفقات العمومية.

المطلب الأول

مجلس المنافسة كهيئة رقابة على الصفقات العمومية

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة فرض الرقابة على الصفقات العمومية منتهجا بذلك جملة من الإجراءات التي يقوم بها الأطراف بصدد طرح النزاع على المجلس من جهة وهذا ما سنوضحه من خلال [الفرع الأول]، ومن جهة أخرى جملة التدابير ومختلف التحقيقات التي يقوم بها المجلس للكشف عن وجود هذه الممارسات في مجال الصفقات العمومية في [الفرع الثاني].

الفرع الأول

الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة للنظر في قضايا الصفقات العمومية

ليكون الادعاء مقبولا أمام مجلس المنافسة يتعين على المدعي أن يستوفي الشروط العامة المقررة قانونا لقبول الدعاوى القضائية من صفة ومصلحة، بالإضافة إلى اختصاص المجلس للنظر في موضوع الادعاء زيادة إلى شروط أخرى (أولا)، كما تتمتع مجموعة من الأشخاص المؤهلة قانونا دون سواهم لإخطار المجلس (ثانيا).

أولا: شروط إخطار مجلس المنافسة

ليقبل الادعاء من طرف مجلس المنافسة لابد من توفر مجموعة من الشروط التي تم النص عليها من طرف المشرع الجزائري في نص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 حيث جاء فيه ما يلي[1]: "يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس

[1]- المادة 44 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

المنافسة، ويمكن المجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر، إذا كانت لها مصلحة في ذلك.

ينظر المجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن تطبيق المواد 6 و7 و10 و 11 و12 أعلاه، أو تستند على المادة 9 أعلاه.

يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصاته أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية.

لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث 3 سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة."

1- شرط توفر الصفة:

إن قبول الإخطار أمام مجلس المنافسة يشترط صدوره من جهة تتمتع أولا بالصفة للقيام بذلك سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، أي لا يسمح بتقديم الادعاء أمام مجلس المنافسة إلا لأشخاص معنوية تتمتع بصفة التقاضي، والتي يمكن استخلاصها وتحديدها من خلال نص المادة 2/35 وكذا نص المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وبالتالي لا يخطر المجلس من فقد هذه الصفة، ومثال ذلك لا تتمتع بحق إخطار المجلس المؤسسة التي فقدت صفتها كمؤسسة أو التي تم شطبها من السجل التجاري أو الجمعية التي يسحب منها اعتمادها وأية هيئة لا تمارس المهام التي كلفت بها قانونا.[1]

[1]- جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة دكتوره في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 6-12-2012، ص327.

2- شرط توفر المصلحة:

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في النص المادة 44 في نهاية فقرته الأولى المذكورة أنفا أنه لا يحق للجهات التي حددها في المادة 35 من الأمر 03-03 إخطار مجلس المنافسة إلا إذا كانت لها مصلحة في ذلك وإذا ثبت أنه ليس لهذه الجهات مصلحة في ذلك فان المجلس يرفض إخطارها، ومثال ذلك المؤسسة التي تبلغ عن ممارسة تم تنفيذها في سوق غير السوق الذي تتدخل فيه، ليس لها مصلحة في إخطار المجلس ولا يحق لها أن تخطر هذا الأخير.[1]

3-شروط أخرى

أن يكون موضوع الإخطار داخلا في اختصاص المجلس طبقا لما نصت عليه المادة 1/44 المذكور أعلاه.

- إرفاق عريضة الإخطار بعناصر مقنعة تدعم الوقائع المعروضة، وهذا يعني تقديم الأدلة والأسانيد التي تدعم ادعاءات مقدم الادعاء.
- عدم تقادم الدعاوى المرفوعة إلى المجلس، فإذا تقادمت بأن تجاوزت مدتها ثلاث [3] سنوات دون أن يقع بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة، فإن المجلس يعلن عدم قبول الإخطار بالرجوع لنص المادة 4/44 من الأمر 03-03.[2]

ثانيا: الأشخاص والهيئات المؤهلة للادعاء أمام مجلس المنافسة

إن حق الادعاء أمام مجلس المنافسة مكفول بعدد محصور من الأشخاص والهيئات المتمثلة حسب نص المادة 1/44 من الأمر 03-03 في:

[1]- جلال مسعد، المرجع السابق، ص327.

[2]- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، المرجع السابق، ص6.

1-الإخطار الخارجي:

وهي فئة من الأشخاص التي لا تنتمي إلى تشكيلة المجلس وهي:

- الوزير المكلف بالتجارة:

بالرجوع إلى نص المادة 44 من الأمر 03-03 نستنتج أنه بإمكان الوزير المكلف بالتجارة إحالة النزاع إلى مجلس المنافسة عن طريق إخطاره، وبهذا يبرز دور الوزير المكلف بالتجارة بوصفه أحد الأشخاص المؤهلة لطرح المخالفات المتعلقة بالمنافسة في الصفقات العمومية أمام السلطة المختصة في النظر فيها.

يمارس الوزير المكلف بالتجارة هذا الإخطار إما في إطار ممارساته العادية لنشاطاته كإبلاغه بوجود ممارسة مقيدة للمنافسة في إعداد الصفقات العمومية من قبل مديريات المنافسة مثلا حيث يقوم بدوره بإحالة القضية إلى مجلس المنافسة، كما يمكن أيضا أن تتم في صيغة أخرى عن طريق إحالة الوزير المكلف بالتجارة القضايا المقدمة من طرف المؤسسات المعنية إلى المصالح الوزارية عوض عرضها مباشرة على المجلس لأسباب متعددة كعدم إدراكها في كثير من الأحيان وجود هذه السلطة أو جهلها في أحيان أخرى لحقها في الادعاء المباشر أمام المؤسسات المعنية.[1]

- الجماعات المحلية

نظرا لكون الجماعات المحلية (الولاية والبلدية) تتمتع بالشخصية المعنوية تسمح لها بإبرام عقود وفقا لقانون الصفقات العمومية،[2] فإنها في المقابل تتمتع بحق إخطار مجلس المنافسة حول كل الممارسات المقيدة للمنافسة والتي تلحق أضرارا بالمصالح التي تكلف بحمايتها.

[1]- Pierre Arhel, concurrence (règle de procédure) juriste classeur, paris, juin, 2001, p17.

[2]- المادة 6 من المرسوم رقم 15-247، المرجع السابق.

- الهيئات الاقتصادية والمالية:

يقصد بالهيئات الاقتصادية والمالية مجموع سلطات الضبط القطاعية في كل من المجال الاقتصادي والمالي وكذا المؤسسات المالية-المصارف والبنوك، حيث يمكن لهذه الهيئات أن تخطر مجلس المنافسة فيما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة المرتكبة في هذين القطاعين.[1] ومما لا شك فيه أن الصفقات العمومية يدخل في إطار أحد المجالين.

- المؤسسات:

يقصد بالمؤسسة "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات" طبقا للمادة 1/03 من الأمر 03-03 وعليه فكل عون اقتصادي متضرر من الممارسات والاتفاقات المرتكبة من طرف منافسيها والتي تهدف إلى إخراجه من السوق، أو منعه من الفوز بصفقة عمومية يمكنه الإخطار أمام مجلس المنافسة، ويشترط لصحة الادعاء وجود هذا الشخص ضمن المشاركين المقبولين في المناقصة.

وكما تجدر الإشارة إلى تمتع كل مؤسسة بحقها في إخطار المجلس حتى وإن تعرضت لتصفية قضائية بمعنى إفلاسها.[2]

- الجمعيات:

منح المشرع الجزائري الجمعيات المهنية والنقابية وجمعيات المستهلكين المعتمدة من طرف الدولة والمذكورة في ظل المادة 2/35 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة حق إخطار المجلس قبل تنفيذ وإعداد الصفقة العمومية، وذلك من أجل تحقيق المصلحة

[1]- جلال مسعد، المرجع السابق، ص323.

[2]- المرجع نفسه.

العامة. فهدف جمعية المستهلك مثلا من إخطار المجلس بخصوص ممارسة منافية للمنافسة أثناء إعداد صفقة عمومية هو رغبتها في حماية المستهلك، الذي يتضرر من أثار الحياد عن قواعد المنافسة.

2- الإخطار الذاتي والتلقائي:

بالرجوع لنص المادة 1/44 السابقة الذكر نلاحظ أن مجلس المنافسة يمكنه أن يبادر تلقائيا بالنظر في القضايا التي تدخل في اختصاصه وذلك دون ضرورة وجود إدعاء من طرف احد الأشخاص المذكورين في ذات المادة.

أشارت محكمة استئناف باريس في هذا الصدد إلى أن المجلس غير مقيد بتعليل قراره بالإخطار التلقائي، لأن ذلك لا يعد مساسا بقواعد الإنصاف التي تطلبها المحاكمة العادلة، و تضيف ذات المحكمة أن المجلس غير مقيد بالتبليغ أو بنشر قرار الإخطار التلقائي لأن الهدف منه فتح إجراءات المتابعة أمامه دون أي تكييف للوقائع والأفعال في هذه المرحلة.[1]

أما في مجال الصفقات العمومية فإن المجلس ملزم بالكشف عن كل التجاوزات التي تصل إلى علمه والممارسات المقيدة للمنافسة أثناء إعداد صفقة ما، ورغم أن المشرع الجزائري في قانون المنافسة لم يتطرق إلي الكيفية التي يمكن من خلالها الكشف عن ذلك غير أنه يمكن أن يتصور ذلك بشتى الطرق كأن يكون ذلك مثلا بمناسبة استشارته من قبل إحدى الجهات القضائية بخصوص قضية تتعلق بممارسة مقيدة للمنافسة حسب نص المادة 38 من أمر03-03 المعدل والمتمم[2]، كما أن تشكيلة لجنة المصادقة على الصفقات العمومية على جميع المستويات حسب المواد 171،172،173

[1]- Arhel pierre, « Activité de la cour d'appel de paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles », Les petites affiches N 244, 2011, p 45.

[2] - قانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 و المتعلق بالمنافسة.

من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتضمن ممثلا عن مصالح وزارة التجارة مما يمكن من توفير هذه المعلومة كلما كانت هناك تحفظات حول المصادقة على الصفقة، إضافة إلى حق المجلس في التدخل التلقائي.

يمكن تلخيص أهداف ومبررات توافق مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الفرنسي والجزائري وكذا الاتحاد الأوربي في التدخل التلقائي لمجلس المنافسة فيما يلي:

- محاولة توسيع دور مجلس المنافسة، واعتباره سلطة قادرة على تقدير مدى وجود الممارسة، ووضع حد لها.
- السماح لمجلس المنافسة بإعطاء توجهاته الحقيقية بخصوص المنافسة في الصفقات العمومية.
- اعتبار قواعد المنافسة من قواعد النظام العام الاقتصادي الجديد القائم على الحرية الاقتصادية، ولكن ضمن قواعد تضمن الحد من الممارسة المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية، هذا النظام العام الاقتصادي والذي يقابل فكرة النظام العام والآداب العامة، هو الذي يبرر إمكانية قيام مجلس المنافسة بتدخله التلقائي دون انتظار إخطاره.[1]

الفرع الثاني

التحقيق في قضايا الصفقات العمومية

بعد إخطار مجلس المنافسة من طرف الأشخاص المؤهلة لذلك، تأتي مرحلة التحقيق وفي هذا الشأن حاول المشرع من خلال القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم

[1]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص71.

لقانون المنافسة إدخال الصفقات العمومية في مجال التطبيق قواعده، تمكين المجلس بإتباع كل السبل الممكنة من أجل ردع الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وذلك باللجوء إلى التحقيقات العادية تارة وإلى التحقيقات القمعية إذا ألزم الأمر تارة أخرى. كما يجب على مجلس المنافسة الخضوع لجملة من الإجراءات للتحقق من صحة وقوع ممارسات مقيدة للمنافسة والتي حددها المشرع في قانون المنافسة من خلال مرحلة التحريات الأولية (أولا)، وبعدها مرحلة التحري والتحقيق (ثانيا).

أولا: أنواع التحقيقات التي يقوم بها المجلس

يقوم مجلس المنافسة بنوعين من التحقيقات للنظر في قضايا الصفقات العمومية وهي كالتالي:

1-تحقيقات عادية:

تتمثل التحقيقات البسيطة أو العادية في تلك التحقيقات التي تتم دون إكراه المؤسسة المعنية للرضوخ لها، لهذا السبب تم تسميتها "بالتحقيقات غير القمعية"،[1] يمنح التحقيق البسيط لمقرري مجلس المنافسة نفس السلطات التي يمتلكها المحققون التابعون لوزارة التجارة فيما يخص القضايا المطروحة أمام مجلس المنافسة سواء في القانون الفرنسي أو الجزائري، فحسب نص المادة 51 من قانون المنافسة فان سلطات المقرر تمتد إلى كل الوثائق والمستندات حيثما وجدت، كما أشار إلى إمكانية دخول المحقق إلى المحلات التجارية والمكاتب وغيرها من أجل القيام بكل أعمال المعاينة والتحقيق الضرورية للكشف عن التجاوزات التي سببت بتقيد المنافسة من طرف

[1]-جلال مسعد، المرجع السابق، ص285.

الأعوان الاقتصاديين.[1] كما يمكن أيضا للمقرر أن يطلب الاطلاع والتحقيق في الدفاتر والوثائق، وكما يمكن للمحققين تفحص كل المستندات الإدارية والتجارية أو المالية أو المحاسبية وكذا أية وسيلة من الوسائل المغناطيسية أو المعلوماتية دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني.[2]

يجب على المحققين أن يطلبوا الاطلاع على وثائق محددة، فكل طلب عام غير واضح وغير محدد سيكون له أثر تحويل حق الاطلاع إلى تفتيش مقنع دون الحصول على رخصة تسمح لهم بذلك، وفيما يخص تواريخ الوثائق والمستندات المهنية، نذكّر أنه إذا كان لا يمكن أن ترفع الدعاوي أمام مجلس المنافسة إذا تجاوزت 3 سنوات فانه يمكن استعمال المستندات ذات التواريخ القديمة لتوضيح وإظهار الحقيقة حول الممارسات التي تم إخطار المجلس بشأنها[3]، فضلا عن ذلك يمكن للمقرر أن يدعو أطراف القضية التي يفحصها إلى الإجابة على أسئلته، وبالتالي إن اقتضى الأمر إلى طلب تسليمه وثائق أخرى ضرورية لإثبات الأفعال التي بلغ عنها المدعي .إن سلطة الاستماع الذي يعد إجراء اختياريا للمقرر، يمكن ممارسته مع أي شخص يمكن أن تكون أقواله من شأنها توضيح أو تكملة المعلومات المتعلقة بالأفعال المزعومة. وقد نصت المادة 53 من الأمر رقم 03-03 على أن "تكون جلسات الاستماع التي قام بها المقرر، عند الاقتضاء محررة في محضر يوقعه الأشخاص الذين استمع إليهم وفي حالة رفضهم التوقيع، يثبت ذلك في المحضر".[4]

[1]- المادة 51 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 50 من قانون 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، الصادر في 27 يونيو 2004.

[3]- جلال مسعد، المرجع السابق، ص 286.

[4]- المادة 53 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

2-تحقيقات قمعية:

تتضمن التحقيقات القمعية سلطات واسعة يمكن من خلالها الكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وربما أهمهما سلطتي التفتيش والحجز، وبما أنها إجراءات خطيرة لا يتم اللجوء إليها إلا إذا اقتنع القاضي أن التحقيق البسيط لا يكفي لوحده للوصول إلى إثبات هذه المخالفات.

- التفتيش:

يسمح هذا الإجراء للمقرر أو المحققين الدخول إلى كل الأماكن ولو كانت خاصة وطلب كل وثيقة مهما كانت طبيعتها، بما فيها الأجندة الشخصية لمدير المؤسسة مثلا، ويمكن للمحققين التفتيش حتى داخل الخزائن. وتعتبر هذه السلطات جد واسعة وقد تمس بالحريات الفردية، ونظرا لذلك فقد أخضعت لرقابة القضاء، رغم أن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة لم ينص على التحريات الخاصة بالممارسة المنافية للمنافسة التي تجري تحت رعاية القضاء ،خلافا للقانون الفرنسي الذي نص في المادة 48 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 على التحريات تحت رقابة القضاء والتي وضعت لها قواعد خاصة بها.[1]

- الحجز:

نظرا لخطورة هذا الإجراء فإنه يتم تحت رقابة القضاء الذي يرخص بهذا النوع من التحري، خاصة إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية، حيث يقوم القاضي بتعيين ضابط أو أكثر من الضبط القضائي ويكلفهم بالحضور في عمليات البحث والتحري، ويجب أن يطلع على سير هذه العمليات ،يستطيع المقرر أن يحجز على المستندات التي تساعده على أداء مهامه إذ يتمتع المحققين بحرية الدخول إلى المحلات التجارية

[1]- محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 308.

والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وبصفة عامة إلى أي مكان باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية، بمعني بعد الحصول على رخصة من القضاء.[1]

ولا يمكن إجراء زيارة للمحلات المعنية ليلا، كما يجب أن تتم الزيارة بحضور شاغل هذه الأماكن أو ممثله .إن الإجراءات التي يفرضها القانون على المحققين في هذا المجال معقدة ولكنها ضرورية لاحترام حقوق الدفاع.[2]

كما يجدر الإشارة إلى أنه من أجل الاستجابة لمبدأ احترام حقوق الدفاع، فإن محكمة النقض الفرنسية قد أوجبت لكي يكون صحة طلب إجراء زيارة كل الأماكن مسموحا به، أن يقوم القاضي بفحص دقيق وموضوعي لوجود دلائل كافية لوجود ممارسة غير مشروعة، ولهذا فإن الأمر بإعطاء ترخيص لهذه الزيارة، يمكن الطعن فيه بالنقض في حالة عدم احترام هذه الشروط والقانون الجزائري نص أيضاعلى وجوب الحصول على ترخيص القاضي عند إجراء الحجز والتفتيش.[3]

ثانيا: إجراءات التحقيق

باستيفاء الإخطار لشروطه الشكلية والموضوعية، يصرح مجلس المنافسة بقبوله الادعاء المتضمن وجود ممارسة ضارة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وبعدها يقوم باستكمال التحقيق في القضية متتبعا في ذلك جملة الأحكام التي تضمنها قانون المنافسة وكذا الأحكام المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلس.

[1]- جلال مسعد، المرجع السابق، ص 290

[2]- محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 308.

[3]- المرجع نفسه، ص 308.

1- مرحلة التحريات الأولية:

حرص المشرع الجزائري علي حسن سير إجراءات التحقيق، لذا نص على الأشخاص المؤهلين للبحث والتحري في الممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا عن الإجراءات اللازمة إتباعها في تحضير التحقيق.

- الأعوان المؤهلون للتحري والتحقيق:

يؤهل للقيام بمهمة التحري والتحقيق في الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية الأشخاص المذكورين في المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03-03 التي تنص على أنه :"علاوة على ضباط و أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، يؤهل للقيام بالتحقيقات المتعلقة بتطبيق هذا الأمر ومعاينة مخالفة أحكامه، الموظفون الآتي ذكرهم:

- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.
- المقرر العام والمقررون لدى مجلس المنافسة."[1]

- مرحلة تحضير التحقيق:

يقوم رئيس مجلس المنافسة بتعيين مقرر يكلفه بالتحقيق في القضايا المرفوعة أمامه، ويمكنه أن يستعين بمقررين آخرين، كما نصت على ذلك المادة 25 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة بنصه:" يسند رئيس المجلس المنافسة إلى كل من المقرر

[1]- المادة 49 من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

العام والمقررين القضايا من أجل التحقيق، يضمن المقرر العام المتابعة والتنسيق والإشراف على أعمال المقررين".[1]

يحقق المقرر العام والمقررون بعد تعيينهم في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة، وكذا في الطلبات والشكاوي المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة [2]؛ وإذا ارتأوا عدم قبولها طبقا لأحكام المادة 44 من الأمر 03-03، فأنهم يعلموا بذلك رئيس مجلس المنافسة برأي معلل. وفي حالة قبوله للقضية يقوم المقرر بفحص كل الوثائق الضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السير المهني، كما يمكنه أن يطالب باستلام أية وثيقة حيثما وجدت ومهما تكن طبيعتها، وحجز المستندات التي تساعده على أداء مهامه، وتضاف المستندات المحجوزة إلى التقرير أو ترجع في نهاية التحقيق، كما يمكن أن يطلب المقرر كل المعلومات الضرورية لتحقيقه من أي مؤسسة أو من أي شخص أخر ويحدد الآجال التي تسلم له فيها هذه المعلومات.[3]

تختتم مرحلة التحضير هذه بعقد اجتماع يترأسه مسؤول المصلحة المكلفة بالتحقيق وذلك بقصد تحديد طرق التحري وكذا إعداد برنامج مدقق للرقابة.

2-مرحلة البحث والتحري:

تتميز هذه المرحلة بلجوء الأعوان المكلفين بالتحقيقات الاقتصادية المذكورين سابقا إلى تنفيذ جميع التعليمات وإتباع الطرق والأساليب المسطرة خلال الاجتماع

[1]- القرار رقم 01 مؤرخ في 24 جويلية2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

[2]- انظر المادة 50 من الأمر03-03 المتعلق بالمنافسة.

[3]- انظر المادة 51، المرجع نفسه.

التحضيري للتحقيق. وتنفيذا لذلك يتمتع هؤلاء الأعوان بعدة امتيازات وسلطات مخولة لهم في إطار الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.[1]

يتولى المقرر خلال هذه المرحلة تحرير تقرير أولي يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة، ويبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية، وإلى الوزير المكلف بالتجارة، وكذا إلى جميع الأطراف ذات المصلحة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر.[2]

بعد انتهاء مرحلة البحث والتحري التي تنقضي بتشكيل ملف يتضمن جميع الوثائق والمعلومات الخاصة بالقضية موضوع الرقابة، يتولى مسؤول المصلحة المكلفة بالتحقيق التأكد من صحة الملف من حيث الشكل ومن حيث الموضوع. [3]

وفي الأخير يقوم المقرر عند اختتام التحقيق بإيداع تقرير معلل لدى مجلس المنافسة يتضمن المآخذ المسجلة، ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وكذا عند الاقتضاء اقتراح تدابير تنظيمية طبقا لأحكام المادة 37 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة. وعندئذ يتولى رئيس مجلس المنافسة بدوره تبليغ التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين، ويحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية. مع الإشارة إلى إمكانية الأطراف من الاطلاع على الملاحظات المكتوبة، وذلك قبل خمسة عشر (15) يوما

[1]- ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، 2003-2004، ص38.

[2]- انظر المادة 52 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

[3]- ناصري نبيل، المرجع السابق، ص39.

من تاريخ الجلسة كما يمكن للمقرر إبداء رأيه في الملاحظات المحتملة المكتوبة المذكورة فيما سبق.[1]

المطلب الثاني

القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة

يصل تدخل مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، بعد قيامه بإجراءات التحقيق، إلى اتخاذ قرارات تتعلق بموضوع تدخله يلزم تنفيذها فور صدورها، وهذا لغرض ضمان السير الحسن للمنافسة، ونتيجة لتواطؤ بين المقاولين للفوز بالصفقة العمومية كان لابد للمجلس أن يتدخل قبل وقوع الممارسة بهدف الوقاية وتأخذ هذه القرارات طابع وقائي وعلاجي، يمكن أن يكون الهدف منها هو الحد من الممارسات المنافية للمنافسة وردعها.

الفرع الأول

نماذج عن مخالفة 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:

أولا: الاتفاقات المحظورة في مجال الصفقات العمومية

بالرجوع إلى نص المادة 6 في فقرته الأخيرة من الأمر 03-3 المتعلق بالمنافسة[2] نلاحظ أن القانون اعتبر كل اتفاق يهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال

[1]- انظر المادة 55 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 6 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

بحرية المنافسة في سوق معينة من أجل السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات، يعتبر ممارسة منافية للمنافسة.

1-الأشخاص التي يمكن أن يصدر منهم الاتفاق المحظور:

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

أ- الاتفاقات المحظورة الصادرة عن الأعوان الاقتصاديين:

يلجأ المتعاملين الاقتصاديين في مثل هذه الاتفاقات إلي 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، لينتهي هذا الاتفاق على تقديم عرض واحد أو عدة عروض متقاربة و تقديمها للإدارة أو الشخص العمومي طالب العرض، مما ينجر عنه إقصاء بعض منافسيهم منذ البداية، و بالتالي نكون 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]

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص235.

ومثال ذلك أيضا أن تتفق شركة مختصة في البناء بصفة صريحة أو ضمنية مع شبكة من عملائها وموكليها على بنود ترمي إلى الانسحاب من المناقصة أو تقديم عروض غير جدية، أو الاتفاق على عروض مماثلة، على أن يتعاملوا معهم بعد الفوز بالصفقة واقتسام الأرباح فيما بينهم، وبالتالي فأن هذا الاتفاق يقع باطلا لقواعد المنافسة، باعتبار أنه يحد من الدخول الشرعي إلى السوق ويمثل عقبة وحاجزا في وجه البائعين الآخرين.

ب- 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.[1]

يتحدد الطابع الاقتصادي لهذه الأعمال على أساس الاستعمال النهائي لطلبات المشتري العمومي موضوع الصفقات العمومية، فإذا أعيد عرض هذه الطلبات على المستهلكين بهدف تحقيق أرباح تجارية، فإن قانون المنافسة يكون قابلا للتطبيق ويكون مجلس المنافسة مختصا في الفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات وممارسات

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص 252.

المشتري العمومي بعد أن زال عنها امتياز السلطة العمومية، وذلك بسبب الغرض التجاري الذي صاحبها.[1]

والمعمول به في غالب الأحيان، أن الشخص العام أو المشتري العمومي لا يمكن إلا أن يكون طالبا نهائيا لما اشتراه من خدمات و تجهيزات وتموينات لأنه هو المستهلك الأخير لها، بعيدا عن الغرض التجاري فهي موجهة لإشباع خدمة الغير دون الهدف الربحي[2] وبالتالي تحقيق خدمة اجتماعية، وفي هذه الحالة لا يطبق قانون المنافسة ولا مجال لتدخل مجلس المنافسة.

غير أن تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي قد يتم كما سبق ذكره، إذا أعاد بيع السلع والحاجيات التي اشتراها للمرتفقين بطريقة تجارية، ويمكن أن يتحقق ذلك في فرضيات معينة بدراسة كل حالة على حدا مثلا بالنسبة للصناعات الشبكاتية Industries de réseaux حيث لا يمكن أن تتوفر فيها فكرة الطالب الاقتصادي النهائي، لأن الشراء هنا يمكن فصله عن الغرض التجاري، والذي يتمثل في تقديم خدمة ذات طابع الاقتصادي.[3]

تتحقق هذه الحالة أيضا بالنسبة لبعض الأنشطة التي تقوم بها مصالح الدولة التي تتمتع باستقلالية التسيير والأعمال التي تنجزها في إطار صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أو المؤسسات المكلفة بعقد امتياز تسيير المرافق العامة. في هذه الحالات يمكن أن تكون ممارسة الإدارة المتعاقدة بعيدة عن مقومات السلطة العامة لارتباطها الوثيق بالنشاط الاقتصادي، بصرف النظر عن

[1]- رقراقي محمد زكريا، مداخلة بعنوان: " طبيعة العلاقة بين قانون المنافسة والطلبات العمومية- تنافر أو تكامل-" الملتقى الوطني التاسع حول أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد المنافسة، جامعة سعيدة، يومي 17-19 نوفمبر، ص 14.

[2]- رقراقي محمد زكريا، المرجع السابق، ص 14.

[3]- المرجع نفسه.

انجازها وفق القواعد المقررة في قانون الصفقات العمومية. يمكن أن تتابع هذه الممارسات من طرف مجلس المنافسة باعتبارها ممارسات مقيدة للمنافسة مثل الاتفاقات المحظورة[1]. ومثاله ما قضي مجلس المنافسة الفرنسي عند قيام المنظمة المهنية للصيادلة بتوجيه مراسلة لدار المتعاقدين والمؤسسات العلاجية بالتزويد بالأدوية وغيرها من المستلزمات العلاجية من الصيادلة المجاورين لمقراتها في منطقة باس نورماندي، على حساب الصيدليات الأخرى رغم أسعارها التنافسية، بأن هذه الرسالة تعتبر كعمل مدبر Action concertée يهدف إلى تقييد المنافسة ويمكن أن يترتب عليه أثر من شأنه تزييف المنافسة، لا سيما بتقييد الدخول إلى السوق وممارسة حرية المنافسة ويؤدي إلى تقسيم الأسواق ومصادر التموين، وهي الأفعال المحظورة بموجب المادة L420-1 من القانون التجاري، وقد حكم مجلس المنافسة الفرنسي على المنظمة بدفع غرامة مالية تساوي 5000 أورو.[2]

2-اختصاص مجلس المنافسة في النظر في الاتفاقات المرتبطة بالصفقات العمومية:

يعود الاختصاص للنظر في مثل هذه الاتفاقات المحظورة والأعمال المقيدة للمنافسة إلى مجلس المنافسة بطبيعة الحال وهذا بحكم المادة 20 من القانون رقم08-12التي تعدل أحكام المادة 37 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الذي تنص على:" يقوم مجلس المنافسة في حالة ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تكشف عن ممارسة مقيدة للمنافسة بمباشرة كل الأعمال الضرورية لوضع حد لها بقوة القانون"[3].

[1]- رقراقي محمد زكريا، المرجع السابق، ص15.

[2]- conseil de la concurrence, déc, n°D-17du 22avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse Normandie, htt : www.autorité de la concurrence.fr.

[3]- المادة 37 من أمر 03-03 معدل ومتمم، المرجع السابق.

كرس المشرع مبدأ الاتفاقات المقيدة للمنافسة في قانون المنافسة حيث اعتبر كل اتفاق يهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في سوق معينة، يعتبر ممارسة منافية للمنافسة، وهو من نصت عليه المادة 6 من الأمر03-03:" تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:... ـ السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

3-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:

أ- وجود الاتفاق : L'entente

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 الشرط.[1] 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

[1] -Siad Abdelmadjid, présentation des pratiques anticoncurrentielles, leur contrôle et leur sanction, In : www.ministère du commerce.dz-org. p03.

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 تأثير لها حول الاتفاق سواء تعلق الأمر بأشخاص معنوية أو بين أشخاص طبيعية، لكن بشرط أن تمارس نشاط اقتصادي.[2]

ب- 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 و يشاركون في نفس الحصة من المناقصة، مثلا اتفاقات العرض الموحد، أما الثاني فالمقصود به تلك الاتفاقات التي تربط بين متعاملين في قطاعات مختلفة[3] ويشاركون في حصص مختلفة من المناقصة مع توحيد الأسعار في عروضهم، بالإضافة إلى اتفاقات فيما بينهم التي تؤدي لا محالة إلى تقييد المنافسة.

---

[1]- عماري بلقاسم، مجلس المنافسة، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر2005-2006، ص32.

[2]- ناصري نبيل، المرجع السابق، ص64.

[3]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص ص39-40.

ج - 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 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.

4-إثبات الاتفاق المحظور

إثبات الاتفاق المحظور أمام مجلس المنافسة أمر ضروري للحد من الممارسات أو الأعمال المدبرة غير المشروعة في مجال الصفقات العمومية، ونظرا لصعوبة إثبات هذا الاتفاق الذي يتم غالبا عن طريق الدليل المادي الذي قلما يتوفر،[1] كان لابد لمجلس المنافسة من الأخذ بجملة القرائن الجدية و الكاملة التي يمكن تقديرها من خلال بعض المؤشرات والوقائع خاصة قبل إيداع 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 لعنصر الإثبات دورا كبيرا للتأكد من وجود العلاقة السببية بين الاتفاق المحظور والمساس بالمنافسة من عدمها.[2]

5-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]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص40.

[2]Ü Christophe cabanes et benoit neveu, droit de la concurrence dans les contrats publics, éditions du Moniteur, Paris, 2008, p46.

أ- الممارسات المستثناة من الحظر:

نص المشرع على الممارسات المستناة 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 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."[1]

- 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 تنظيمى، 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.

[1] - المادة 9 من أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

- 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]

ب - 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 و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية.[2]

- 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.[3]

[1]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص43.

[2]- انظر المادة 9 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

[3]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص43.

ثانيا: 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.

1-التعسف في استخدام الهيمنة على السوق في مجال الصفقات العمومية

تعد المراكز المهيمنة والاحتكارات حالات أو وضعيات مشروعة إلى غاية أن يتعسف فيها صاحبها، فتنقلب 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 وسعي كل واحد منهم على الحصول عليها مهما كلفه الأمر وبأي طريقة كانت. ولكن نستبعد 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].

أ- تعريف وضعية الهيمنة في مجال الصفقات العمومية

نكون أمام وضعية هيمنة في مجال الصفقات العمومية لما يلجأ أصحاب الاحتكارات الفعلية والمراكز المهيمنة إلى استعمال وسائل أو طرق لشل أو عرقلة المنافسة عن طريق الاعتماد على استراتيجيات خاصة بهم دون الاستعانة بأعوان اقتصاديين آخرين. فصاحب المركز الاحتكاري أو المركز المهيمن سيقدم عرضا

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص238.

كباقي الأعوان الاقتصاديين إلا أن عناصر عرضه ستكون جد مغرية بالنسبة للإدارة أو الشخص العمومي، وصعب منافستها من طرف العارضين الأخريين.[1]

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.[2]

ب - 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 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.

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص238.

[2]- ناصري نبيل، المرجع السابق، ص80.

- 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:

ب 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، و بالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تمركزا أكيدا للقوة الاقتصادية[1]. 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 على السوق من الممارسات المقيدة للمنافسة، وإنما التعسف في استخدام هذه الوضعية هو بمثابة احتكار ومخالفة لقانون المنافسة.

ب2- 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،[2] أما وضعية الهيمنة فلقد عرفتها المادة 3/3 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

[1]- عماري بلقاسم، المرجع السابق، ص 44.

[2]- المرجع نفسه، ص41.

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.

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".[1]

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 يتصدي لمنافسته وهذا ما يمكن التماسه من خلال المادة 4/72 من المرسوم الرئاسي

[1]- المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

رقم 15-247 المتعلق تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام،[1] 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.[2]

إن ارتكاب هكذا ممارسات من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية في السوق قابلة للمتابعة أمام مجلس المنافسة، وفي هذا الإطار يصدر المجلس مقررات يمكن تصنيفها كالآتي:

- عدم القبول: إن مجلس المنافسة إذا ما تبين له بأن الملفات المرفوعة إليه لا تدخل في إطار تطبيق المواد12،11،10،9،7،6 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.

[1]- انظر المادة 4/72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- المادة 72، المرجع نفسه.

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

2-التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في مجال الصفقات العمومية:

في السابق كان المنع و الجزاء مفروضا على مجرد التعسف في وضعية الهيمنة في السوق، إلا أن القانون الفرنسي قد أضاف قاعدة جديدة عن طريق الأمر المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار، تتمثل في الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية[2]، أما المشرع الجزائري قد تأخر في تنظيم هذه الممارسة إلى أن صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 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.

أ- 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 أنه: "يقصد بها تلك العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا".

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص 240.

[2]- ناصري نبيل، المرجع السابق، ص 79.

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 03-03 المتعلق بالمنافسة:" يحضر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة 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]

ب - الممارسات التعسفية في مجال الصفقات العمومية:

قد ذكرت المادة11 المشار إليه أعلاه بعض حالات التعسف الناتج عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية نذكر منها:

- قطع العلاقات التجارية لمجرد 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 التي تسمح لها أن تملي على أعوان اقتصاديين أخريين شروطا معينة من أجل الانفراد للفوز بالصفقة، كأن تفرض فرض عليه بند عدم المنافسة أو المشاركة في المناقصة.[2]

[1]- المادة 11 من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

[2]- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي،- في ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي -، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2014، ص96.

الفرع الثاني

العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية

يتمتع مجلس المنافسة باختصاص فرض العقوبات على الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وهذا من أجل وضع حد لها و قمع أي مساس بمبدأ المنافسة الحرة حيث منحت له عدة وسائل من أجل التدخل بشكل جد فعال من خلال إصدار الأوامر والتدابير المؤقتة لوقف هذه الممارسات من جهة، وتوقيع جزاءات مالية في إطار أداءه لدوره القمعي من جهة أخرى.

أولا: التدابير المؤقتة.

هذا الإجراء يعتبر مستحدثا في الأمر 03-03 المعدل والمتمم، وقد نصت عليه المادة 46 منه: "يمكن مجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محدق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسة أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة".

يمكن أن نستخلص من قراءة هذا النص أن اتخاذ هذه التدابير المؤقتة من قبل المجلس يخضع لشروط لابد من توفرها تتمثل في:

1- طلب اتخاذ التدابير المؤقتة :

إن اتخاذ هذه التدابير المؤقتة، لا يخضع- وفقا للنص السابق - لتقدير مجلس المنافسة المطلق، أي بمجرد تقديم الطلب الأصلي، بل يجب أن يقدم الطلب بخصوصها وفي هذا الإطار فقد حددت المادة 46 الأمر 03-03 المعدل والمتمم الأشخاص

المؤهلة لتقديم الطلب وهما المدعي والوزير المكلف بالتجارة، فالمدعي يشمل حتما كل الأشخاص الذين يمكنهم تقديم الادعاء إلى المجلس، وما استعمال المشرع في هذه الحالة وصف المدعي إلا للدلالة على تبعية اتخاذ التدابير المؤقتة لموضوع الإخطار الرئيسي أو بعبارة أدق طلب الادعاء الأصلي، أما الوزير المكلف[1] بالتجارة فإن بإمكانه طلب اتخاذ هذه التدابير إنما هو ترجمة لحماية الصالح العام في حال الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة.[2]

إن القول بتبعية طلب اتخاذ التدابير المؤقتة لطلب الإدعاء الأصلي لا يعني أبدا وجوب تضمين العريضة موضوع الإدعاء الأصلي طلب اتخاذ هذه التدابير، بل إن هذا الأخير يمكن أن يقدم بصفة مستقلة ولاحقة، وإن كانت هذه الاستقلالية من حيث الشكل لا تتحقق من حيث الموضوع، إذ أن طلب هذه التدابير يبقى تابعا للطلب الأصلي ويتأثر به.[3]

2- وجود حالة استعجال

إن استجابة مجلس المنافسة لطلب الأطراف المعنية باتخاذ التدابير المؤقتة غير ممكن إلا إذا تضمنت الممارسة موضوع الإدعاء الأصلي تأثيرا خطيرا ومباشرا على المصلحة الاقتصادية العامة، أو ألحقت ضررا بمصالح المؤسسة المدعية، وهذا ما يترجم الطابع الاستثنائي لهذه التدابير التي تظهر كإجراء يخرج عن الإجراءات المألوفة[4] وعليه يتبين أن المشرع وبخصوص حالة الاستعجال قد أخذ بمعيار الضرر المحتمل الذي عبر عنه بالضرر المحدق، فهذا الأخير ليس الضرر الواقع، إذ أن الأمر

[1]- انظر المادة 46 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 46، المرجع نفسه.

[3]- عبد الله لعويجي، مداخلة بعنوان لختصاصات مجلس المنافسة الجزائري، ملتقى وطني، جامعة عنابة ،2013، ص7.

[4]- المرجع نفسه.

في هذه الحالة لا يتعلق بإزالة ضرر وإنما بتفادي هذا الضرر الوشيك الذي يعتبر نتيجة حتمية لارتكاب هذه الممارسة غير المشروعة مثل التجميعات الاقتصادية الضارة، لذلك يلاحظ أن التدابير الوقائية في إعداد الصفقة تجد مكانها لتفادي ضرر، يمس بالمنافسة من حيث المصلحة الاقتصادية العامة ومصلحة المؤسسات المشاركة في المناقصة، قد يتحقق بمنح الصفقة و تنفيذها.[1]

3- الطابع المؤقت للتدابير المؤقتة:

إن الطابع المؤقت الذي تتميز به هذه التدابير التي يتخذها مجلس المنافسة تتلخص في تحقيق الغرض الذي وجدت لأجله، أو بمعنى آخر أن تكون هذه التدابير ضمن الحدود التي تضمن عدم وقوع الضرر، دون أن تلحق الضرر بالمؤسسة المطلوب اتخاذ هذه التدابير ضدها، وألا تتحول من وسيلة لإبعاد الضرر المحدق بمؤسسة ما إلى وسيلة لإلحاق الضرر بمؤسسة أخرى[2]. هذا وتعود لمجلس المنافسة كامل السلطة في تقدير طبيعة هذه التدابير، كتعليق الممارسة المقيدة للمنافسة، وإعطاء أمر للمؤسسات المعنية بالرجوع إلى الحالة السابقة.[3]

إلا أن ما يعاب على المشرع في هذا الصدد هو عدم تحديد مدة معينة يلتزم خلالها مجلس المنافسة بإصدار قراره في الطلب المتعلق بهذه التدابير، لاسيما وأن ترك المدة مفتوحة للمجلس قد يؤدي إلى عدم تحقيق هذه التدابير الغرض الذي وجدت من أجله.[4]

[1]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص72.

[2]- عبد الله لعويجي، المرجع السابق، ص7.

[3]- جليل مونية، المرجع السابق، ص262.

[4]- المرجع نفسه، ص263.

ثانيا: إصدار الأوامر

تنص المادة 1/45 من الأمر03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعاينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض و الملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها من اختصاصه..."، وهذه المادة تقابلها المادة 13 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة والأسعار في فرنسا.

من خلال نص المادة نستنج أن مجلس المنافسة قبل أن يلجأ إلى توقيع جزاءات مالية له سلطة إصدار الأوامر حيث يمكن له أن يأمر بنشر هذه الأوامر أو تعليقها أو توزيعها والغاية من هذه الأوامر هو وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة المتعلقة بالصفقات العمومية، وباعتبار مجلس المنافسة يستخدمها في مجال ضبط السوق بوجه عام فالتالي يمكن إدراجها في قائمة التدابير القمعية وهذا لكون هذه الأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة تفرض على الأطراف المعنية تنفيذها بالإضافة إلى أنها تتميز بالشدة والصرامة.[1]

1-مضمون الأوامر:

يتدخل مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية خاصة وكذا في مجال المنافسة في السوق عامة، وهذا في حالة تقييد المنافسة من طرف الأعوان الاقتصاديين، عن طريق إصدار الأوامر التي تأخذ مظهرا تصحيحيا.

تكتسي الأوامر طابعا سلبيا مثل الأمر بالامتناع عن القيام بممارسة معينة، وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى قرار مجلس المنافسة الجزائري الذي وجه أمرا إلى

[1]- مدوان لامية ومنصر وردة، نزاعات التجميعات الاقتصادية في قانون المنافسة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة بجاية، 2012، ص56.

المؤسسة الوطنية للصناعات الالكترونية بالكف فورا عن الممارسات المحظورة تطبيقا للمادة 7 من الأمر رقم95-06، كما يمكن أن تتخذ طابعا ايجابيا مثل الأوامر التي تطلب اتخاذ إجراءات معينة، فإذا كانت الطائفة الأولى من الأوامر لا تعتبر قهرية كثيرا حيث أنه يطلب من الأطراف التوقف عن ممارسة منافية للمنافسة غير مشروعة.[1]

يمكن لمجلس المنافسة أن يتدخل في المجال التعاقدي و لكن بشرط مراعاة عدم تدخله في إبطال الاتفاقيات والعقود، فلا يمكنه مثلا إصدار أمر بحل الصفقة العمومية، ويعود السبب في ذلك إلى أن سلطة إبطال الاتفاقيات المنافية للمنافسة يخضع لاختصاص المحاكم العادية ولا تدخل في مجال اختصاص مجلس المنافسة.[2]

2-تنفيذ الأوامر:

يكتسي القرار الذي يتضمن توجيه الأمر إلى مؤسسة ما، قوة تنفيذية ويستنج ذلك من ضرورة تعليل الأمر وتبليغه ونشره، ويعتبر القرار الذي أصدره مجلس المنافسة المتضمن توجيه الأمر إلى المؤسسة أو المؤسسات المتورطة في الممارسات المنافية للمنافسة كأي قرار إداري بما يتضمنه من طابع تنفيذي، باستثناء الحالة التي تحتوي فيها على أجل للتنفيذ، ولتدعيم الطابع التصحيحي الخاص بالأمر نجد أن القانون قد منح مجلس المنافسة تقرير عقوبات تهديدية- المادة 58 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.[3]

[1]- محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص348.

[2]- المرجع نفسه، ص350.

[3]- المرجع نفسه، ص349.

ثالثا: الغرامات المالية

تعتبر الغرامات المالية من العقوبات الفعلية المطبقة على مخالفي قواعد قانون المنافسة في الصفقات العمومية التي يفرضها مجلس المنافسة الجزائري، وتختلف هذه الغرامات حسب جسامة الأفعال المرتكبة كما يلي:

أ- العقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة

بينت المادة 56 من قانون رقم 08-12 الذي يعدل ويتمم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة أن العقوبة واجبة التطبيق من قبل مجلس المنافسة في مواجهة الذين ارتكبوا ممارسة مقيدة للمنافسة حيث جاء فيها ما يلي: "يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح إذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار(6.000.000دج)".

يبدو من خلال هذا النص أن المشرع قد ترك لمجلس المنافسة سلطة تقدير لتحديد العقوبة، بحيث لم ينص سوى على الحد الأقصى لها، وبذلك يكون قد سهل على المجلس عملية التقدير بعدما كانت ضمن الأمر السابق على قدر من الصعوبة، حيث لابد أن يرتكز التقدير على الربح المحقق بواسطة الممارسات غير المشروعة، كما أن هذه العقوبة لم تكن واحدة بل تختلف باختلاف الممارسة غير المشروعة.[1]

كما يمكن للمجلس توقيع عقوبة متمثلة في غرامة لا تتجاوز مبلغ (800.000دج) وذلك ضد المؤسسات التي يثبت المقرر في تقريره تقديمها معلومات

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص ص266،267.

خاطئة أو ناقصة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تتهاون في تقديمها، وذلك إخلالا بالمادة 51 والمتعلقة بعدم إمكان الاحتجاج بالسر المهني أمام مجلس المنافسة، وهذا ما قررته المادة 59 من الأمر 03-03 معدل ومتمم التي أعطت للمجلس إمكانية تقرير غرامة[1] تهديدية تقدر بـ 100.000دج عن كل يوم تأخير. غير أنه وطبقا لنص المادة 60 بإمكان مجلس المنافسة تقرير تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر ويعتبر ذلك فرصة للمؤسسات المرتكبة للمخالفات المتعلقة بالمنافسة لتصحيح وضعيتها وتفادي العقوبات التي يمكن أن تلحقها والتي تؤدي إلى إقصائها من العملية التنافسية.[2]

إن المشرع الجزائري لم يقتصر عند إقرار العقوبة ضد مرتكبي هذه الممارسات فحسب، وإنما قد أخذ أيضا بإمكانية المساهمة في هذه الممارسات، فقرر بموجب المادة 57 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مليوني دينار على كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها. وبذلك يستطيع المجلس مواجهة التواطؤ الذي يصدر من طرف أشخاص طبيعية.

تبقى العقوبات المالية للممارسة المنافية في الصفقات العمومية رغم طابعها الردعي فهي تبقي غير فعالة ولا تضع حدا لهذه الممارسات، وذلك بسبب عدم تقديم لشكاوي على الصفقات المشبوهة أمام المجلس وهذا ما نلتمسه من قول السيد سليماني الجيلالي عضو دائم بمجلس المنافسة أنه ومنذ إنشاء هذه الهيئة لم تستقبل شكاوي على الصفقات المشبوهة، مشددا على ضرورة إخطار المجلس في حالة ما إذا شككت أي

[1]- انظر المأدة 59 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

[2]- انظر المادة 60، المرجع نفسه.

مؤسسة أو مصلحة إذا ما اكتشفت خلال عملية تسليم المهام أي اتفاقية مشبوهة أو ووضعية احتكار أو اتفاق مخفي، ليتخذ المجلس إجراءاته العقابية التي حددها القانون في غرامة مالية قد تصل إلى 12 بالمائة من قيمة الصفقة.[1] وهذا ما أقر به أيضا مجلس المنافسة الفرنسي في رأيه المتعلق بالاقتراحات التي جاءت في تقرير السيد Trassy-Paillogues، المتضمن إصلاح قانون الطلب العمومي، الذي ركز على ضرورة الرفع من قيمة العقوبات المالية المطبقة على المؤسسات التي ارتكبت مثل هذه الممارسات. للحد من الاتفاقات التي تدعو إلى تقاسم الصفقات العمومية Répartition des marchés.[2]

ب - الغرامات المقررة على التجميعات غير المرخص بها:

في كثير من الأحيان تسعى المؤسسات الاقتصادية إلى فكرة التجميع من أجل إنشاء وحدات اقتصادية ضخمة تهدف من ورائها إلى السيطرة والتحكم في النشاط الاقتصادي ومراقبته مما يؤدي إلى قتل المنافسة من جهة، والسعي إلى الفوز بالصفقة العمومية بالطرق غير القانونية. لذا تضمن الأمر 03-03 العقوبات التي يطبقها على عمليات التجميع غير المشروعة بمقتضى المادة 61 من هذا الأمر التي تنص: "يعاقب على عمليات المنصوص عليها في أحكام المادة 17 أعلاه والتي انجرت بدون ترخيص من مجلس المنافسة بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غبر الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع". وبالتالي يعاقب على عمليات التجميع التي تتم دون الحصول على ترخيص من قبل مجلس المنافسة بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غير الرسوم

[1] - الإذاعة الجزائرية، مجلس المنافسة يدعو لإخطاره بالصفقات العمومية المشبوهة حفاظا على الاقتصاد الوطني، 16-12-2005.

[2] - Avis n°96-A-08 du conseil de la concurrence en date 2/7/1996 relatif aux propositions formées du droit de la commande publique, BOCCRF 29/4/1997, p307.

المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة ضد كل مؤسسة ساهمت في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع، و عند مقارنة هذه الغرامة بالعقوبة المقررة في ضل الأمر 95-06 نجد أن المشرع الجزائري قد قرر عقوبة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة التجميع وهذه الغرامة يجب أن لا تتجاوز أربعة أضعاف هذا الربح وتساوي الغرامة 10% على الأكثر من رقم الأعمال لأخر سنة مالية مختتمة.[1]

كما تجدر الإشارة أنه في مجال الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صلاحية مجلس المنافسة في اتخاذ إجراءات ردعية التي يمكن أن تصل إلى حدود التسجيل ضمن قائمة المتعاملين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية من خلال المادة 75 [2]التي تنص على حالات إقصاء المتعاملون الاقتصاديون من المشاركة في الصفقات العمومية مؤقتا أو نهائيا، وبذلك سمح لمجلس المنافسة أن يحكم بالعقوبات المالية إضافة إلى الأمر بإقصاء المتعاملين الاقتصاديين المرتكبين للمخالفات المنافية للمنافسة من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة محددة أو نهائيا وهذا تأثرا بالقانون الفرنسي، فهذه العقوبة تكمل بفعالية العقوبة المالية إلا أنها عقوبة خطيرة للغاية لها أثار اجتماعية سلبية تؤدي إلى الإفلاس المحتمل للمؤسسة المقصاة، ولهذا يجب أن تفرض هذه العقوبة بحذر.

[1]- عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2011، ص151

[2]- انظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

المبحث الثاني

دور القضاء في محاربة تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية

إن القضاء باعتباره حامي المجتمع والحريات العامة، يساهم بشكل أو بآخر في مراقبة المنافسة وحمايتها، من كل الممارسات التي من شأنها محاربة احتكار المقاولين.

فالنظام القضائي الجزائري قائم على الازدواجية، أي قضاء إداري وقضاء عادي و هذا الأخير ما سنوضحه في النقاط الآتية.

المطلب الأول

دور القضاء العادي في محاربة تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية

إن تطبيق قانون المنافسة موزع بين مجلس المنافسة والهيئات القضائية، فإلى جانب المادة 02/44 والتي تنص على ما يلي: "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و7 و 10و 11 و 12 أعلاه، أو تستند على المادة 09 أعلاه"، فدور القضاء يتعلق الأمر بالمواد 13 و 48، 63 من الأمر 03-03.[1]

الفرع الأول

اختصاص القاضي المدني في مجال الصفقات العمومية

رغم أن مجلس المنافسة هو المكلف بحماية السوق و إرساء 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

[1]- المادة 02/44 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

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 8و9 من هذا الأمر يبطل كل إلتزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 12،11،10،7،6 أعلاه".[1]

أولا: إبطال الاتفاقات والالتزامات 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 قضائية مستقلة تختص بالنظر في المنازعات التجارية.

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.

1- مجال البطلان

تتعلق دعوى الإبطال بتلك الممارسات المقيدة للمنافسة التي نص عليها المشرع بموجب المواد 6، 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.

[1]- المادة 13 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

2- الأشخاص المؤهلة بطلب الإبطال

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

بالرجوع لأحكام 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 ق.م نجد المادة 102 تنص على أنه "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".[2]

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

[1]- قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج عدد 21 لسنة 2008.

[2]- قانون الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني، المعدل والمتمم ج ر عدد 78 لسنة 1975.

4- 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 بأن 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 المواد 6،7،10،11،12 أعلاه".

يتضح أن المشرع يرخص بإمكانية عدم امتداد البطلان إلى العقد في مجمله وهو ما تبنّاه المشرع ضمن نصوص القانون 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 يعد جوهريا في العقد بمعنى لا يمكن أن ينفذ بدونه ففي هذه الحالة لا

[1]- أنظر المادتين 8 و 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- تنص المادة 38 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، كما هو محدد بموجب هذا الأمر...".

مجال إلا لإبطال التصرف المقيد للمنافسة، أما إذا تأكد استمرار الاتفاق و تنفيذه 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.[2]

ثانيا: التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة لمنافسة 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.[3]

1- أساس دعوى التعويض

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 سبب في حدوثه بالتعويض"، أما الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن الممارسات المقيدة للمنافسة فتم تكريسه بموجب قانون المنافسة في المادة 48 من الأمر 03-03 التي تنص على أنه "يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر

[1]- متيش نوال، الرقابة في مجال المنافسة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق،2013-2014، ص 117.

[2]- موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق،2011، ص 11.

[3]- تنص المادة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

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.

أ – وجود خطأ

يعرف الخطأ على أنه "إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"[1]، والخطأ وفقا لأحكام قانون المنافسة ينصرف إلى كل الممارسات المحظورة التي يمكن للأعوان الاقتصاديون القيام بها و يقع على مجلس المنافسة إثباتها.

ب – 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.

ج – 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]- طعمة صعفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق عدد 01 لسنة 1990.

2 – الأشخاص التي 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]

3 – ميعاد رفع دعوى التعويض

لم يخضع المشرع الجزائري دعوى التعويض المرتبطة بالممارسات المرتبطة بالمنافسة لمواعيد معينة ومن ثم لابد من الرجوع للقواعد العامة ونجد المادة 133 من القانون المدني الجزائري التي تنص "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 15 سنة من وقوع الفعل الضار.

4 – 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

[1]- متيش نوال، المرجع السابق، ص 118.

[2]- المادة 133 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

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 لخصوصية نزاعات قانون المنافسة، الأمر الذي يدفعه للبحث عن حلول أو أساليب قانونية تمكنه من حل هذا المشكل، فالحكم بالتعويض الجزافي أو الرمزي لا يخدم مصالح الأشخاص المتضررة وقد لا تؤدي إلى قمع الممارسات المرتكبة وعدم ضمان وقوعها مستقبلا.

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[1]، 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 للخبرة.[2]

وفي ظل كل هذه المشاكل يمكن للقاضي مواجهة مشكلة تقدير التعويض بالاعتماد على السلطات المخولة له قانونا، فله أن يأمر بحضور الخصوم شخصيا في الجلسة للحصول منهم على توضيحات بشأن القضية، أو الأمر بإجراء تحقيق.[3]

[1]- قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[2]- أنظر المادة 128، المرجع نفسه.

[3]- أنظر المادة 27 و 28 من قانون 08-09، المرجع السابق.

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 أنّه "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة.

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 لطبيعة المعاملات التجارية التي تتصف بالسرعة.

[1]- المادة 38 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

[2]- ميتش نوال، المرجع السابق، ص 119.

الفرع الثاني

الاختصاص الخاص للغرفة التجارية لمجلس 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 الأمر03-03المتعلق بالمنافسة.

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

أولا: 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 لمنافسة 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.

1- تنص المادة 339 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع و من حيث القانون".

وتبعا للقواعد العامة في استئناف الأحكام فإن قرار الغرفة التجارية لمجلس 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.

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.[1]

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.[2]

[1]- تنص المادة 70 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه "ترسل القرارات الصادرة عن مجلس قضاء الجزائر إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى رئيس مجلس المنافسة".

[2]- انظر المادة 354 من القانون 08-09، المرجع السابق.

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

وبتطبيق 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 لمجلس 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.

ويترتب عن الطعن بالنقض ضد قرارات الغرفة التجارية لمجلس 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

[1]- انظر المادة 364 من القانون 08-09، المرجع السابق.

استبعاد اختصاص الغرفة الجنائية كنتيجة حتمية لأبعاد القاضي الجنائي عن مجال تطبيق المنافسة الحرة بين المقاولين.[1]

ثانيا: 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...".[2]

يتبين من هذا النص أن قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالمضمون ومنها القرار بعدم قبول الإخطار أو عدم متابعة الإجراءات و تسليط 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.

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.

[1]- متيش نوال، المرجع السابق، ص 121.

[2]- المادة 46 من القانون 08-09، المرجع السابق.

1– 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 و الإدارية الجزائري.

وبعد إيداع 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.[1]

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.[2]

2 – الجهة المختصة بالطعن:

لقد حددت المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الجهة المختصة بالطعن في قرارات مجلس المنافسة، في الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر وذلك

[1]- متيش نوال، المرجع السابق، ص 122.

[2]- المرجع نفسه.

بنصها "تكون قرارات مجلس المنافسة، قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية... ".[1]

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]

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.

[1]- الأمر 03-03، المرجع السابق.

[2]- لخضاري أعمر، إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، مداخلة في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط القطاعية، جامعة بجاية أيام 23 و 24 2007، ص 269.

[3]- متيش نوال، المرجع السابق، ص 123.

أما إذا كان القرار مشوبا بإحدى عيوب المشروعية سواء عيب عدم الاختصاص أو عيب السبب أو العيوب الأخرى، قرر القاضي إلغائه.

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

3 – 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[1]، 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.

[1]- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وهو طريق من الطرق غير العادية للطعن تناوله المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع، ويفصل في القضية من جديد من حيث القانون والواقع.

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

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 و46 الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة "

والجدير بالذكر أن و قف 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 اتخذها 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

[1]- Rachid Zouaimia, le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit Algérien Revue de l'école nationale d'administration n° 01, 2005, P 30.

[2]- أحمد هديلي، سلطات القضاء في شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط القطاعية، جامعة بجاية أيام 23 و24 ماي 2007.

الاقتصادية حتى لا تصبح قراراته غير مجدية في مواجهة مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة.[1] مما يؤكد أنه هناك نوع من التحفظ في تقرير وقف التنفيذ وهو أمر منطقي، فالتساهل في تقرير هذا الأخير يشكل تهديدا لفعالية قرارات مجلس المنافسة.[2]

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

أ- 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.[3]

ب- ضرورة تقديم طعن أصلي ضد قرار مجلس المنافسة قبل التقدم بطلب وقف التنفيذ:

أي أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر ضمن الآجال 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 2/69 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة،

[1]- عز الدين عيساوي، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي و المالي، مذكرة ماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق 2004-2005.

[2]-Poesy Renè, « Le rôle du conseil de la concurrence et du juge judiciaire en Algérie et en France en droit des pratiques anti concurrentielles , aspects procéduraux » revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politique N° 3- 2000 , P 170-171.

[3]- متيش نوال، المرجع السابق، ص 125.

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،[1] 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[2].

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.[3]

أما بالنسبة للطعن في قرارات رفض التجميع فقد أخضعها الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة لاختصاص مجلس الدولة، وعي بذلك تخرج من نطاق اختصاص

[1]- تنص المادة 1/69 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم "يتم طلب وقف التنفيذ المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 63 أعلاه، طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية".

[2]- المادة 69 فقرة 03 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

[3]- أحمد هديلي، المرجع السابق، ص 304.

الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، حيث تنص المادة 19 من نفس الأمر على أنه " يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".[1]

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،[2] لأن المشرع حسب الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة لا يضفي صفة الممارسات المقيدة للمنافسة.

المطلب الثاني

دور القضاء الإداري في محاربة الاحتكار في مجال الصفقات العمومية

تخضع الصفقات العمومية إلى رقابة القاضي الإداري انطلاقا من المعيار العضوي حسب نص المادة 800 ق إ م 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.

[1]- المادة 19 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

[2]- متيش نوال، المرجع السابق، ص 126.

ومن هذا المنطلق سنتطرق في (الفرع الأول) اختصاص القاضي الإداري بمحاربة الممارسات الاحتكارية في مجال الصفقات العمومية، ثم دور القضاء الاستعجال الإداري بمحاربة الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اختصاص القاضي الإداري بمحاربة الممارسات الاحتكارية في مجال الصفقات العمومية

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

أولا: 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 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى مبدأ حماية المنافسة الحرة و محاربة احتكار المقاولين للصفقات العمومية وذلك في العديد من المواد على سبيل المثال نص المادة 72 التي جاء فيها ما يلي: "... تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط...".[1]

[1]- المادة 72 من الرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

وتضيف المادة 74 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن: "إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه "إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وأحكام المادة 99 من هذا المرسوم...".[1]

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".[2]

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."[3]

ثانيا: الجهة المختصة بنظر النزاع و الإجراءات الواجب احترامها

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

[1]- المادة 74، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

[2]- المادة 80، المرجع نفسه.

[3]- المادة 94، المرجع نفسه.

فقانون الإجراءات المدنية نص على اختصاص القضاء الإداري عامة في المادة 7 الفقرة 1 (التي تقابلها المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)، تنص على أنه يكون الإختصاص للغرف الجهوية الخمسة كلما كان موضوع الدعوى هو إلغاء قرار صادر عن الوالي، بينما تنص الفقرة 2 الإختصاص 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 ولحساب 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 ق.إ.م .إ والتي تقابلها المادة 801 من التعديل المتعلق به، لأن هذا القرار لا يصدر عن الولاة، 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.إ والمادة 829 من التعديل المتعلق به، والتي تسري من تاريخ نشر القرار في الجرائد، أو تعليقه، أو تبليغه.[1] وهو شرط من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، لتعلقه بالنظام العام.

أما عن الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة فقد أجازت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 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

[1]- مجراب سولاف، المرجع السابق، ص20.

أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة".[1]

الفرع الثاني

دور القضاء الاستعجال الإداري في محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

قام القانون باستحداث قضاء جديد يتسم بسرعة إجراءاته يدعى بقضاء الاستعجال سدا لمنافذ الفساد وتكريسا لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين وحماية المال العام[2] لذا تبنى المشرع الجزائري في ظل ق.إم.إ بابا مستقلا في إطار الفصل الخامس بعنوان الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية والذي يتضمن مادتين وهما المادة 946 و 947 من ق.إ.م.إ.

أولا: من له 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

[1]- المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 253.

تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات الأشغال أو التوريدات ودراسات أو خدمات إذا كان مبلغها يساوي أو يقل عن على ما هو محدد قانونا.[1]

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]

كما يمكن إلصاق هذا الإعلان بالمقرات المحددة في القانون،[3] 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 و هذا وفق ما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: 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 لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية أن يخطر المحكمة - قاضي الاستعجال- 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

[1]- مجراب سولاف، المرجع السابق، ص 22.

[2]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 264.

[3]- انظر المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

الامتثال أو الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد أو من تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات.

يبقى تكريس الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية التي نظمها المشرع بنصوص خاصة ضمن ق.إ.م.إ 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.[1]

[1]- تياب نادية، المرجع السابق، ص 272.

خاتمة

خاتمة:

يتبين من خلال ما تم دراسته في هذا الموضوع أن ضمان حرية المنافسة في الصفقات العمومية أمر جد هام فهو يهدف إلى ترشيد استخدام الموارد العمومية واستعمالها استعمالا عقلانيا، وإلى ضمان حقوق الأعوان الاقتصاديين في منافسة نزيهة وشفافة عن طريق محاربة الممارسات التي تمس بالإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقات، والتي كثيرا ما تقع بفعل العارضين أو الشخص العمومي الإداري نفسه صاحب مشروع الصفقة، وكذا محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية المرتكبة من طرف العون الاقتصادي بهدف الفوز بالصفقة والكشف عنها ومعاقبة المتواطئين فيها، وهذا ما يسعى إليه المشرع الجزائري من خلال التعديلات الكثيرة التي ألحقها بقانون الصفقات العمومية، خاصة في آخر تعديل له المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

نظرا لاعتبار الصفقات العمومية مجالا ومحيطا متميزا لحدوث ممارسات تقيد المنافسة التي تقع في مرحلة إعداد الصفقة في صورها المختلفة، سواء من العارضين أو الإدارة صاحبة المشروع بوصفها عونا اقتصاديا، دفع المشرع الجزائري إلى توسيع من صلاحيات مجلس المنافسة ليمتد إلى الصفقات العمومية بهدف ضمان مناخ تنافسي ملائم لحماية المتعاملين المرشحين لطلب العروض من الممارسات المقيدة للمنافسة في ذلك المناخ التنافسي، بعدما كان دوره يقتصر في الدور الاستشاري فقط تم توسيع اختصاصاته ليمتد إلى الدور التقريري في المنازعات المرتبطة بالمنافسة في الصفقات العمومية، وبالتالي تفعيل دوره في مراقبة ظروف إبرام الصفقة، وهو دور في غاية الأهمية سواء من حيث البت في القضايا المعروضة عليه أو من حيث المبادرات التحسيسية والتواصلية التي يقوم بها مع مختلف الجهات ذات الصلة بالمنافسة من سلطات ضبط وقضاء وكذا العديد من العلاقات التي ينسجها مع الهيئات الدولية المماثلة في مجال المنافسة والصفقات العمومية.

مما لا شك فيه أن تدخل مجلس المنافسة أمر ضروري لضمان حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وذلك بتوظيف أحد أسمى مبادئ قانون المنافسة، وهو مبدأ الشفافية في قانون الصفقات العمومية التي يجب أن تشمل تصرفات طالب العروض ومقدميها، وهذا رغم محدودية الوسائل والإمكانيات التي وضعت تحت تصرف المجلس للقيام بمهام إستراتيجية مثل مراقبة الأسواق وتنظيمها. مما دفع المشرع الجزائري إلى توسيع من اختصاصاته، إلا أنه مازال يواجه صعوبات كثيرة في مواجهة هذه الظاهرة، وربما يعود سبب ذلك إلى تأخر تنصيب مجلس المنافسة في الجزائرو هذا ما صرح به رئيس مجلس المنافسة في لقاء صحفي له مع الإذاعة الجزائرية في 16 ديسمبر 2015 بقوله: "إننا نواجه صعوبات في مواجهة هذه الظاهرة الموجودة منذ زمن طويل في الجزائر إلا أننا لم نكتشفها في الواقع إلا مؤخرا لأنه لا أحد كان يريد الحديث عنها". وتابع قوله: "إن مجلس المنافسة يعمل من أجل تعديل القانون الساري من أجل مكافحة فعالة لهذه الجنحة الاقتصادية". وهذا من أجل عملية الحد من تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية. أما بخصوص أعمال التواطؤ التي يقوم بها بعض الممونين الأجانب فأشار السيد زيتوني إلى عجز مجلس المنافسة أمام هذه الاتفاقات التي تجري خارج البلاد. ومن أجل مكافحة هذه الظاهرة أو على الأقل التقليص من حدتها أكد المشاركون على ضرورة تكوين المستخدمين المكلفين بالصفقات العمومية من أجل السماح لهم بالكشف عن مؤشرات التواطؤ وتحسين تبادل المعلومات بين مختلف الإدارات والمراهنة على التكنولوجيات الجديدة من أجل تحكم أفضل في المعطيات المتعلقة بالمؤسسات والصفقات العمومية.

من هنا تظهر لنا الجهود الكبيرة المبذولة من طرف مجلس المنافسة للحد من هذه الظاهرة، خاصة مع الصعوبات المعقدة التي تواجهها، هذا كله من أجل تفعيل قواعد المنافسة في الطلبات العمومية ولتصدي لكل اختلال يحدث بها، وكذا تطوير وتحفيز

الأعمال بالجزائر من خلال ضمانها للشفافية والمصداقية وعدم التمييز بين القطاعات العمومية والقطاعات الخاصة والأجنبية وتشجيع الاستثمار.

أما بالنسبة للجهات القضائية فقد تخصص القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية والذي يهدف من خلاله إلى تدعيم مبادئ الشفافية والنزاهة التي أكد عليها مرارا وتكرارا المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وفي عدة نصوص قانونية أخرى لاسيما منها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. كما تخصص القضاء العادي أيضا في النظر في الاستئنافات المرفوعة ضد قرارات وأوامر مجلس المنافسة لاسيما تلك المرتبطة بالصفقات العمومية من جهة، وكذا محو الآثار السلبية للممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا تعويض المتضررين منها وذلك من خلال إقرار القاضي المسؤولية المدنية للعون الاقتصادي من جهة أخرى.

إن الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية وإن كانت رادعة وذات فعالية لما تحمله أحكام القضاء الإداري منه لصفة الإلزام والإبطال، فالمرجو منه هو تفعيل دور الأجهزة الرقابية المختصة للوصول إلى إشباع الطلبات العمومية وصون المال العام وهو الهدف من نجاعة الصفقات العمومية.

نتائج الدراسة:

من خلال دراستنا لموضوع المنافسة في مجال الصفقات العمومية، توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي يمكن تلخيص أبرزها في أهمية هذا الموضوع في البحث عن الآليات المعتمدة للوصول إلى اختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين وتوفير أفضل الشروط لانجاز موضوع الصفقة من خلال تكريس والحفاظ على مبدأ المنافسة، وهذا ما يتضح

جليا في حجم الترسانة القانونية الموضوعة أساسا للحيلولة دون خروج عملية إبرام الصفقات العمومية عن إطارها القانوني.

- استطاع التنظيم الحالي للصفقات العمومية إدخال التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال خاصة شبكة الأنترنت في الإدارات العمومية لنقل ونشر المعلومات حول صفقاتها، مما يدل على مسايرة القانون للتطور العلمي الحديث خاصة بعد نصه في المرسوم الرئاسي 15-247 على تأسيس بوابة الكترونية لدى الوزير المكلف بالمالية.
- آليات الرقابة المنصوص عليها لا يمكنها قمع جميع مظاهر الفساد في الصفقات العمومية، حيث لا يمكنها مثلا التأكد من الكميات الفعلية المنجزة وتكلفتها الحقيقية.

نظرا لصعوبة إخضاع الصفقات العمومية إلى قانون المنافسة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة المرتكبة من طرف الأعوان الاقتصاديين سهر القانون الجزائري على تكريس فعالية دور المنافسة في هذا المجال عن طريق التوسيع من صلاحيات مجلس المنافسة، وكذا تدارك بعض الثغرات التي كان يحتوها المرسوم السابق المتعلق بالصفقات العمومية 10-236 وتعديلها في المرسوم الحالي 15-247 أهمها إدخال تكنولوجية الإعلام والاتصال بتأسيس بوابة الكترونية للصفقات العمومية من أجل ضمان الشفافية ومبدأ تكافؤ الفرص بين المتعاملين الاقتصاديين، وكذا تعزيز نظام الكشف القبلي للممارسات المنافية للمنافسة عن طريق تعيين لجان متخصصة لدى وزارة التجارة.

وفي ضوء هذه المعاينات والملاحظات على إثر تحليل موضوعات المذكرة المختلفة وبناء على النتائج السابق عرضها، ومساهمة في مساعي عصرنة نظام الصفقات العمومية وترقية المنافسة في الجزائر، يمكن استخلاص جملة من الاقتراحات لعلها تساهم في إصلاح ما يعتري النظام الحالي من نقائص وثغرات:

- قيام القضاء الإداري بدوره كاملا من خلال اجتهاد قضائي دائم، يتم جمعه ونشره والتعليق عليه.
- الدعوة إلى نشر التقارير السنوية لمجلس المحاسبة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إذ أن الجزائر لم تنشر تقارير مجلس المحاسبة إلا في سنتين 1997 و 1998.
- ضرورة تنظيم المنافسة في الصفقات العمومية بشكل أكثر وضوحا و دقة.
- تطوير الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية من رقابة مطابقة على مدى احترام القانون الساري العمل به عند إبرام أو تنفيذ الصفقة إلى رقابة نوعية التسيير أي تقييم مدى تحقق الأهداف المرجوة من إبرام الصفقة.

وفي الختام يتبين أن تنظيم الصفقات العمومية في القانون الجزائري عرف نقلة نوعية منذ صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية، حيث رسخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة وطرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

❖ الكتب:

1- بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي، -في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2014.
2- حسن محمد محمد بودى، حرية المنافسة التجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط،2015.
3- حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
4- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2011.
5- سردوك هيبة، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية 2009.
6- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، -دراسة مقارنة-، الكتاب 3، دار الفكر العربي، دون طبعة،2005.
7- شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
8- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، دون طبعة، 1993.
9- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، -دراسة تشريعية وقضائية وفقهية-، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.

10- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون رقم 04-02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.
11- لينا حسن ذكى، حماية ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2005-2006.
12- محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، طبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1992.
13- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، كلية الحقوق، الإسكندرية.
14- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 1998.
15- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق، الإسكندرية، 2008.

❖ الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1-تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
2-جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.
3-جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر،أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر،17 ديسمبر 2015.
4-كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

ب- المذكرات:

- الماجستير:

1- بعيط عائشة، ضمانات مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتورة دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2013-2014.

2- جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002

3- صياد ميلود، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل 2008)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2015.

4- عدوان سميرة، نظام تجميع المؤسسات في القانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2011.

5- عيساوي عز الدين، المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة ماجستير في الساطة القمعية للهيئات الإدارية القانون (فرع قانون الأعمال)، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق 2004-2005.

6- متيش نوال، الرقابة في مجال المنافسة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة-، كلية الحقوق، 2013-2014.

7- موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، 2011.

8- ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر 03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، 2003-2004.

- المذكرات الخاصة بالمدرسة العليا للقضاء

1- عماري بلقاسم، مجلس المنافسة،مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،وزارة العدل،المدرسة العليا للقضاء،الجزائر2005-2006 .

2- مجراب سولاف، الرقابة على الصفقات العمومية،مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر.

- الماستر

1- مدوان لامية و منصر وردة، نزاعات التجميعات الاقتصادية في قانون المنافسة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة بجاية، 2012.

❖ المقالات:

1- رقراقي محمد زكريا، مداخلة بعنوان "طبيعة العلاقة بين قانون المنافسة والطلبات العمومية- تنافر أو تكامل- الملتقي الوطني التاسع حول أثر التحولات الاقتصادية على تفعيل قواعد المنافسة، جامعة سعيدة يومي 17-18 نوفمبر 2015.

2- زمال صالح، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة الجزائر.

3- طعمة صعفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي؛ مجلة الحقوق، عدد 01 لسنة 1990.

4- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، 2009، جامعة بسكرة، كلية الحقوق.
5- كتو محمد الشريف، أهداف المنافسة الحرة، مداخلة في الملتقي الوطني حول قانون المنافسة وحماية المستهلك الذي نظمه كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، نوفمبر.
6- كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة إدارة، العدد 23، 2002.
7- كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 02، سنة 2010.
8- لخضاري أعمر، إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، مداخلة في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط القطاعية، جمعة بجاية أيام 23 و24، 2007.
9- لعويجي عبد الله، مداخلة بعنوان اختصاصات مجلس المنافسة الجزائري، ملتقى وطني، جامعة عنابة، 2013.
10- هديلي أحمد، سلطات القضاء في شل القوة التنفيذية لقرارات مجلس المنافسة؛ الملتقى الوطني حول سلطات الضبط القطاعية، جامعة بجاية أيام 23 و24 ماي 2007.

❖ النصوص القانونية

- النصوص التشريعية:

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني، المعدل والمتمم جريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975.
2- الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 9 الصادرة في 22 فيفري 1995.

3- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، ل 20 يوليو 2003 معدل ومتمم.
4- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 14 لسنة 2004.
5- قانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة.
6- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.
7- قانون رقم 10-06 مؤرخ في 18 أوت 2010 يعدل و يتمم الأمر رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 46 لسنة 2010.
8- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 18 أوت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 46 لسنة 2010.

- النصوص التنظيمية

1- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 12 ماي 1984 المتضمن إنشاء النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.
2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7-10-2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58 لسنة 2010.
3- القرار رقم 1 مؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

4-المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية في 20 سبتمبر 2015، العدد 50 المعدل والمتمم.

ثانيا باللغة الفرنسية

a- ouvrage:

1- Christophe cabanes et benoit neveu, droit de la concurrence dans les contrats publics, éditions du Moniteur, Paris, 2008.

B- Revues:

1- Arhel pierre, « Activité de la cour d'appel de paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles », Les petites affiches N 244, 2011.
2- Arhel pierre, Concurrence (règle de procédure) juriste Classeur, paris, juin, 2001.

C- Articles

3- Bennadji Cherif, Le droit de la concurrence en Algérie, la revue Algérienne des sciences juridique, économiques et politique N°3/2000.
4- Rachid Zouaimia, le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit Algérien, Revue de l'école nationale d'administration n° 01, 2005.
5- René Poesy, « le rôle du conseil de la concurrence et du juge judiciaire en Algérie et en France en droit des pratiques anti concurrentielles, aspects procéduraux », revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politique N° 3- 2000.
6- Avis n°96-A-08 du conseil de la concurrence en date 2/7/1996 relatif aux propositions formées du droit de la commande publique, BOCCRF 29/4/1997.

7- conseil de la concurrence, déc, n°D-17 du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Basse Normandie. http://www.autoritédela concurrence.fr

C- Thèse

1- Santiago Junior (FO), La régulation du secteur des télécommunications par l'autorité de régulation des télécommunications et le conseil de la concurrence, mémoire de DEUA en droit public, Université de Paris, 2002.

D- Sites internet

1- Siadi Abdelmadjid, présentation des pratiques anticoncurrentielles, leur contrôle et leur sanction, In : www.ministèreducommerce.dz-org.
2- www.lexinter.net/droit de concurrence.

الفهرس

الفهرس

العنوان ..... الصفحة

مقدمة 1

الفصل الأول: ضمانات قانون المنافسة في مجال تطبيق الصفقات العمومية 7

المبحث الأول: ماهية قانون المنافسة والصفقات العمومية 7

المطلب الأول: مفهوم قانون المنافسة 8

الفرع الأول: نشأة و تطور قانون المنافسة 8

أولا: نشأة وتطور قانون المنافسة في ظل القانون المقارن 8

ثانيا: تطور ونشأة قانون المنافسة في الجزائر 10

الفرع الثاني: تعريف المنافسة وقانون المنافسة 11

أولا: التعريف بمصطلح المنافسة 11

ثانيا: تعريف قانون المنافسة 14

الفرع الثالث: أهداف قانون المنافسة 15

أولا: حماية المنافسة 15

ثانيا: حماية المتنافسين 16

ثالثا: تحسين معيشة المستهلكين 16

المطلب الثاني: مفهوم الصفقات العمومية 17

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية 18

أولا: التعريف التشريعي.....18
ثانيا: التعريف القضائي.....20
ثالثا: التعريف الفقهي.....22
الفرع الثاني: تطور نظام الصفقات العمومية في الجزائر.....23
أولا: نظام الصفقات العمومية أثناء الحقبة الاستعمارية 23
ثانيا: نظام الصفقات العمومية خلال المرحلة الانتقالية 1962-1967 24
ثالثا: نظام الصفقات العمومية في ظل الأمر 67-90.....24
رابعا: نظام الصفقات العمومية في ظل مرسوم 82-145 25
خامسا: نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 91-434.....26
سادسا: نظام الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي رقم 02-250.....26
سابعا: نظام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10- 26.....27
الفرع الثالث: تصنيف وأنواع الصفقات العمومية 28
أولا: صفقات انجاز الأشغال.....28
ثانيا: صفقات اقتناء اللوازم أو التوريدات 30
ثالثا: صفقات الخدمات والدراسات.....31
رابعا: صفقات البرنامج 32
المبحث الثاني: مبادئ منح الصفقات العمومية ضمانة للمنافسة النزيهة بين للمقاولين 33
المطلب الأول: المبادئ التي ترتكز عليها الصفقات العمومية.....34

الفرع الأول: مظاهر تكريس قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية.....34
أولا: مبادئ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية.....34
ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبادئ الصفقات العمومية.....38
الفرع الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية.....44
أولا: طلب العروض 44
ثانيا: التراضي 47
المطلب الثاني: إلزامية الإعلان عن الصفقة و المنح المؤقت.....49
الفرع الأول: الإعلان 49
أولا: الإعلان إجراء شكلي وجوهري.....50
ثانيا: مضمون الإعلان 54
الفرع الثاني: إجراء المنح المؤقت للصفقة 57
أولا: الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة 57
ثانيا: المنح المؤقت و إرساء الصفقة.....62
الفصل الثاني: منع التواطؤ بين المقاولين للفوز بالصفقة العمومية 65
المبحث الأول: دور مجلس المنافسة في محاربة تواطؤ الأعوان الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية.....65
المطلب الأول: مجلس المنافسة كهيئة رقابة على الصفقات العمومية 66
الفرع الأول: الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة للنظر في قضايا الصفقات العمومية 66

أولا: شروط إخطار مجلس المنافسة 66

ثانيا: الأشخاص والهيئات المؤهلة للادعاء أمام مجلس المنافسة 68

الفرع الثاني: التحقيق في قضايا الصفقات العمومية 72

أولا: أنواع التحقيقات التي يقوم بها المجلس 73

ثانيا: إجراءات التحقيق.....76

المطلب الثاني: القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة.....80

الفرع الأول: نماذج عن مخالفة قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية 80

أولا: الاتفاقات المحظورة في مجال الصفقات العمومية 80

ثانيا: التعسف في وضعية الهيمنة على السوق في مجال الصفقات العمومية 90

الفرع الثاني: العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة في الصفقات العمومية.....97

أولا: التدابير المؤقتة 97

ثانيا: إصدار الأوامر 100

ثالثا: الغرامات المالية 102

المبحث الثاني: دور القضاء في محاربة تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية ... 106

المطلب الأول: دور القضاء العادي في محاربة تواطؤ المقاولين للفوز بالصفقة العمومية 106

الفرع الأول: إختصاص القاضي المدني في مجال الصفقات العمومية 106

أولا: إبطال الاتفاقات والالتزامات المقيدة للمنافسة لمنع المقاولون للفوز بالصفقة العمومية 107

ثانيا: التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة لمنافسة المقاولين ... 110

الفرع الثاني: الاختصاص الخاص للغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة 115

أولا: الطعن في أحكام المحاكم التجارية 115

ثانيا: الطعن في قرارات مجلس المنافسة..... 118

المطلب الثاني: دور القضاء الإداري في محاربة الاحتكار في مجال الصفقات العمومية 125

الفرع الأول: اختصاص القاضي الإداري بمحاربة الممارسات الاحتكارية في مجال الصفقات العمومية..... 126

أولا: اختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد قانون الصفقات العمومية..... 126

ثانيا: الجهة المختصة بنظر النزاع والإجراءات الواجب احترامها..... 127

الفرع الثاني: دور القضاء الاستعجال الاداري في محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية..... 129

أولا: من له الصفة في رفع الدعوى أمام القضاء الاستعجال 129

ثانيا: الإجراءات الواجب إتباعها..... 130

خاتمة..... 132

قائمة المراجع..... 137

الفهرس..... 145