

المنافسة في الصفقات العمومية بين مظاهر التكريس وعوائق التطبيق

بن سعادة نبيل⁽¹⁾

⁽¹⁾ طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
8ماي 1945، قالمة 24000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: bensaadanabil1986@gmail.com

العايب سامية⁽²⁾

⁽²⁾ أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة 8ماي 1945 قالمة، 24000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: samialaib@hotmail.fr

الملخص:

أخضع المشرع الجزائري في سنة 2008 موضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، نظرا لامتداد النشاط الاقتصادي إلى أشخاص القانون العام (الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري)، إذ تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على نشاط جديد من النشاطات الاقتصادية التقليدية للمنافسة وهي الصفقات العمومية، وكذلك إلى معرفة محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.

توصلنا من تحليل هذه الدراسة إلى وجود تمازج بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام بتطبيق قواعد المنافسة، إلا أنه سجلنا صعوبة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، لاتصالها المباشر بالمرفق العام، إضافة إلى صعوبة تطبيقه بسبب ممارسة الإدارة امتيازات السلطة العمومية، من أجل تحقيق المصلحة العامة، ناهيك عن إصدار مجلس المنافسة لعدة قرارات بعدم الاختصاص بالنظر في موضوع الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية:

النشاط الاقتصادي، مجلس المنافسة، صفقة عمومية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/04/21، تاريخ مراجعة المقال: 2021/12/16، تاريخ نشر المقال: 2021/12/31.

لتهميش المقال: بن سعادة نبيل، العايب سامية، "المنافسة في الصفقات العمومية بين مظاهر التكريس وعوائق التطبيق"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 03، 2021، ص ص. 98-111.

المقال متوفر على الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المرسل: بن سعادة نبيل، bensaadanabil1986@gmail.com

Competition in the Public Transaction between the Manifestations of Dedication & Obstacles to Application

Summary:

In 2008, the Algerian legislation has put the public transactions under the law of competition between the public administrative institutions. Accordingly, this study aims to identify public transactions as a new economic competition activity, as well as to highlight the determinants of applying the law of competition to public deals.

From the analysis of this study, we found that the rules of private law stand in harmony with the rules of public law by applying the law of competition. However, we recorded the difficulty of applying the competition law to public deals, because of public facilities as well as the several decisions of not reconsidering jurisdictions dealing with the issue of public deals.

Keywords:

Economic activity, competition board, public transaction.

La concurrence dans les marchés publics, entre consécration et obstacles de mise en œuvre

Résumé :

En 2008, le législateur algérien a soumis les marchés publics au droit de la concurrence, compte tenu de l'extension de l'activité économique aux personnes de droit public (Etat et institutions publiques à caractère administratif). Cette étude a pour objet d'identifier une nouvelle activité économique soumise au droit de la concurrence : celle des marchés publics, ainsi que de connaître les déterminants de l'application du droit de la concurrence à cette matière en dépit de la difficulté d'appliquer ce dernier aux marchés publics compte tenu des prérogatives de puissance publiques dont jouissent les institutions publiques. Aussi, il est difficile de déterminer avec exactitude la compétence de l'autorité de la concurrence en la matière.

Mots-clés :

Activité économique, Conseil de la concurrence, marché public.

مقدمة

أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 12-08¹ المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03² المتعلق بقانون المنافسة³، فأصبحت الصفقات العمومية تخضع لرقابة التشريع المتعلق بالمنافسة، نظرا لارتباطها المباشر بالمال العام للدولة، كونها تجسد عملية النشاط الإداري الذي تمارسه السلطة التنفيذية من أجل إشباع حاجيات المواطنين في جميع القطاعات.

وقد جسد المشرع الجزائري هذا المسعى في قانون الصفقات العمومية المعدل سنة 2015 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴، حيث وردت نص المادة 5 منه⁵ متوافقة تماما مع نص المادة 2⁶ من أحكام قانون المنافسة.

وترجع مسألة إخضاع المشرع لموضوع الصفقات العمومية إلى مجلس المنافسة رغم أنها من موضوعات القانون العام -تختص بالرقابة عليها أجهزة إدارية عمومية-، لكون الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة تسمح له بممارسة عملية الضبط الاقتصادي الشامل حتى في المجالات ذات الطابع العمومي، فمجلس المنافسة أسس ليس فقط لحماية المتعاملين الاقتصاديين الخواص في ما بينهم، ولكن لحماية

¹ القانون رقم 10-08 مؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بالمنافسة، ج ر 36 مؤرخة في 02-07-2008.

² امر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20-07-2003.

³ قانون المنافسة استحدث من أجل ضمان حماية مبدأ حرية التجارة والصناعة أنظر:

Tayeb BELLOULA, Droit Pénal des Affaires, BERTI EDITION.Alger, 2011, p210.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015..

⁵ تنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مايلي: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

⁶ تنص المادة 2 من أحكام قانون المنافسة رقم 03-03 المعدل سنة 2008 بموجب القانون رقم 12-08 على مايلي: " بغض النظر على كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على مايلي :

1/ نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها،

2/ الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة..

غير انه، يجب ان لا يعيق تطبيق هذه الأحكام ، أداء المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة العمومية."

المتعاملين العموميين عندما يبرموا الصفقات مع المتعاملين الخواص، بهدف حماية المال العام بشكل عام ولضمان زيادة الفعالية الاقتصادية،⁷ وتحسين ظروف معيشة المستهلكين بشكل خاص.

تظهر أهمية البحث، في أن موضوع الصفقات العمومية باعتبارها عقد إداري تخضع لقواعد القانون الإداري، كما أصبحت تخضع لأحكام قانون المنافسة والذي هو في الواقع قانون خاص، تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على نشاط جديد من النشاطات الاقتصادية التقليدية للمنافسة وهي الصفقات العمومية، وكذلك إلى معرفة محددات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.

الإشكالية التي توطر موضوع الدراسة تبرز في الطرح التالي: ماهي الضمانات التي كفلها المشرع الجزائري لتفعيل قواعد المنافسة في الصفقات العمومية؟

للإجابة على الإشكالية يستلزم البحث إتباع المنهج التحليلي وذلك من أجل تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة والصفقات العمومية، والمنهج الوصفي لوصف القواعد والأحكام العامة التي توطر موضوع الصفقات العمومية والمنافسة.

يقسم البحث الى قسمين نعالج في المبحث الأول مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، والقسم الثاني نخصه لحدود رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية .

المبحث الأول: مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر

إنّ القراءة الأولية لأحكام قانون الصفقات العمومية نجده قد أسس على مبدأ المنافسة النزيهة والشفافية بين المتنافسين للظفر بالصفقة العمومية .

سوف نعالج في هذا القسم أسس المنافسة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك في الجزء الأول، ثم في الجزء الثاني نخصه لدراسة الصلاحيات الردعية لمجلس المنافسة في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: أسس المنافسة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

أخضع المشرع الجزائري إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية إلى مجموعة من المبادئ والقواعد العامة للمنافسة، بهدف ضمان نجاعة الصفقة العمومية باعتبارها مظهر من مظاهر عملية النشاط الإداري.

الفرع الأول: المبادئ العامة للمنافسة في قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

بالرجوع إلى نص المادة 5 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري المفعول، نجدها نصت على المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية وهي: مبدأ

⁷Ce que recherche le droit de la concurrence moderne, c'est l'efficacité économique...voir dans ce sens : linda ARCELIN-LECUYER, Droit de la concurrence –les pratique anticoncurrentielles en droit interne européen, presse universitaire des renes,Paris, 2013,p21.

حرية الوصول إلى الطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، نتناولها تفصيلا في مايلي:

أولاً: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

يقصد بحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، أنه بإمكان أي شخص تتوفر فيه مجموعة من الشروط المعلن عنها في الصفة، الدخول في المنافسة من أجل الظفر بالصفة وتنفيذها، ولا يتأتى ذلك إلا بعد الإعلام عن الصفة عبر وسائل إعلام وطنية.⁸

وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن المناقصات العامة تقوم على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين، مع مراعاة القيود التي ترجع الى نوع المناقصة، وأن الإعلان عن المناقصة ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للتنافس بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة العامة، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى ذلك.⁹

ثانياً: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

ويقصد به الحق في الاشتراك في المناقصات العامة بين المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم.¹⁰

ويقصد بمبدأ المساواة أيضاً، أن لا تتطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي، وبالتالي فهو يعد ضماناً أساسية للمنافسة الحرة في الصفقات العمومية، كما يجسد التزام المصلحة المتعاقدة بعدم القيام بأي فعل تمييزي بين المتعهدين الذين أودعوا تعهداتهم بمناسبة طلب العروض الذي تم نشره للمنافسة.¹¹

ثالثاً: مبدأ شفافية الإجراءات

إنّ مبدأ الشفافية الذي جاء به قانون الصفقات العمومية الجزائري، هو مستمد من أحكام قانون الأمم المتحدة لسنة 1994، الذي يحث كل دول العالم على إدماجه ضمن قوانينها الداخلية والمتعلقة بالصفقات العمومية، وذلك بهدف حماية كافة أشكال الفساد في جميع مراحل إبرام الصفقات العمومية.¹²

إنّ حرص المشرع الجزائري على تكريس مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية، هو أن هذا المبدأ يعد أحد مقومات الحكم الرشيد وأحد آليات مكافحة الفساد، كما أنه أحد الدعائم التي تقوم عليها التنمية الشاملة والمستدامة.¹³

⁸ النوي خرشي، الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 25.

⁹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص 233.

¹⁰ المرجع نفسه، ص 237.

¹¹ جليل مونية، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، موفم للنشر، الجزائر 2018 ص 56.

¹² شريفي الشريف، "مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 3، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر"، 2013، ص 90.

نستخلص من خلال دراسة هذه المبادئ أنها تشكل صورة مصغرة لقانون المنافسة في قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

الفرع الثاني: مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في الصفقة العمومية

هناك عدة مظاهر جاء بها قانون الصفقات العمومية، بدءا من مرحلة إبرام الصفقة إلى غاية مرحلة إرساء الصفقة العمومية.

أولاً: مظاهر تجسيد قواعد المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة العمومية

"تلتزم الإدارة طبقا للسلطات المخولة لها قانونا وفي إطار المحافظة على الطابع الحيادي لها في إعداد ملف الصفقة، بتكريس مبدأ المنافسة سواء من ناحية موضوع الصفقة في حد ذاته أو من ناحية توفير فرص متكافئة للمترشحين للظفر بالصفقة."¹⁴

أ/ إحترام المنافسة عند تحديد الحاجات

أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 27 من قانون تنظيم الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة أن تحدد حاجاتها والواجب تليتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية.

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة إستنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة، وفي حالة ظهور حاجات جديدة، يمكن المصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق، وإما إطلاق إجراء جديد، كما يجب أن تراعي المصلحة المتعاقدة عند قيامها بعملية تخصيص الصفقات إلى وجود المنافسة بين مختلف المتعاملين من خلال تبسيط الصفقات وهو ما يسمح لأكبر عدد من المتعاملين بتقديم عروضهم، خاصة إتاحة الفرصة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى الدخول في الصفقة العمومية، وهو ما نصت عليه المادة 31 من قانون الصفقات العمومية.¹⁵

ب/ احترام المنافسة عند إعداد دفتر الشروط

يُعرّف دفتر الشروط على أنه وثيقة رسمية تضعها الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة تحدد من خلاله كل الشروط المتعلقة بالصفقة في حد ذاتها وفي التعامل المتعاقد معها، فالإدارة تستغل التقنيين والخبراء العاملين لديها من أجل تحديد دفتر شروط يحقق أهدافها.¹⁶

¹³ فائزة عمايدية، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر 2012/2013 ص 20.

¹⁴ أكروم مريام، "التزام المصلحة المتعاقدة بأعمال المنافسة في الصفقات العمومية"، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 9، منشور الجزائر، 2015، ص 7-8.

¹⁵ أكروم مريام، المرجع السابق ص 8.

¹⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 242.

توجد معايير نصت عليها المادة 78 من قانون الصفقات العمومية، وجب على المصلحة المتعاقدة أن تذكرها في الصفقة العمومية احتراماً لقواعد المنافسة من بينها: النوعية، آجال التسليم، السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال... الخ

ج/ تمكين المترشحين من الوثائق

تلتزم الإدارة بتمكين المترشحين للصفقة العمومية بكل الوثائق والمعلومات الضرورية، وهو ما نصت عليه المادة 63 من قانون الصفقات العمومية بقولها: " تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المترشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعيّنين لذلك.

ثانياً: في مرحلة إبرام وإرساء الصفقة العمومية

تلتزم الإدارة في هذه المرحلة باحترام مبدأ المنافسة وذلك بإتباعها الكيفيات التي سطرها لها المشرع في قانون الصفقات العمومية، فنصت المادة 39 منه على أن طلب العروض هو القاعدة العامة والتراخي هو الاستثناء.

وقد عرفت المادة 40 من قانون الصفقات العمومية طلب العروض بقولها: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى 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 ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات"، أما بالنسبة للتراخي كاستثناء عن القاعدة العامة فهو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة¹⁷.

وقد حددت المادة 42 منه شكل طلب العروض الذي قد يكون وطنياً أو دولياً كما أنه يمكن أن يكون في شكل: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، ويجسد طلب العروض المفتوح المنافسة لأنه متاح لجميع المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط البسيطة لنيل الصفقة العمومية، عكس طلب العروض المحدود الذي يخص فقط المترشحين الذين تتوفر فيهم شروط خاصة تضعها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، نظراً لخصوصية الصفقة العمومية في حد ذاتها.

المطلب الثاني: الصلاحيات الردعية لمجلس المنافسة في الرقابة على الصفقات العمومية

لقد حددت نص المادة 02 من أحكام الأمر 03-03 المعدل والمتمم والمتعلق بالمنافسة المجال الزمني الذي يختص به مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية والمتمثلة في

¹⁷ أنظر نص المادة 41 من قانون الصفقات العمومية

مرحلة الإبرام نظرا لكون هذه المرحلة هي التي تتطلب المنافسة، أما المرحلة التي تليها تتوقف فيها عملية المنافسة، لأن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يشرع في تنفيذ الصفقة العمومية.¹⁸

سوف نعالج في هذا الجزء الصلاحيات الردعية لمجلس المنافسة في الرقابة على الصفقات العمومية، والمتمثلة في الإجراءات أو الآليات المخولة لمجلس المنافسة لردع الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، وإلى العقوبات المطبقة على تلك الممارسات في الصفقات العمومية من خلال مايلي:

الفرع الأول: إجراءات معاقبة الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية

بالرجوع إلى نص المادة 6 الفقرة 7 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، نجدها قد أحظرت الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة، التي تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق، أو في جزء جوهري منه، سيما عندما ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة¹⁹، وتتمثل هذه الإجراءات المخولة لمجلس المنافسة في آلية الإخطار بوجود ممارسات منافية للمنافسة وإلى إجراء التحقيق والنشر في النشرة الرسمية للمنافسة.

أولا: إخطار مجلس المنافسة

لا يستطيع مجلس المنافسة مباشرة مهامه القانونية إلا بعد إخطاره قانونا من طرف جهات نصت عليها المادة 44 والفقرة الثانية من نص المادة 35، وتتمثل في وزير التجارة، الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذلك جمعيات المستهلكين.

وكمثال عن إخطارات مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية، نذكر الإخطار رقم 2015/03 والذي تقدمت به شركة Green Revolution Industries ضد والي ولاية البيض، التي تشتكي من خلاله خرق المواد 45 و 48 من قانون الصفقات العمومية القديم أين أصدر مجلس المنافسة قراره بعدم قبول الإخطار، نظرا لعدم رد الشركة المذكورة أعلاه عن مراسلة مجلس المنافسة من أجل تمسكها بشكواها.²⁰ وكذلك نذكر الإخطار رقم 2004/28 الذي تقدمت به شركة NACO ضد شركة Naftal الذي تشتكي من خلاله من تطبيق ممارسة منافية للمنافسة خلال عملية مناقصة فأصدر المجلس قراره بعدم قبول الإخطار نظرا لتغيير الساكنة مقر عنوانها دون إخطار مجلس المنافسة.²¹

ثانيا: إجراءات التحقيق

¹⁸ راضية رحمانى، "مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر 1"، العدد 29، الجزء الثاني، ص 250.

¹⁹ أنظر المادة 06 من أحكام الأمر 03-03 المرجع السابق.

²⁰ قرار صادر عن مجلس المنافسة بجلسة 18 جوان 2014، تحت رقم 2015/03 منشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08، الجزائر، 2015، ص 18.

²¹ قرار صادر عن مجلس المنافسة بجلسة 18 جوان 2014 تحت رقم 2015/04 منشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 08، الجزائر، 2015، ص 20.

بعد إخطار مجلس المنافسة قانونا من طرف جهات الإخطار كما رأينا أعلاه، فإن مجلس المنافسة يشرع في عملية التحقيق حول الممارسات المنافية للمنافسة بدءا بتعيين المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها رئيس المجلس لهم، بعد ذلك يقوم المقرر بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها، كما يمكنه أن يأمر باستلام أية وثيقة مهما كانت طبيعتها تساعد في أداء مهامه .

يقوم المقرر بعد ذلك بتحرير تقرير أوليا يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة، ويبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى جميع الأطراف ذات المصلحة من أجل إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر²²، وتكون جلسات الاستماع التي قام بها المقرر عند الاقتضاء محررة في محضر يوقعه الأشخاص الذين استمع إليهم وفي حالة رفهم التوقيع يثبت ذلك في المحضر²³، وعند اختتام التحقيق يقوم المقرر بإيداع تقرير معلل لدى مجلس المنافسة يتضمن المآخذ المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وكذا عند الاقتضاء اقتراح تدابير تنظيمية²⁴.

ثالثا: النشرة الرسمية للمنافسة

ينشر مجلس المنافسة القرارات الصادرة عنه وعن مجلس قضاء الجزائر وعن المحكمة العليا وكذا عن مجلس الدولة والمتعلقة بالمنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة²⁵، فالنشرة الرسمية للمنافسة في اعتقادنا الخاص تساهم بشكل كبير في حماية المنافسة النزيهة في الصفقات العمومية، كونها تنشر جميع القرارات الردعية ضد المخالفين لإطلاع الرأي العام عنها، وهو ما يشكل جزءا إضافيا معنوي لتلك الشركات أو الهيئات.

الفرع الثاني: العقوبات المطبقة على الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية

لقد خصص المشرع الجزائري فصلا كاملا للعقوبات المقررة ضد الممارسات المنافية للمنافسة بشكل عام و المنصوص عليها في نص المادة 14 من قانون المنافسة بموجب نص المواد 56 الى نص المادة 61 مكررا 1 من قانون المنافسة، وتتمثل هذه العقوبات في الغرامات بحيث لا تتجاوز 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم أو قد تكون غرامة تساوي على الأقل ضعف الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات على أن لا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار 6.000.000 دج²⁶، لكن بالإطلاع على مختلف القرارات الصادرة عن مجلس

²² المادة 50-51-52 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم .

²³ نص المادة 53 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم .

²⁴ نص المادة 54 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

²⁵ نص المادة 49 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

²⁶ نص المادة 56 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

المنافسة الجزائري نجد أغلبها خارج مجال الصفقات العمومية، باستثناء بعض القرارات والتي قضى فيها المجلس بعدم الاختصاص.²⁷

المبحث الثاني: حدود رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية

علقت نص الفقرة الثانية من المادة 02 من أحكام الأمر 03-03 المعدل والمتمم تطبيق أحكام قانون المنافسة على الشخص العمومي والصفقات العمومية، بشرط أن لا يعيق تطبيقه على أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

المطلب الأول: عدم إعاقة مجلس المنافسة أداء مهام المرفق العام في الصفقة العمومية

إن الصفقات العمومية، هي عبارة عن عقود إدارية لها اتصال مباشر بالمرافق العامة في الدولة، وهي تختلف بذلك عن العقود التي يبرمها الخواص، لأن الدولة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ولا يكون ذلك إلا من خلال المرافق العامة. وبالتالي فإن المشرع الجزائري لما أدرج موضوع الصفقات العمومية ضمن أحكام المادة 2 الفقرة الثانية، ثم جاء بالفقرة الأخيرة ورتب استثناء - تطبيق أحكام قانون المنافسة إذا مست بالمرفق العام أو مهام السلطة العمومية -، فإنه وضعنا أمام إشكال قانوني كبير في التطبيق الميداني، نظرا لاتصال جميع الصفقات العمومية بالمرافق العامة للدولة، وأن هذه الأخيرة تحكمها مبادئ قانونية غير مألوفة في القانون الخاص.

الفرع الأول مبادئ المرافق العامة الأساسية في الصفقة العمومية

تخضع المرافق العامة لنصوص تشريعية وتنظيمية مختلفة نظرا لطبيعة النشاط الإداري، لكن رغم اختلاف وتنوع المرافق العامة، فإنها تخضع لمجموعة من القواعد العامة: مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة، مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطور.²⁸

أولاً: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ التي كرسها القانون الإداري المقارن وهذا المبدأ يجب أن تحترمه السلطة الإدارية المختصة بعملية تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة²⁹، وعموماً فإن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة في الدولة هو امتداد للمبدأ العام المتمثل في مساواة الأفراد أمام القانون والذي يعد حقاً من حقوق الإنسان كرسه كل الدساتير في العالم.³⁰

²⁷ نذكر هنا القرار الصادر عن مجلس المنافسة تحت رقم 2015/16 الصادر بتاريخ 2014/11/13 المتعلق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ميد) ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه والمتعلق بالصفقات العمومية أين أصدر المجلس قراره بعدم الاختصاص، النشرة الرسمية للمنافسة، سنة 2015، رقم 08، ص 46-48.

²⁸ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 220.

²⁹ عمار عوايدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 81-82.

³⁰ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 332.

ثانيا/ مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد

يعمل المرفق العام باستمرار ودون توقف من أجل إشباع الحاجات العامة للأفراد لذلك فإن القضاء الفرنسي والذي أسس هذا المبدأ يراه مبدأ أساسيا مادام أن المجلس الدستوري أسدى له قيمة دستورية.³¹

ثالثا/مبدأ قابلية المرفق العام للتغير

ومؤدى هذا المبدأ أن السلطة العامة يمكنها أن تتدخل في أي وقت من أجل تعديل قواعد سير المرافق العامة مراعاة للمصلحة العامة، فالإدارة العامة إذا ظهر لها في أي وقت من الأوقات أن التنظيم الذي اختارته في إدارة مرفقها لم يعد يتناسب مع المنفعة المرجوة من المرفق، فيمكنها أن تلجأ إلى نظام المؤسسة العامة أو أسلوب الالتزام أو الأسلوب المختلط³².

ومن تطبيقات هذا المبدأ أن الإدارة العامة يمكنها تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لأن غاية الإدارة العامة هي تحقيق المصلحة العامة مما يستدعي ضرورة ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.³³

الفرع الثاني: اتصال الصفة العمومية بالمرفق العام

إن الصفة العمومية كعقد إداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة، وعلى هذا الأساس فإن المتعاقد هو في حقيقة الأمر مساعد ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة.

وقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر عدة أحكام تصب في هذا المعنى نذكر منها، حكمها الصادر في 19 ديسمبر 1981 حيث تقول: "وتستمد الادارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص هذه العقود الإدارية، ولكن من طبيعة المرفق العام، واتصال العقود به، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام

³¹Rachid ZOUAIMIA,Marie Christine ROUAUT droit administratif,op cit, p220.

³²سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، الطبعة التاسعة، دار الفكر العربي، مصر، 2014، ص184-185. المرفق العام هو عبارة عن فكرة ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع من أجل تحديد معيار اختصاص القضاء الإداري من خلال الأحكام الصادرة في قضية روتشيلد عام 1855 ودوكستير عام 1861 وبلانكو عام 1873، ويعد الفقيه دوكيه أحد أعمدة القانون الذي وضع أسس نظرية المرفق العام باعتبارها نظرية غير مألوفة تخرج عن اختصاص القانون الخاص. انظر صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكالات تسوية منازعاتها، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2017، ص66، ويعرف المرفق العام وفق حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 2 يونيو سنة 1957 " أن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام، وخدمة المصالح العامة في الدولة. "سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 74.

Rachid ZOUAIMIA,Marie Christine ROUAUT droit administratif,berti edition,alger,2009,p211.

³³صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكالات تسوية منازعاتها، المرجع السابق، ص 95

سيره، بما يحقق المصلحة العامة، ولذلك فإن الإدارة تتمتع بهذه الامتيازات في مجال العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في تلك العقود..³⁴

أما القضاء الإداري الفرنسي، فقد استثنى من قاعدة ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام العقود التي تبرمها المرافق الصناعية والتجارية مع المنتفعين بها، لأن هذه العقود تعتبر من عقود القانون الخاص أيا كانت درجة تعلقها بالمرفق الصناعي والتجاري³⁵، وقد أصدر مجلس المنافسة الجزائري في إطار رقابته على الصفقات العمومية عدة قرارات بعدم اختصاصه مبررا ذلك بأن مجال الصفقات العمومية يختص بها القضاء الإداري³⁶، وهذا الموقف قد اتخذته مجلس المنافسة الفرنسي والذي يرى أن القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام، أو أشخاص القانون الخاص وهم بصدد عقد امتياز لتسيير مرفق عمومي تخرج عن اختصاصه، بصرف النظر عن ارتباط القرار الإداري بمعياري النشاط المتخذ لاختصاص مجلس المنافسة³⁷.

نستخلص من خلال دراسة هذا الجزء، أن الصفقة العمومية باعتبارها عقد إداري متصلة اتصالا وثيقا بمرفق عام من مرافق الدولة، وأن هذه المرافق محكومة بمبادئ متميزة والتي تشكل أسس القانون الإداري لا يمكن بأي شكل من الأشكال إخضاعها لقواعد قانون المنافسة باعتباره قانون خاص يغلب المصلحة الخاصة .
المطلب الثاني: عدم إعاقة مجلس المنافسة ممارسة صلاحيات السلطة العمومية في الصفقة العمومية

نظرا للارتباط المباشر للصفقة العمومية بالمرفق العمومي وبالمصلحة العامة، استثنى المشرع الجزائري تطبيق أحكام قانون المنافسة عند ممارسة الإدارة أو المصلحة المتعاقدة صلاحيات السلطة العمومية، وتظهر السلطة العمومية في مجال الصفقات العمومية، من خلال مختلف الصلاحيات التي خولها المشرع للمصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها .

الفرع الأول: سلطة الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه

تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة من قبل المتعاقد معها وتحظى الإدارة بهذه السلطة سواء تم تقريرها لها في دفتر الشروط أو دون ذلك، وتختلف قوة هذه السلطة باختلاف نوع العقد المبرم

³⁴ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 409-411 .

³⁵ صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق ص 64.

³⁶ القرار رقم 02-2016 الصادر في 21 ديسمبر 2016 بين الشركة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة "أشكيم 23" ضد بلدية باب الوادي -الجزائر الوسطى- منشور في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 12 صادرة بتاريخ 2017/07/11، ص 38.

³⁷ محمد ديب، "قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية"، دراسة في القانون الجزائري، مجلة العلوم السياسية والقانون، عدد 07، 2018، المجلد 2، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، ص 224.

فكلما كانت صلة العقد بالمرفق قوية كلما زادت تلك السلطات كعقد الأشغال العامة، وكلما ضعفت العلاقة مع المرفق كلما ضعفت معها تلك السلطات كعقد التوريد البسيط مثلاً.³⁸

ويقصد كذلك بحق الرقابة السماح للإدارة بأن تتدخل بدرجة تزيد عن حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، في حالة ما إذا استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع وذلك في الحالات غي المنصوص عليها صراحة في العقد³⁹، وتجد هذه السلطة أساسها النظري في فكرة المرفق العام، وما تفرضه من سلطات يتمتع بها المرفق والمستوحاة من طبيعة، وهي في مجملها ثابتة للإدارة حتى لو لم يتم النص عليها في عقد الصفقة العمومية⁴⁰، كما أن الرقابة تسمح للخبراء والمهندسين التابعين للإدارة استدعاء المقاول أو المتعاقد وكذلك والمتابعة في الورشة، كما أنه يمكن للشخص العمومي ان يراقب النوعية والكمية لمختلف التوريدات، ومدى مطابقة متطلبات الصفقة...⁴¹

الفرع الثاني: سلطة تعديل الصفقة العمومية

من المبادئ العامة التي تقوم عليها عقود القانون الخاص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومعناها انه لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من التزاماته بصورة منفردة ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه إلا من خلال الاتفاق مع المتعاقد الآخر، لكن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية والتي تسعى من خلالها الإدارة تحقيق المصلحة العامة مما استوجب ضرورة ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن ثم للإدارة سلطة تعديل العقد من جانبها من اجل تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها⁴²، وحق تعديل العقد أخطر من حق الرقابة لان الإدارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، لكنها تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عنها في العقد إما بالزيادة أو النقصان.⁴³

الفرع الثالث: سلطة توقيع الجزاءات

عند إخلال المتعاقد بالتزاماته مع الإدارة أو كان مقصرا في تنفيذها فان من حق الإدارة أن توقع عليه جزاءات تختلف عن نظيرتها المقررة في عقود القانون الخاص، كما أن للإدارة كامل السلطة في اختيار الجزاء الملائم ولا تحتاج إلى نص قانوني أو حكم من القضاء، فغاية الإدارة من توقيع الجزاء ليس إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التي أنشأها العقد، وإنما تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام أو استبعاد الاختلال الذي لحقه⁴⁴،

³⁸ جليل مونية، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 186.

³⁹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 433.

⁴⁰ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 7، 8.

⁴¹ Christophe LAJOYE, Droit des Marchés Public, Berti Edition, Alger, 2007, p 172.

⁴² صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 482.

⁴³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 437.

⁴⁴ عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 192.

وتترواح الجزاءات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتخذها ضد المتعاقد معها بين الجزاء المالي والمتمثل في الغرامات ومصادرة مبلغ الضمان، ووسائل الضغط والفسخ من جانب واحد.⁴⁵

خاتمة

إنّ المقاربة بين النصين الخاص(قانون المنافسة) والعام (قانون الصفقات العمومية) تظهر أنهما يتشابهان بشكل كبير، نظرا لكون أحكام القانون المتعلق بالصفقات العمومية أسس على قواعد المنافسة النزيهة والشفافية وهو ما يصبو إليه قانون المنافسة.

لكن تطبيق قانون المنافسة على قانون الصفقات العمومية لم يكن بالأمر السهل لاصطدامه بالمبادئ العامة للقانون العام أي القانون الإداري، والتي لا تسمح أن تطبق عليها قواعد القانون الخاص والمتمثلة في أداء مهام المرفق العام، وممارسة صلاحيات السلطة العمومية لأنها تهدف إلى حماية المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة.

وبناء على ما تقدم نسجل أهم النتائج التالية:

*صعوبة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لاتصالها المباشر بالمرفق العام.

*صعوبة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لممارسة الإدارة امتيازات السلطة العمومية من أجل تحقيق المصلحة العامة.

*إصدار مجلس المنافسة لعدة قرارات بعدم الاختصاص في موضوع الصفقات العمومية.

وبناء على ما تم تسجيله من نتائج نقترح التوصيات الآتي عرضها:

- إعادة صياغة قانون المنافسة بضبط طبيعة و نوع الصفقات العمومية التي تخضع له نظرا لتشعب مجالات ومواضيع الصفقات العمومية.

- إعادة صياغة وضبط نص المادة 2 الفقرة الأخيرة بتحديد طبيعة المرفق العام الذي يمكن أن يخضع لأحكام المنافسة نظرا لتنوع المرافق العامة في الدولة.

⁴⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق ص 20-34