تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية
- بين النصوص القانونية والإشكالات التطبيقية -

Application of Competition law on public transactions contracts
- between legal texts and practical issues -

الدكتورة/ نادية تياب[1,3,4]، الدكتورة/ هنية أحميد[2]
[1]**جامعة تيزي وزو، (الجزائر)**
[2]**جامعة بسكرة، (الجزائر)**
[3]**مخبر التكنولوجيات الحديثة، جامعة تيزي وزو**
[4]**المؤلف المراسل:** nadia.tiab@hotmail.com

تاريخ الاستلام: 2020/10/14 تاريخ القبول للنشر: 2021/03/21 تاريخ النشر: 2021/04/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ دلال وشن (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: أ./ أنوار الناصر (العراق)

ملخّص:

نظرًا لأهمية المنافسة في مجال الصفقات العمومية أقر لها المشرع حمايةً خاصة كان ذلك بتكريسها في تنظيم الصفقات العمومية وإيجاد الضمانات القانونية الكفيلة بتجسيدها، إذّ أجاز تطبيق قانون المنافسة في مجالها وكل إخلال بأحكامها يفتح المجال لإمكانية تدخل مجلس المنافسة.

فالتوجه اليوم يسير نحو إخضاع أعمال الإدارة وعلى جانب مهم من نشاطاتها الإدارية إلى قانون المنافسة وإنّ كان تطبيقه يتم بالكيفية التي لا تعيق أداء الشخص العمومي لمهام المرفق العام.

غير أن ذلك أثار الكثير من الإشكالات العملية والتطبيقية أساسها غموض النص القانوني في هذا المجال وتداخل الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة حال دون تحقيق الأهداف المرجوة.

الكلمات المفتاحية: المنافسة؛ الصفقات العمومية؛ مجلس المنافسة؛ قانون المنافسة؛ المرفق العام؛ المال العام.

Abstract:

Considering the importance of competition in the field of public transactions contracts, the Legislator instituted particular protection through regulating public transactions contracts and finding the legal guarantees reflected in it. Hence, the Legislator permitted the application of competition law in its field, considering that any breach of its provisions will result in the possibility of the intervention of the Competition Council.

Today's trend is towards subjecting administration works and a prominent aspect, which is administrative activities, to competition law which will be applied

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

in a manner that does not obstruct the public officer from performing public service missions.

However, this has raised many operational and practical issues due to the ambiguity of the legal text in this field and the overlapping jurisdiction between Administrative Justice and the Competence Council which prevents achieving the expected goals.

***Key words**: Competition; public transactions contracts; Competition Council; Copetition Law; public service, public funds.*

مقدّمة:

يسعى قانون المنافسة إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية في الدولة لما يُوفره من حماية فعّالة للمال العام من جهة ولمبدأ تكافؤ الفرص بين الأعوان الاقتصادين من جهة أخرى.

لهذا الغرض أنشأ المشرع سلطةإدارية مستقلة تدعى بمجلس المنافسة يشرف عليه الوزير المكلف بالتجارة،يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، كما يتمتع بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق،الأمر الذي يجعل منه آلية فعالة لضمان السير الحسن للمنافسة.

ولما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام إذّ يرصد لها من الاعتمادات ما يُثقل كاهل الخزينة العمومية كان لابد من اخضاع الإدارات العامة لرقابة قانون المنافسة ترشيدًا للنفقات العامة والحدّ من الممارسات السلبية وهدر المال العام وتعزيز مبدأ الشفافية والمساواة ومبدأ المنافسة (مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.، 2015).

جدير بالذكر أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 بمقابل مع متعاملين اقتصاديين، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم و الخدمات والدراسات.

هذا ما دفع بالمشرع إلى توسيع مجال تطبيق قانون المنافسة ليمتد إلى الصفقات العمومية لضمان السير الحسن والفعّال للعملية التنافسية وتكريس مبادئ المنافسة الحرة.

وإذا كان تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المقيّدة للمنافسة في قطاع الإنتاج والتوزيع والخدمات يعدّ أمرً طبيعيًا ومنطقيًا لتأثير هذه الممارسات على قانون العرض والطلب في السوق، فإن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية وعلى ممارسات الشخص العام يحتاج إلى توضيح وتدقيق، لما يُثيره من إشكالات قانونية وعملية لاختلاف ما ألفه قانون المنافسة عما هو موجود في مجال الصفقات العمومية.

من هنا جاءت هذه الورقة البحثية غايتها الإحاطة بجوانب تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية وفق منهج تحليلي للنصوص التي جاء بها المشرع في هذا المجال.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإلى أي مدى يمكن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية؟ وهل يعد مجلس المنافسة آلية فعالة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية ؟

سنحاول الإجابة على هذا السؤال في المباحث التالية:

المبحث الأول:

إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيق قانون المنافسة

تقتضي المنافسة الحرة إفساح المجال أمام كافة الأفراد والمؤسسات للاشتغال بالنشاط الاقتصادي وحظر الموانع التي تؤدي إلى إعاقة دخول متنافس إلى السوق أو استبعاده أو التضيّيق على نشاطه التجاري (محمد شريف كتو، 2010) تطبيقًا للمبدأ الدستوري **"حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"** (التعديل الدستوري لسنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، 2020).

يُعتبر هذا النص أساسًا ومرجعًا قانونيًا لضبط وتنظيم مبدأ حرية الصناعة والتجارة وتهذيب الظاهرة التنافسية باعتبارها أساسًا للنظام العام الاقتصادي في الدولة، لتشمل كل المجالات الاقتصادية وحتى بعض المجالات الإدارية.

قبل تحليل مدى إمكانية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية باعتباره أحد أهم المجالات الإدارية يتعين الوقوف على التطور الذي مرّ به تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام (المطلب الأول) وأهمية تكريس المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مراحل تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام

رفض القضاء الإداري الفرنسي تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام حالة إخلاله بقواعد المنافسة بحجة أن قانون المنافسة يتحدد مجال تطبيقه على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات أي النشاط الاقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام (Mathier, 2017).

ورغم أن هذا الطرح منتقد لكون قرارات السلطة العامة يمكن أن تؤثر في مجريات السوق فقد ظل الأمر على ماهو عليه لسنوات طويلة.

بعدها تغيرت النظرة فأصبحت الإدارة ملزمة بتجنب الإخلال بقواعد المنافسة بمقتضى نظرية الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة السائد في القانون الأوروبي ومفادها أن السلطات العمومية يجب ألا تخل بقراراتها الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة وبذلك تم تقرير مبدأ نفاذ قانون المنافسة على القرارات الإدارية.

إلى جانب النظرية السابقة ظهرت نظرية أخرى في القانون الأوروبي وهي نظرية التعسف التلقائي في وضعية الهيمنة التي كان لها الفضل في إبراز وكشف دور الإدارة في دفع الأعوان الاقتصاديين بواسطة قراراتها إلى ارتكاب الممارسات المنافية للمنافسة بمقتضاها يمكن مراقبة الآثار الناجمة عن تصرف إداري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعدها أقرّ مجلس الدولة في قضية ميليون وماريس وضع حدٍ لمرحلة اتسمت بتجاهل الشخص العام وما يمكن أن يترتب على أعماله من انعكاسات سلبية على قواعد السوق مسجلاً بذلك بداية لمرحلة جديدة (Arrêt du 16 juillet 2007 (société tropic travaux signalisation), 2007).

المطلب الثاني: أهمية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

تعدّ المنافسة الحرة والنزيهة من أهم المبادئ التي حرص القانون الجزائري على تكريسها في مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال تنظيم الصفقات العمومية الهادف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتباري والمنافسة لنيل الطلبات العمومية.

يُنظر إلى مصطلح المنافسة في مجال الصفقات العمومية من زاويتين، فمن الزاوية القانونية هو: **"مجموعة القواعد والإجراءات الإدارية التي يجب على الإدارة اتباعها من أجل ايجاد المقاول أو المورد أو مقدم الخدمات الذي يستطيع تأمين الحاجيات العامة"**.

ومن الزاوية الاقتصادية هو: **"حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول إلى الطلبات العمومية"**.

حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا يقتصر على تنظيم الصفقات العمومية فحسب، إذّ أكد قانون المنافسة على حمايته لحرية المنافسة في هذا المجال إذّ نص على **"بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:**

- .....
- **الصفقات العمومية، بدءًا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة**

غير أنه، يجب أن لايُعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السُلطة العمومية" (قانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03، 2010).

هذا النص هو تأكيد صريح من المشرع يفيد تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية على أن يتم تطبيقه بالكيفية التي لا يعيق فيها أداء الشخص العمومي لمهام المرفق العام أو ممارسة امتيازات السلطة العامة.

يدل ذلك على الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة في أهم مجال يصرف فيه المال العام كما يعبر على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميم آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة وإدخالها إلى المجال الإداري، ومن ثم إلزام الأشخاص العامة باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية تحقيقًا للأغراض المنصوص عليها في نص المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، 2006). التي جاء فيها: **"يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية..."**.

يمكن إرجاع أسباب جعل الصفقة العمومية من مجالات تطبيق قانون المنافسة فيما يلي:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السبب الأول: ارتباط الصفقة العمومية بالمتعاملين الاقتصاديين وهو ما جاء في المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي جاء فيها: **"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم..."** فهناك تأثير مباشر أو غير مباشر لأعمال الشخص العمومي على النشاط الاقتصادي.

السبب الثاني: ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، فترشيد النفقات العمومية مقترن باحترام مبادئ المنافسة فهناك آثار إيجابية جراء تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.

غير أن أحكام قانون المنافسة لا تُطبق على جميع الأعمال والإجراءات المرتبطة بالصفقة العمومية، فبالرجوع إلى نص المادة 2 من قانون المنافسة يُستخلص مايلي:

- يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية التي تبرم باعتماد إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية (سامية حساين، حميدة سهتالي، 2017).

لذا يُستبعد من مجال تطبيق قانون المنافسة آليات الإبرام الأخرى.

- الإجراءات المعنية بتطبيق قانون المنافسة تلك التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بدءًا بنشر الإعلان عن طلب العروض إلى غاية المنح النهائي للصفقة، لذا تستبعد الأعمال السابقة للإعلان كتحديد الحاجات العامة، إعداد دفتر الشروط وكذا الأعمال المرتبطة بتنفيذ الصفقة كإعداد الملحق.

- مراعاة ما إذا كان تطبيق أحكام قانون المنافسة لا يُعيق ممارسة المصلحة المتعاقدة لصلاحيات السُلطة العامة وأداءها لمهام المرفق العام وهو ما اشترطته المادة 2 من قانون المنافسة أي أن تطبيق قواعد المنافسة لا يعرقل ولا يُعيق المصلحة المتعاقدة عن أداء مهام المرفق العام.

وبالتالي إذا كان تطبيق أحكام قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يُعيق أداء الشخص العمومي لمهام المرفق العام أو ممارسته لامتيازات السلطة العامة فتلك الصفقة تخضع في حدود المراحل المحددة في المادة 2 إلى أحكام قانون المنافسة.

وعليه تقتضي أحكام المنافسة أن تعمل الهيئات المتعاقدة على تسهيل مهمة المرشحين المحتملين لنيل الصفقة في تقديم عروضهم بكل حرية في ظل شروط وإجراءات واضحة وشفافة ضماناً لحقوق المتعاملين في الوصول للطلبات العمومية واستخدام الموارد العامة استخدامًا رشيدًا وعقلانيًا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني:
آثار تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية يرتب آثاراً قانونية هامة في مواجهة الهيئات المخول لها إبرام الصفقات العمومية، فرغم تمتعها بامتيازات السلطة العامة إلا أن المشرع ألزمها باحترام مبادئ وقواعد المنافسة الحرة (المطلب الأول) كما أخضع الصفقات العمومية لرقابة أهم هيئة ضابطة للمنافسة ممثلةً في مجلس المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إلزام المصالح المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة

على الهيئات العمومية مراعاة أحكام قانون المنافسة عند ممارستها لنشاطاتها سواء كانت اقتصادية أو إدارية كإبرام الصفقات العمومية (المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، 2015).

ومن أجل ضمان تطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية تلتزم الهيئات المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيّدة للمنافسة (أولا) وكشف ومعاقبة كل من يُخلّ بمبدأ المنافسة الحرة (ثانيا).

أولا: عدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة

على المصلحة المتعاقدة تلافي خلق وضعيات احتكار أو هيمنة على السوق تتنافى ومقتضيات المنافسة وذلك بمناسبة الصفقات التي تبرمها مع الأعوان الاقتصاديين.

تأكيدًا لهذا المسعى يمنع على المصالح المتعاقدة أي ممارسة تحمل في طياتها مساسًا بالمنافسة ويمكن تلخيصها فيما يلي:

- خلق الشخص العام ممارسة مقيدة للمنافسة بفعل اختياره لتقنية معينة أو إجراء معين لإبرام الصفقة العمومية.
- وضع معايير في اختيار العروض بشكل يجعل توافرها مقتصر على بعض المؤسسات دون غيرها.
- تبادل المعلومات بين الإدارة والمترشح لنيل الصفقة وهوما يُعرف بالتفاوض الذي يحدث بعد فتح العروض المالية والتقنية...وغيرها من الممارسات التي تشكل في محتواها وفحواها مساسًا بالمنافسة الحرة.

ثانيا: إلتزام الشخص العام بكشف ومعاقبة الممارسات المقيّدة للمنافسة

إذا كان الشخص العام ومختلف المصالح المتعاقدة المؤهلة قانونًا بإبرام الصفقات العمومية مطالبة بعدم ارتكاب ممارسات مقيّدة للمنافسة بفعل العقود التي تُبرمها والتصرفات الانفرادية التي تُصدرها،فإنه تبعًا لذلك إذا ثبت ارتكاب ممارسات فالإدارة ملزمة بالتأكد منها ومن أجل تمكينها من أداء دورها في مراقبة الممارسات المحتملة للأعوان الاقتصاديين تم إثراء تنظيم الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة تفرض في جوهرها إلتزامًا جديدًا على الإدارة يتمثل في مراقبة وترقب الممارسات المقيدة للمنافسة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن تطبيقات مبادئ المنافسة الحرة ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ما أقرته المادة 72 التي أكدت بأنه إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عن طريق المصلحة المتعاقدة ضرورة تقديم تبريرات وتوضيحات كتابية تراها ملائمة وبعد التحقق من التبريرات المقدمة تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية تبعًا لذلك ترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل (المادة 72 مطة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، 2015).

يجد هذا النص أساسه في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تمنع عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق إذ كان الهدف من وراء ذلك إبعاد مؤسسة ما أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

كذلك من النصوص المكرسة لمبادئ المنافسة ما تضمنته المادة 72 مطة 4 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي سمحت للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض إمكانية اقتراح رفض عرض مقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المقبول تشكل تعسفًا في وضعية هيمنة على السوق أو قد يتسبب في الإخلال بالمنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

ذلك لأن المتعامل الحائز على مثل هذا العقد يمكن أن يستغل وضعية الهيمنة بشكل تعسفي خلال فترة العقد فنكون أمام حالة تعسف ناتجة عن وضعية الهيمنة المحضورة بنص المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تمنع أي شكل من أشكال تقييد المنافسة عن طريق التعسف الناتج عن وضعية هيمنة على السوق.

لذا على المصالح المتعاقدة بذل جهدها لكشف الممارسات المشبوهة ومن ثم رفض العرض المقبول إذا ثبت صدور ممارسات تمس بنزاهة المنافسة (Nicinski Sophie, 2004).

وبذلك فالتنظيم الجديد للصفقات العمومية قد ساهم في تجسيد مبادئ حرية المنافسة في كافة نصوصه خاصة تلك المتعلقة بكيفيات وإجراءات إبرام الصفقة العمومية، إذّ حدد طرق إبرام الصفقات العمومية وحصرها في أسلوبين، فاعتبر اجراء طلب العروض القاعدة العامة وأولاه أهمية خاصة بضبط أشكاله وتحديد إجراءاته حرصًا منه على اختيار المصلحة المتعاقد للمتعاقد الكفء القادر على تأدية الخدمة العامة بأقل التكاليف وأحسن التقنيات يمثل هذا الإجراء المجال الخصب والآلية المناسبة لتكريس مبادئ المنافسة الحرة ومبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات" (بره، عمار زعبي، الزهرة، 2016).

المطلب الثاني: تدخل مجلس المنافسة كهيئة ضابطة لقواعد المنافسة

إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيق قانون المنافسة يجعلها من التصرفات الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة تطبيقًا لأحكام المادة 44 فقرة 02 من الأمر رقم 03-03 التي تنص صراحةً "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 06 و 07....".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فتطبيق قانون المنافسة يستتبع بالضرورة اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية الخاصة بالإجراءات المنافية للمنافسة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بدءًا بنشر الإعلان عن الطلب العمومي إلى غاية المنح المؤقت للصفقة العمومية.

الاعتراف باختصاص مجلس المنافسة يستبعد اختصاص القضاء الإداري طالما أن قرارات مجلس المنافسة خاضعة للطعن فيها أمام القضاء العادي ممثلاً في الغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر استنادًا لنص المادة 63 من قانون المنافسة.

رغم أنه لا يوجود أي تعارض من حيث المبدأ بين اختصاص مجلس المنافسة واختصاص القاضي الإداري، بما أن مجلس المنافسة سُلطة إدارية ضبطية وليس سُلطة قضائية موازية رغم تمتعه بصلاحيات قضائية.

غير أن مجلس المنافسة الجزائري تبنى ذات الموقف الذي اتخذه القضاء الإداري الفرنسي في أول آراءه، إذّ نفى اختصاصه من مجال الصفقات العمومية ورفض النظر في القرارات الإدارية التي يتخذها الشخص العام الرامية إلى إدارة مرفق عام، إذ اعتبرها نشاطًا إداريًا بحتًا.

وهو انعكاس للآراء والقرارات التي صدرت عن مجلس المنافسة الفرنسي الذي أقرّ بأن اختصاصه لا يشمل القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام، فلا يكون مختصًا إزاء كل ما يتعلق بتنظيم طلب العروض أو اختيار المتعاقد، لذا يبقى التساؤل مطروحًا حول الغاية وجدوى إضافة الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون المنافسة؟!

وفي هذا الإطار عرضت قضية على مجلس المنافسة سنة 2016 تتلخص وقائعها فيما يلي:

قيام نزاع بين شركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة HKM23 وبلدية باب الوادي على إثرها تقدمت الشركة التي تنشط في مجال الطباعة الصناعية، الإشهار، النشر، التوزيع بإخطار مجلس المنافسة حول خرق وعدم احترام بلدية باب الوادي لأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أي عدم احترام مبادئ المنافسة الحرة.

حيث أن الشاكية لم تتمكن من تحضير عروضها والأجل المحدد لإيداع العروض قصير جدًا وهو 10 أيام، كما اتهمت الشركة البلدية المعنية بالتخطيط أثناء جميع مراحل الصفقة من أجل منح الصفقة لشركة معيّنة.

كان منطوق قرار مجلس المنافسة صادمًا للشركة، إذّ أعلن أن الإخطار مقبول من حيث الشكل لاستفاءه الإجراءات الشكلية المقررة قانونًا وفي الموضوع قرر بعدم اختصاصه لأن محتوى القضية من اختصاص القضاء الإداري.

فالوقائع المشار إليها حتى ولو كانت تتعلق بصفقة عمومية فإنها لا تدخل ضمن اختصاص مجلس المنافسة كونها ليست من الممارسات والأعمال المحظورة بنصوص المواد 6، 7، 10، 11، 12 من قانون المنافسة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن القول بأن الوقائع لا تندرج ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة فذلك يجافي الصواب وذلك لأن المادة 6 من قانون المنافسة تحظر كل ممارسة أو عمل مدبر أو اتفاق أو اتفاقية صريحة أو ضمنية عندما يكون موضوعها أو هدفها عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها في السوق لاسيما السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة.

فإذا أخذنا هذه الحالة وحاولنا تطبيقها على وقائع القضية نجد أن المصلحة المتعاقدة وهي بلدية باب الوادي قد قامت حسب المدعية بترتيبات خلال جميع مراحل الصفقة من أجل منحها لشركة معينة خارج قواعد المنافسة.

مما يعني أن هناك تواطأ من أجل الحصول على الصفقة وتكون البلدية في هذه الحالة قد ساهمت أو سمحت بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة وهو الفعل المنوه عنه في المادة 6 من قانون المنافسة فعبارة "السماح بمنح الصفقة" الواردة في المادة 6 في فقرتها الأخيرة متصلة أكثر بالمصلحة المتعاقدة منه بالمتعامل المتعاقد.

وبالتالي فمجلس المنافسة لم يتعمق في القضية لإثبات وجود أو عدم وجود ممارسات مقيدة للمنافسة، إنما انطلق من مبدأ عام يتعلق بإخضاع الصفقة العمومية لاختصاص القاضي الإداري وهو ما يُنفي حسبه اختصاص مجلس المنافسة.

فلم يكن عليه تسبيب قراره بعدم تعلق الوقائع بممارسات مقيدة للمنافسة، لأن القول بذلك يستدعي الحكم بالاختصاص من حيث الشكل ثم الحكم في الموضوع برفض الدعوى لعدم التأسيس أو لعدم وجود أدلة كافية تثبت وجود هذه الممارسات (فريد عباس، 2017).

وبالتالي جعل الصفقات العمومية من مجالات تطبيق قانون المنافسة سيطرح إشكالية امتداد ذلك إلى خضوع النزاعات المرتبطة به لاختصاص مجلس المنافسة.

ومن أجل إيجاد حلٍ لمشكلة تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري استند القضاء الفرنسي على تقنية قانونية تتمثل في "نظرية الأعمال المنفصلة" التي اعتمدها القضاء الإداري سابقًا وبذلك أصبح يعترف باختصاص مجلس المنافسة للفصل في المنازعات المتعلقة بكل نشاط اقتصادي يظهر فيه مساس بأحكام المنافسة متى كان منفصلاً عن الأعمال الإدارية (سهيلة دبياش، 2013).

بفضل هذه النظرية وُسع من مجال اختصاص مجلس المنافسة ولم تعد النشاطات التي تقوم بها الأشخاص العمومية خارج مجال اختصاصه، فهل يمكن تطبيق هذه النظرية في الجزائر؟

إذا كان بالإمكان تصور تطبيق هذه النظرية لتوزيع الاختصاص طالما تعتمد على النظر في طبيعة النشاط أي المعيار المادي الذي يتماشى مع قواعد توزيع الاختصاص في فرنسا، إلاّ أن تطبيقه كمعيار في الجزائر لا يحل المشكل ما دام المشرع الجزائري فضلاً عن الفقه والقضاء يُؤكدا ويُصرا على احترام المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري، مما يستوجب استبعاد اختصاص مجلس المنافسة رغم أنه الهيئة الأكثر خبرة للفصل في كل ممارسة تخلّ وتمس بحرية المنافسة في السوق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة:

تكريس المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يُعدّ من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية،فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات تسمح للإدارات العمومية استخدام الموارد العمومية استخدامًا رشيدًا وعقلانيًا يُضفي على طلباتها قدرًا من الشفافية والنزاهة وهي بما تُتِيحُهُ للمؤسسات من فرص للوصول لتلك الطلبات تُعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقها المشروعة في ممارسة حريتي التجارة والمنافسة.

ولا يخفى أن اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص وجعلها من ركائز النظام العام الاقتصادي في الدولة يوفر حماية فعالة للمال العام ويعمل على ترشيد النفقات العمومية وسيساهم في الحدّ أو على الأقل في التقليل من مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارات العامة.

فالاهتمام المتزايد بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية يدل على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تفعيل آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية.

لكن الإشكال لا يتعلق بإيجاد النصوص بل بتطبيقها، فرفض مجلس المنافسة في الكثير من المناسبات اختصاصه في منازعات الصفقات العمومية ليبقى مختصًا أمام أي عرقلة للمنافسة بالاتفاق أو التفاهم أو التواطؤ بين مترشحي ومتعاملي الصفقات العمومية يجعل تطبيق قانون المنافسة وإقحام مجلس المنافسة في المنازعات المتعلقة بالصفقة العمومية مجرد تنصيص قانوني يعترض تطبيقه الكثير من الإشكالات والعقبات العملية.

إذ إن تطبيق المنافسة بما تقتضيه من قواعد وأحكام يجعل المتعاملين الاقتصاديين خاصة الأجانب لما يملكونه من مؤهلات وتقنيات يحصلون على المشروعات المطروحة على حساب المتعاملين الوطنيين وذلك لا يخدم المصلحة الوطنية هذا من جهة.

من جهة أخرى تسبب تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية في وجود تعارض مع نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواده 800 و801، مما يدفعنا إلى القول بأن توجه المشرع الجزائري هذا غير سديد أمام الطبيعة الخاصة لعقود الصفقات العمومية التي تعد عقوداً إدارية تقتضي إفراد الرقابة عليها من طرف مجلس المنافسة بخصوصية من حيث القواعد القانونية المطبقة حتى تكون هذه الرقابة فعالة.

وأمام الإشكالات التي يثيرها تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية نقترح من هذا المنبر توصيتين جوهريتين رغبة في إثراء المنظومة القانونية في هذا المجال يمكن إجمالها في:

- تدخل المشرع لتوضيح كيفية تطبيق نص المادة 2 من قانون المنافسة لا سيما ما تعلق بمصطلح إعاقة سير المرفق العام لاعتباره شرطا جوهريا لتطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، فلا معنى ولا فائدة لإخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة إذا كان يُستبعد تطبيقه حالة ممارسة الشخص العمومي لامتيازات السلطة العامة أو أدائه لمهام المرفق العام بحكم أن إبرام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصفقة العمومية يندرج ضمن ممارسة الدولة لامتيازات السلطة العامة، فلا تتصرف كأي متعامل اقتصادي، كما أنها لا تمارس من خلاله أي نشاط اقتصادي لإنتاج السلع والخدمات إنما لتلبية حاجاتها في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات حتى تستطيع القيام بمهامها المرتبطة بالمصلحة العامة وأداء مهام المرافق العمومية.

- بيان حدود اختصاص مجلس المنافسة في قضايا الصفقات العمومية وذلك بوضع الحدود الفاصلة بين الأعمال الإدارية والممارسات المنافية للمنافسة بصفة دقيقة أي توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة لصعوبة معرفة ما إذا كانت رقابة الممارسات المحظورة يمكن فصلها عن رقابة مشروعية الأعمال الإدارية.

خاصة وأن الصفقات العمومية في الجزائر أداة للتنمية الاقتصادية ورفع لإنتاجية بعض المؤسسات المحلية خاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي أصبحت رهاناً للنهوض بالاقتصاد الوطني.

الإحالات والمراجع:

1. قانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03. (18 أغسطس، 2010). https://www.commerce.gov.dz. تاريخ الاسترداد 21 يناير، 2020، من int.search.tb.ask.com: https://www.commerce.gov.dz
2. *Arrêt du 16 juillet 2007 (société tropic travaux signalisation). (2007, juillet 16). int.search.tb.ask.com. Consulté le Novembre 28, 2018, sur https://www.isere.gouv.fr: https://www.isere.gouv.fr*
3. *GILLES Mathier .(2017) .L'application du droit de la concurrence aux personne publiques,5eme Ed calier chronique .(،Paris: Recueil Dalloz Sirey.*
4. *Nicinski Sophie .(2004) .Droit public de la concurrence .Paris: LGDJ.*
5. التعديل الدستوري لسنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 20-442،مؤرخ في 30ديسمبر سنة 2020. (30 ديسمبر ، 2020). https://www.google.com/searchq. تاريخ الاسترداد 14 Janvier , 2020، من www.globalhealthrights.org: https://www.google.com/searchq
6. المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. (20 Séptembre, 2015). www.abridh.com. تم الاسترداد من https://www.caci.dz/fr/Nos%20Services/Information%20juridique/Documents: https://www.caci.dz
7. المادة 72 مطة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. (20 سبتمبر، 2015). https://www.caci.dz. تاريخ الاسترداد 2020 ديسمبر، 16، من www.abridh.com: https://www.caci.dz
8. بره، عمار زعبي، الزهرة. (2016). مكانة مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة في التشريع الجزائري-. مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والتشريعات المقارنة (الصفحات 4-3). جامعة امحمد بوقرة، بومرداس: كلية الحقوق والعلوم السياسية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

9. سامية حساين، حميدة سهتالي. (2017). ترشيد النفقات العمومية من خلال طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية. تأليف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة (المحرر)، مداخلة ألقيت في ملتقى وطني حول ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، (الصفحات 4-3).
10. سهيلة دبياش. (2013). إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية. تأليف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس (المحرر)، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام،، (صفحة 4).
11. فريد عباس. (2017). التعليق على قرار مجلس المنافسة رقم 2016/02 بتاريخ 2016/05/02 قضية ش ذ م م « H KIM 23 » ضد بلدية باب الوادي. تأليف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة (المحرر)، مداخلة ألقيت في ملتقى وطني حول ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، (الصفحات 6-5).
12. قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. (8 مارس، 2006). https://droit.mjustice.dz. تاريخ الاسترداد 8 أفريل ، 2019، من www.google.com/search: https://droit.mjustice.dz
13. محمد شريف كتو. (2010). تنظيم المنافسة الحرة في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية. المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسة(عدد 10)، الصفحات 27-16.
14. مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم السفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. (16 Séptembre, 2015). www.abridh.com. تاريخ الاسترداد 25 Mars, 2020، من https://www.caci.dz/fr/Nos%20Services/Information%20juridique/Documents: https://www.caci.dz/fr

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com