

المنافسة في مجال الصفقات العمومية

خلف الله كريمة

طالبة دكتوراه قانون الضبط الاقتصادي

كلية الحقوق / جامعة قسنطينة 1

مقدمة

كما هو معلوم أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية أحد أطرافها هو شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص ممول بأموال عمومية بصفة كلية أو جزئية، بصفة دائمة أو مؤقتة لحساب المصلحة المتعاقدة، أخضعها المشرع الجزائري لقانون المنافسة بموجب الأمر 03/03 المعدل و المتمم، و هذا ما جعلنا نختار هذا الموضوع "المنافسة في مجال الصفقات العمومية" بغية الكشف عن مدى فعالية تمديد تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية و كذا فعالية تكريس مبدأ المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية.

و لإبراز ذلك سنحاول معالجة هذه الأفكار من خلال المحورين التاليين:

المحور الأول: خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة و الإشكال الناجم عنه.

المحور الثاني: تكريس المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

هذا على العموم أما التفصيل فسيأتي بيانه على المدار التالي.

المحور الأول:

خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة و الإشكال الناجم عنه.

سنتناول في هذا المحور خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة (أولا)، ثم الإشكال الناجم عن خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة (ثانيا).

أولا: خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة.

يرتبط تطبيق قانون المنافسة -حسب ما قضت به المادة 2 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم- على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات و الإستيراد، و يستثنى من ذلك النشاطات التي تندرج في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مرفق عام، أي إستبعاد التصرفات التي تندرج ضمن مجال تطبيق القانون الإداري.

غير أنه جاء في ذات المادة ما يلي: "تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:....

- الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة....."(1)

وأضاف المشرع الجزائري معتبرا من قبيل الإتفاقات المحظورة السماح بمنح صفقة لفائدة مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة بموجب المادة 6 من قانون المنافسة المعدل والمتمم⁽²⁾، و هنا يجدر بنا التنويه إلى أن الصفقة العمومية كإتفاق محظور لا تخرج عن خصائص العقود الخاضعة للقانون المدني في كونها أعمال قانونية تقوم على توافق و تطابق الإرادة بين طرفي العقد، حيث يتم الإتفاق على إنشاء وخلق إلتزامان متبادلة، و بذلك تندرج هذه التصرفات ضمن المفهوم الواسع للإتفاق الذي تضمنته أحكام قانون المنافسة.⁽³⁾

إن المبررات التي جعلت المشرع الجزائري يخضع الصفقات العمومية لقانون المنافسة هي:

- المحافظة على المنافسة في سوق الصفقات العمومية بإعتبارها أهم الأسواق التي تتعرض لهيمنة أحد المتعاملين سواء ظهر في شكل شخص معنوي عام أو شخص معنوي خاص يحمل الجنسية الجزائرية، أو مؤسسة أجنبية إذا تعلق الصفقات العمومية بمناقصة دولية من جهة.

ومن جهة أخرى لتمكين المؤسسات الصغيرة و المتوسطة من الاستفادة من مشاريع الصفقات العمومية التي تعلن عنها الدولة أو أي شخص معنوي آخر لا سيما في ظهور الاتحادات المهنية.⁽⁴⁾

- تمتع الصفقات العمومية بطابع إقتصادي، كون أن الدولة تعتمد عليها في إدارة شؤونها الإقتصادية ليس بهدف تقديم خدمات للدولة، و إنما بهدف تحقيق سياستها التدخلية، فالصفقة العمومية أداة لإنشاء المشاريع الهامة⁽⁵⁾.

- الحفاظ على الأموال العمومية .

أن المشرع الجزائري نص على المناقصات بصفة عامة دون إجراء التراضي الذي يعفي المصلحة المتعاقدة من القواعد و الإجراءات التي تخضع لها الصفقة العمومية، حيث تختار المتعاقد معها مباشرة، وهذا يدل على أهمية المناقصة كإجراء يهدف للحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين و بالتالي تمثل المناقصات البوابة التي يتدخل من خلالها المتعاقدون مع الإدارة في السوق موضوع الصفقة لأن ذلك يتعلق بالمصلحة العامة في المجال الإقتصادي و المالي⁽⁶⁾.

وبالتالي لا يمكن تصور إبعاد الصفقات العمومية عن مجال تطبيق قانون المنافسة بل المنطق يستدعي التقيد و الإلتزام بأحكام هذا الأخير عند إبرامها خاصة وأن تأشيريات قانون المنافسة إحتلت مكانا إبتداء من صدور المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، و تأكدت فعلا من خلال المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، و هذا ما سنتكلم عنه لاحقا.

وعلى هذا الأساس يكون المشرع الجزائري قد أخضع الصفقات العمومية لقانون المنافسة و منع الإتفاق المحظور المتعلق بها و كذا كل حالات الهيمنة و التركيز في سوقها، حيث يتعلق الأمر في هذا الإطار بتطبيق قواعد المنافسة على الشراء العمومي أي على عمليات الإنتاج و التوزيع و الخدمات والإستيراد، حيث تعتبر الصفقات العمومية كعقود إستهلاك و بالتالي تسري عليها قواعد حماية المستهلك، لذلك أعتبر جانب من الفقه أن الصفقات العمومية تعتبر كعقود إستهلاك تظهر فيها الأشخاص العمومية كمستهلك، لا سيما و أنها تخضع لقواعد المنافسة التي يضعها تنظيم الصفقات

العمومية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، فلا توجد علاقة منافسة بين الطرفين و إنما العلاقة التي تظهر هي علاقة المستهلك والمحترف لذلك يعتبر قانون الصفقات العمومية كقانون إستهلاك⁽⁷⁾.

ثانياً: الإشكال الناجم عن خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة.

إذا سلمنا بتمديد تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية نجد بعض الإشكالات منها:

- تنافي الصفقات العمومية كعقود إدارية مع أحكام قانون المنافسة طالما انها تصرفات ينظمها قانون ذو طابع إداري، ذلك أن الإدارة في الصفقات العمومية كمصلحة متعاقدة لا تظهر بصفة عارض أو موزع للسلع و الخدمات في سوق معين، وهو ما يتناقض مع قانون المنافسة الذي جاء ليحمي السوق من خلال ضبط العلاقات بين المؤسسات.

و ما يجدر التنويه به هو أن المشرع الجزائري في قانون المنافسة لسنة 95-06 كان واضحاً لا يخضع الشخص العمومي لقانون المنافسة إلا إذا قام هذا الشخص العمومي بأحد نشاطات الإقتصادية المذكورة في المادة 2 منه والمتمثلة في الإنتاج، التوزيع، الخدمات⁽⁸⁾، و تطبيقاً لذلك قضى مجلس المنافسة بعدم إختصاصه في قضية متعلقة بإبرام صفقة عمومية، حيث علل عدم قبوله الإخطار بحجة أن تطبيق قانون المنافسة ينحصر في النشاطات التي يتدخل من خلالها الأشخاص العموميون في السوق كعارضين أو موزعين لمنتجات أو قائمين بخدمات، و أن عملية إسناد الصفقة إلى شركة لا تكتسي طابع نشاط الإنتاج أو توزيع أو خدمة، و إنما هو طلب عمومي تدخلت فيه السلطة العمومية كطالب في سوق أنجاز أشغال البناء، غير أن الواقع كشف عن إمكانية وجود تصرف إداري قد تكون له آثار سلبية على المنافسة⁽⁹⁾.

-إفراز مسألة تنازع الإختصاص بين مجلس المنافسة و القضاء الإداري و بين هذا الأخير و القضاء العادي، فالقول بأن الإختصاص ينعقد لمجلس المنافسة و أن الطعن في قرارات هذا الأخير يكون أمام القضاء العادي حسب ما نصت عليه المادة 63 من قانون المنافسة⁽¹⁰⁾، بالتالي استبعاد إختصاص القضاء الإداري، وعليه فالإتفاق المحظور المتعلق بالصفقات العمومية يخضع في الأصل لإختصاص مجلس المنافسة المكلف برقابته و بالتالي حظره متى كان منافياً للمنافسة طالما أن المادة 6 من قانون المنافسة لم تستثن الإتفاقات المحظورة التي تبرمها الإدارة⁽¹¹⁾.

غير أنه إذا أبرمت الصفقات العمومية من قبل أشخاص عامة فإن القضاء الإداري هو المختص بالفصل في المنازعة تطبيقاً لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽¹²⁾ إعمالاً للمعيار العضوي كأساس لإختصاص القضاء الإداري، وهنا يطرح إشكال في توزيع الاختصاص بين القضاء العادي و القضاء الإداري ما دامت قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر.

ولوضع حل للمشكل إتبعنا فرنسا تقنية نظرية الأعمال المنفصلة التي إعتدها القضاء الإداري، حيث إعتترف لمجلس المنافسة بالفصل في المنازعات المتعلقة بكل نشاط إقتصادي يظهر فيه المساس بأحكام المنافسة متى كان منفصلاً عن الأعمال الإدارية المتعلقة بإستعمال و ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو المرفق العام، أي أن نظرية الأعمال المنفصلة أخضعت النشاطات الإقتصادية التي تقوم بها الأشخاص العمومية ضمن إختصاص مجلس المنافسة، وأبعدت الأعمال الإدارية و بالتالي العقود الإدارية القابلة للإنفصال من إختصاص مجلس المنافسة و القضاء العادي و إخضاعه لإختصاص القضاء الإداري⁽¹³⁾.

غير أنه في الجزائر لا يمكن تطبيق أحكام هذه النظرية لأنها تقوم على طبيعة النشاط (معيار مادي)، و المشرع الجزائري يؤكد على إحترام المعيار العضوي المحدد في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مما يستوجب إستبعاد إختصاص مجلس المنافسة بالرغم من أنها الهيئة الأكثر خبرة للفصل في المنازعات⁽¹⁴⁾.

وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع قد كرس إمكانية رفع دعوى إستعجالية أمام القضاء الإداري في مادة إبرام العقود و الصفقات، حيث وضع فصلاً خامساً بعنوان "الإستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات"، و لقد نصت المادة 946 منه على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود و الصفقات"⁽¹⁵⁾.

وتتعلق هذه الحالة بمخالفة الإجراءات المسبقة لإبرام الصفقات العمومية و العقود الإدارية بصفة عامة، لا سيما قواعد الإشهار التي تضمن الشفافية و مساواة المتنافسين، فكل من له مصلحة أن يرفع دعوى إستعجالية يلتمس فيها أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة أن يمتثل

للإلتزامات في أجل معين، و للمحكمة الإدارية أن تحكم بذلك كما لها أن تحكم بغرامة تهديدية تسري ابتداء من إنتهاء الأجل، كما يمكن لها أن تأمر فور تسجيل الدعوى بتأجيل إبرام العقد إلى غاية نهاية الإجراءات⁽¹⁶⁾.

إن تنظيم الإستعجال في مادة أبرام العقود و الصفقات يستهدف وقف التنفيذ بمعنى إيقاف سريان القرارات الإدارية المنفصلة أي تلك القرارات الممهدة لإبرام الصفقات العمومية و التي تعتبر محلا لدعوى الإلغاء⁽¹⁷⁾.

وتشتق سلطة وقف تنفيذ القرارات من سلطة الإلغاء و تعتبر فرعا منها، و مردها هو الرقابة القانونية التي يسلطها القضاء الإداري على القرار محل الطعن لأجل إستظهار مبدأ المشروعية⁽¹⁸⁾.

ومن هنا يبدو لنا بأن القاضي الإداري يتمتع بوسائل قانونية عند نظره للمنازعات نظرا لما يعملها من وسائل تحقيق و حيازة الحكم الصادر عنه حجية الشيء المقضي فيه و سلطته في توجيه أوامر للإدارة الممتنعة عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها طوعية⁽¹⁹⁾.

ورغم ذلك تبقى بعض الصعوبات التي تواجه القاضي الإداري لا سيما في مجال الإلغاء الذي يتطلب منه توقع و إفتراض و إستقراء الآثار الناجمة عن التدابير الإدارية على قواعد السوق و حماية المرافق العامة، وهذا كله يتطلب إمتلاك تقنيات خاصة و تفكير إقتصادي من قبل القاضي الإداري، وهذا ما يجعله مترددا في جوانب ما يسمى بالقاعدة الإقتصادية في أحكامه، و أشار إلى ذلك الأستاذ ميشال فورمون قائلا: "هناك قرارات إدارية تطرح مشاكل خاصة عند تطبيق رقابة القاضي الإداري، إنها قرارات أخذت بطريقة الإقتصاد الموجه، وإن الوقائع الإقتصادية صعبة من ناحية إثباتها وتقديرها، و هذا سيصعب على القاضي الإداري تطبيق رقابته على سبب الواقعة بطريقة المتكاملة"⁽²⁰⁾.

إذن يتطلب من القاضي الإداري أن يمتلك تقنيات خاصة و تفكير إقتصادي لأن قضايا المنافسة تتعلق بتحليل النشاط الاقتصادي أو السلوك الإقتصادي كتحديد السوق المعنية، وضعية الهيمنة، كما على القاضي الإداري أن يجري حوصلة حول التدابير الإدارية الـ ٥ عرقله للمنافسة والمزايا المتعلقة بالمصلحة العامة وكذا أخذه بعين الاعتبار مصالح المستهلكين وحماية البيئة وحماية السوق والمرافق العامة، وبالتالي المطلوب من القاضي الإداري ليس سهلا لأنه يدخل في تكوينه و يصعب عليه

مواكبة التقنيات الجديدة والصعبة خاصة وأنه يعاني من نقص في تجربته في تنظيم و تأطير النشاط الحر⁽²¹⁾.

كما يجدر بنا التنويه إلى أن الحدود الفاصلة بين الأعمال الإدارية و الممارسات المنافسة للمنافسة دقيقة جدا يصعب الفصل بينها، هذا الذي يدفع بالقول أن النظام الحالي لتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري و مجلس المنافسة غير مقنع لصعوبة معرفة ما إذا كانت رقابة ممارسة محظورة يمكن فصلها عن مراقبة مشروعية الأعمال الإدارية⁽²²⁾.

المحور الثاني:

تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

لقد كفل المشرع الجزائري مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية بوضع إجراءات (أولا)، ووضع قيود وضوابط تتعلق بتطبيق المنافسة على الصفقات العمومية (ثانيا).

أولاً: إجراءات تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

في إطار تفعيل المنافسة في مجال الصفقات العمومية نصت المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على ما يلي: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية.

و يجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية .

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الإنتقاء.

-معايير موضوعية و دقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

- حماية كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية."⁽²³⁾

كما أكد المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 3 منه على أن إبرام الصفقات العمومية يقوم على أساس مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات⁽²⁴⁾.

ومقتضى مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في إبرام الصفقات العمومية هو تكريس المنافسة في مجال الصفقات العمومية أي إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط أي ترمي المصلحة المتعاقدة إلى إنجازها أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها وتحددها ولا يجوز للمصلحة المتعاقدة المعنية أن تبعد أيا من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الإشتراك بعرض إقتراحاتهم وفقا للطريقة المعتمدة في الإبرام⁽²⁵⁾.

كما لا يجوز لها أن تميز بينهم مع ضرورة حظر الممارسات و الأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول إلى العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المتعاملين مما يحرمهم من منافع المنافسة عملا بأحكام المادة 6 من قانون المنافسة و فق الشروط المحددة في دفاتر الشروط من قبل المصلحة المتعاقدة⁽²⁶⁾.

وبتكريس هذا المبدأ تم توسيع نطاق المنافسة لتشمل كل المجالات الإقتصادية بما فيها مجال إبرام الصفقات العمومية، ويجد هذا المبدأ دعامة في أحكام القضاء الإداري مثل ما أقرته محكمة القضاء الإداري المصرية، إذ بينت المغزى من هذا المبدأ بقولها: "المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا..."⁽²⁷⁾

وتحقيقا لمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية تلزم المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان عن المناقصات، وهذا ما أقره المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث أكدت المادة 45 منه على إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي في المناقصات⁽²⁸⁾، وأكدت المادة 49 على وجوب تحرير إعلان المناقصة باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وأكدت ذات المادة على إدراج المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بإختيار صاحب الصفقة.

يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية :

- نشر إعلان المناقصة بالمقرات المعنية.

- إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية:

* الولاية.

* لكافة بلديات الولاية.

* غرف الصناعة و التجارة و الحرف و الفلاحة.

* للمديرية التقنية المعنية في الولاية (29).

وأفادت الفقرة 1 من المادة 174 من تنظيم الصفقات العمومية المذكور أعلاه بأنه بإمكان المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية ... (30).

إن الهدف من الإعلان عن المناقصة بالنحو المذكور أعلاه يوسع دائرة المنافسة بين أكبر عدد من العارضين خاصة وأن هذا الإعلان يحتوي على عناصر إلزامية وموضوعية على المصالح المتعاقدة إحترامها تحت طائلة بطلان المناقصة و تشمل:

- تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها ورقم تعريفها الجبائي.

- كيفية المناقصة.

- شروط التأهيل أو الإنتقاء 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 إقتضى الأمر.

- التقدم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجعة المناقصة.

- ثمن الوثائق عند الإقتضاء⁽³¹⁾.

إن العلنية من شأنها إضفاء الشفافية على العمل الإداري، فمن خلالها يتم إعلام الفئات المعنية بنوع الصفقة الراغبين في الترشح ودعوتهم للمشاركة فيها، فتتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع الصفقة ونوع الخدمات المراد تقديمها والشروط المميزة لها، حتى يتمكنوا من تحضير عروض تأهلهم إلى دخول معترك التنافس⁽³²⁾.

إن مبدأ العلنية هو المبدأ أي يعيش طوال فترة إبرام الصفقة العمومية، لكن ما هم مجسد على أرض الواقع يبين العكس والدليل هو ذلك القرار الوزاري المشترك الذي تم نشره في 12 فيفري 2012 بين وزير البريد وتكنولوجيات الإعلام والإتصال ووزير المالية الذي جاء تطبيقاً لنص المادة 44 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلة بالمرسوم الرئاسي 23/12 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي نصت على وجوب تحديد قائمة الدراسات و اللوازم و الخدمات و الأشغال التي تتطلب اللجوء للمناقصة، و بالرجوع إلى القائمة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشترك، يلاحظ أنه ليس له لها طابع خاص يبرر و يستلزم اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة مما يستتبع إفلاتها من إجراء الإعلان المنصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية وقانون الفساد⁽³³⁾.

إضافة لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية كرس المشرع مبدأ آخر هو مبدأ المساواة كضمان لتكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، ويعني مبدأ المساواة بين المتنافسين -أي المتعاملين المتعاقدين- أن لا تنطوي معايير إختيار العروض على طابع تمييزي، وبالتالي فهو ضماناً للمنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية، وهو بذلك إلزام بإمتناع المصلحة المتعاقدة عن أي فعل قد يؤدي إلى التمييز بين المتعهدين الذين أودعوا تعهداتهم بمناسبة المناقصة التي تم طرحها، إذ تلتزم المصلحة المتعاقدة بوضع معايير موضوعية⁽³⁴⁾.

ويستند هذا المبدأ لدعامة "فرض تكافؤ الفرص" بين المتعاقدين بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية بما يضيفي الشفافية على عملية الإبرام⁽³⁵⁾.

ومن تطبيقات مبدأ المساواة ما جاء في نص المادة 55 والفقرة 11 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل بالرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي أكدت بأنه في حالة الإستشارة الإنتقائية تجري في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا من أجل إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية طبقا لدفتر الشروط⁽³⁶⁾.*

كما يتفق هذا المبدأ مع نص المادة 12 من قانون المنافسة التي نصت على أنه: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق."⁽³⁷⁾

غير أن هذا المبدأ هو الأكثر إنتهاكا من خلال ما يتعرض له من ممارسات إحتيالية فادحة تثبت تواطؤ المصالح المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين على حد سواء مما جعل مجال إبرام الصفقات العمومية مرتعا لجرائم الرشوة و الفساد⁽³⁸⁾.

أما بالنسبة للإعداد المسبق لدفاتر الشروط، فإنه تقوم المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن المناقصة بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بها بإرادتها المنفردة بإعتبارها سلطة عامة، والوثيقة التي تحدد شروط التعاقد هي دفتر الشروط⁽³⁹⁾.

إذن تحوز دفاتر الشروط أهمية بالغة و خطيرة بإعتبارها أول حلقة من حلقات إبرام الصفقات العمومية و صلاح هذه الخطوة يؤدي إلى صلاح المراحل اللاحقة خاصة وأن دفتر الشروط هو المرآة العاكسة التي تتضمن موضوع الطلب و جديته⁽⁴⁰⁾.

ثانيا: القيود الواردة على تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

إن مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا يؤخذ على إطلاقه، فهو لا يعني تغيب سلطة المصلحة المتعاقدة في تقدير صلاحية المتقدمين و كفاءاتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة

دون أن يعد ذلك إخلالا بمبدأ المنافسة، و بالتالي إذا كان المشرع قد أخضع إبرام الصفقات العمومية إلا أنه أخضعه هو الآخر لجملة من القيود و الضوابط.

***المنع لأسباب قانونية:** و تشمل حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وهذا ما بينته المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل سنة 2012 حيث نصت على أنه "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية ، المتعاملون الإقتصاديون :

- الذين تنازلوا عن تنفيذ صفقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 مكرر اعلاه،
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، أو الصلح ،
- اين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح ، -اين لا يستوفون واجباتهم الجبائية و شبه الجبائية ،
- اين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،
- اين قاموا بتصريح كاذب،
- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع بعد إستنفاد إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما،
- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 61 من هذا المرسوم ،
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش، مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجباية و الجمارك و التجارة ،

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الإجتماعي،

- الأجانب المستفيدين من صفقة، و أدخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 24 من هذا المرسوم ... " (41)

و اضافت المادة 61 من ذات المرسوم بأنه: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية ، كل من يقوم بأفعال ومناورات ترمي إلى بمناسبة تحضير صفقة أن يكون سببا كافيا لإتخ أي تدبير ردعي

يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية و فسخ الصفقة.... " (42)

***المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة:** لأنه عادة ما تفرض المصلحة المتعاقدة توافر بعض الشروط الخاصة في المترشحين للمنافسة و هي تتعلق أساسا بطبيعة المشروع ضمانا لحسن تنفيذه مثلا: ضرورة الحصول على ترخيص مسبق فيما يخص المهندسين و الخبراء أو مكاتب الدراسات من الوزير المعني لإبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح المختصة للوزارات المكلفة ب السكان و العمران والأشغال العمومية و الموارد المائية، و الذي يحدد كل 3 سنوات طبقا لنص المادتين 1 و 7 من المرسوم 652/68 المتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال البناء و عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي 176/02 المؤرخ في 20 ماي 2002.

وجوب تقديم شهادة التخصيص و التصنيف المهنيين من قبل كل المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية و الري طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 289/93 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفي 14/05 المؤرخ في 7 أفريل 2005 يوجب على المؤسسات التي تعمل تقديم ج رع 26 سنة 2005.

***الصفقات المحجوزة:** دائما و تحت ضغط المؤسسات 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 الصفقات المحجوزة،⁽⁴³⁾ يتجلى ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، فالمادة 49 منه تجيز للبلديات و الولايات 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⁽⁴⁴⁾ ، في حين أن أهم ما ميز أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 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 مكرر 1 التي تنص على أنه: " عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرفة في التشريع و التنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على

المصالح المتعاقدة: إلا في الحالات الإستثنائية المبررة كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصرياً: مع مراعاة أحكام هذا المرسوم...⁽⁴⁵⁾

على هدي ما سبق فإنه يمكننا القول بأن تقييد مبدأ حرية المنافسة بهذه الضوابط يحد من التمتع بها بالقدر الذي يرفع فيه مستوى تطبيقه من خلال توفير أكبر قدر ممكن من المتنافسين ذوي السمعة الطيبة، بما يبعد المنافسة عن دائرة الشبهات، كذلك إن فرض تلك الشروط من شأنه حصر التنافس بين أهل الخبرة و الاختصاص ممن يشهد لهم بالكفاءة في الأداء، الأمر الذي يؤدي إلى منح هذا المبدأ وجهاً آخر للتطبيق الأمثل يجعلنا نصطلح عليها بآليات حماية مبدأ المنافسة العامة⁽⁴⁶⁾.

الهوامش:

- (1)- المادة 2 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.
- (2)- المادة 6 من قانون المنافسة السابق ذكره.
- (3)- ديباش (سهيلة)، إشكالية تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول "دور الصفقات العمومية في حماية المال العام" يوم 20 ماي 2013، جامعة يحي فارس – المدية – كلية الحقوق، ص:2.
- (4)- بن حملة (سامي)، الرقابة على التجميع الإقتصادي، رسالة دكتوراه علوم في قانون الأعمال، جامعة منتوري كلية الحقوق، 2009-2010، ص 138.
- (5)- عبيد (ريم)، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات الإدارية، المركز الجامعي "الشيخ العربي التبسي"، 2004-2005، ص 26.
- (6)- بن حملة (سامي)، المرجع السابق، ص 139.
- (7)- المرجع نفسه ص ص 140، 193.
- (8)- المادة 2 من القانون 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة،

(9)-قرار 99 ق 03 صادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 17 أكتوبر 1999 المتعلق بإسناد صفقة عمومية لإنجاز مقر مديرية البريد الاتصالات السلوكية و اللاسلكية .

(10)-المادة 63 من قانون المنافسة المعدل و المتمم .

(11)-ديباش (سهيلة)، مرجع سابق، ص:9

(12)-المادة 800 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج ر ع 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2010.

(13)-Moussa (Zahia).Vers le durcissement de la reglementation des marches publics en Algerie.revue le moniteur.N°107.Fevrier2011.

(14)- ديباش (سهيلة)، مرجع سابق، ص:10.

(15)- المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والادارية السابق ذكره.

(16)-شيهوب(مسعود)، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية "نظرية الاختصاص" ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص:144.

(17)-خلف الله (كريمة)، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون التنظيم الإقتصادي، جامعة قسنطينة 1 كلية الحقوق، ص ص من 175 إلى 189.

(18)-Lajoye(Cristophe).Droit des marches publics.Copyright Gualino. Editeur E.J .A .copyright Berty Edition.Alger.2007.p146

(19)- خلف الله (كريمة)، القاضي الإداري والمنازعة الإقتصادية، مداخلة ملقاة في يوم دراسي حول سلطات الضبط الإقتصادي، يوم 20 جوان 2013، كلية الحقوق- قسنطينة 1-، ص: 3.

(20)-François Calmette(Jean).L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif .revue mensuelle Lexis Nexis.Juris Classeur ;Juillet 2006.p 17.

- (21)- خلف الله (كريمة)، القاضي الإداري والمنازعة الإقتصادية، مرجع سابق، ص ص 6،7.
- (22)-ديباش (سهيلة)، مرجع سابق،ص:10.
- (23)-المادة 9 من القانون 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، ج عدد 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.
- (24)-المادة 3 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، ج ر عدد 58 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010 .
- (25)-عبيد (ريم)، مرجع سابق ص:28.
- DeLaubadère(André).Gaudment(yeves).Traité de droit administratif.Droit administratif general.T1.17eme edition.LGDJ.Paris .2002.p693.
- (26)-زمال(صالح)،إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية،، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول "دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " يوم 20 ماي 2013، جامعة يحي فارس – المدية – كلية الحقوق، ص:5 .
- (27)-فؤاد عبد الباسط(محمد)،أعمال السلطة الإدارية " القرار الإداري، العقد الإداري" منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص 315.
- (28)-المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم السابق ذكره.
- (29)- المادة 49 من المرسوم الرئاسي السابق.
- (30)-المادة 174 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي السابق.
- (31)-انظر المواد 46،48،49 من تنظيم الصفقات العمومية 236/10.
- (32)-عبيد (ريم)، مرجع سابق، ص 39.

(33)-تياب(نادية)، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام ، مداخله ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول "دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " يوم 20 ماي 2013، جامعة يحي فارس – المدية – كلية الحقوق، ص:14.

(34)- ديباش (سهيلة)، مرجع سابق، ص:13

(35)- عبيد (ريم)، مرجع سابق، ص 42.

(36)- المادتين 55 و 125 فقرة 11 من تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم السابق ذكره .

(37)- المادة 12من قانون المنافسة المعدل و المتمم السابق ذكره.

(38)- عبيد (ريم)، مرجع سابق، ص: 43.

(39)-المادة 10 من تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم السابق ذكره

(40)- تياب(نادية)، ، مداخله ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول "دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " يوم 20 ماي 2013، جامعة يحي فارس – المدية – كلية الحقوق، ص: 11 .

(41)-المادة 52 من من تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم السابق ذكره

(42)- المادة 61 من تنظيم الصفقات العمومية 236/10.

(43)-زمال (صالح)، مرجع سابق، ص:9.

(44)-المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية 236/10.

(45)-المادة 55 مكرر 1 من من تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم السابق ذكره.

(46)- عبيد (ريم): مرجع سابق، ص ص :41،42.

EXAMPLE