

مبدأ حظر الاتفاقات وإعماله في مجال الصفقات العمومية

بن يسعد عذراء
كلية الحقوق
جامعة الإخوة منتوري
قسنطينة

ملخص:

كرس قانون المنافسة مبدأ أساسي يتمثل في حظر الاتفاقات، التي تعرقل حرية المنافسة و كذا تمس بمبدأ حرية الصناعة و التجارة، و الذي يجمع هو ذاته مجموعة من الحريات الاقتصادية .

إن مجال حظر هذه الاتفاقيات واسع، حيث يمس كل الأنشطة الاقتصادية إنتاج، توزيع و خدمات وعل وجه الخصوص الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: حظر الاتفاقات ; الصفقات

العمومية

مقدمة:

إن تقييد المنافسة وتزييفها يؤدي إلى الحد من الفعالية الاقتصادية وبعجلة الإبداع والتجديد والمساس بمصالح المستهلك وبحقه في الحصول على منتجات عالية الجودة وبأسعار تنافسية. ولضمان حرية المنافسة لكل عون اقتصادي له رغبة في الدخول إلى السوق كعارض أو بائع المنتجات ومقدم للخدمات فقد حدد الأمر 95-06⁽¹⁾ القواعد الأساسية للمنافسة في السوق، و قد ألغي بموجب الأمر 03-03⁽²⁾ الذي تلتته مجموعة من التعديلات، بدءا بالقانون 12-08⁽³⁾ و القانون 05-10،

Résumé :

Le droit de la concurrence consacre un principe fondamental résidant dans la prohibition des ententes altérant le jeu de la libre concurrence et par là même, le principe plus vaste de la liberté du commerce et de l'industrie regroupant lui-même un ensemble de libertés économiques.

Le champ d'application de cette prohibition est large. Il concerne toutes les activités économique : les biens, les produits, les services et plus particulièrement les marchés publiques.

حيث حظرت مجموعة من الممارسات والتي بإمكانها أن تؤدي إلى تقييد المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين الناشطين في السوق إن الصور والأساليب غير المشروعة التي يستعملها عادة المتعاملون لتقييد التجارة والمنافسة الحرة كثيرة ومتعددة، وهي ترمي كلها إلى احتكار السوق، ومن أهم النتائج المترتبة على مبدأ حرية التجارة والصناعة⁽⁴⁾ الذي كرسه التعديل الدستوري لسنة 1996 في المادة 87 منه: "حرية الصناعة و التجارة مضمونة و تمارس في إطار القانون"، و قد طال هذه المادة تعديل سنة 2016 حيث أصبحت تنص على مبدأ حرية الإستثمار و التجارة ، و من أهم النتائج المترتبة عن هذا المبدأ، مبدأ حظر الاتفاقات بين المتعاملين، وذلك نظرا لما تؤدي إليه تلك الاتفاقات من تغيير في البنية التنافسية للسوق أو تقييد المنافسة فيه.

وقد ورد مبدأ حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة في قانون المنافسة الجزائري والفرنسي عاما وشاملا لكل الاتفاقات التي تقع في مختلف النشاطات الاقتصادية المفتوحة على المنافسة، فهل يجد هذا المبدأ تكريرا له في مجال الصفقات العمومية ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه وذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: وجود حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة.

المطلب الأول: مفهوم الاتفاقات.

المطلب الثاني: مجال تطبيق حظر الاتفاقات.

المبحث الثاني: خضوع الصفقات العمومية حظر الاتفاقات.

المطلب الأول: مفهوم الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: تكرير حظر الاتفاقات.

المبحث الأول

وجود حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة

إن دراسة مبدأ حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة وإعماله في مجال الصفقات العمومية يستوجب التطرق إلى مفهوم الاتفاقات حسب أحكام قانون المنافسة والأشكال والصور التي يمكن أن يتخذها (المطلب 1) ومجال تطبيق هذا الحظر (المطلب 2).

المطلب الأول

مفهوم الاتفاقات المقيدة للمنافسة

بالرجوع إلى نص المادة 6 من الأمر 03-03 نجد أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا محددا للاتفاقات واكتفى بذكر بعض الأفعال التي تكون من قبيل الاتفاقات المحظورة، مما يطرح إشكالات كثيرة وصعوبات في الواقع العملي ويمكن أن يعقد من المهمة التي يقوم بها مجلس المنافسة⁽⁵⁾، عند تكييفه للوقائع، حيث أن بعض الأفعال التي جاء ذكرها في المادة 06 والتي من شأنها أن تشكل اتفاقات محظورة هي تماثل بعض الأعمال التي تكون ممارسة أخرى مقيدة للمنافسة مثل التعسف في وضعية الهيمنة.

ويقصد بالاتفاقات إحلال التعاون محل المنافسة التي قد تؤدي إلى خروج أحد الأطراف من السوق نتيجة التحالف الذي قد يؤدي إلى التعاون، وتتشارك بذلك التحالفات في الأرباح وفي المكاسب المباشرة وغير المباشرة.⁽⁶⁾

كما يقصد بالاتفاقات Ententes économiques التي تتم بين مؤسستين أو أكثر من المؤسسات التي تمارس نشاطا اقتصاديا في سوق معين، والتي يستهدفون بها تغيير القواعد الطبيعية في السوق، وبحيث يصبح ذلك السوق غير خاضع لقانون العرض والطلب، كما أن الاتفاقات المقيدة للمنافسة تمثل مصطلحا يشتمل على كل العمليات الاقتصادية التي تتم بين مؤسستين أو شخصين من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية أو أكثر من المتعاملين في سلعة أو خدمة معينة، على أن تكون هذه السوق محكومة بقواعد المنافسة الحرة.⁽⁷⁾

فالاتفاقات المقيدة للمنافسة هي كل تنسيق في السلوك بين المؤسسات أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح أو أيا كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عليه من شأنها أن تمنع أو تقيد المنافسة.⁽⁸⁾

إذ يجب أن تهدف تلك العمليات إلى تغيير شكل المنافسة في ذلك السوق عن طريق استخدام وسائل متعددة تتمثل على سبيل المثال في تحديد حجم الإنتاج في السوق أو التقسيم الجغرافي لهذا السوق فيما بين أطراف الاتفاق، كما قد تهدف تلك الاتفاقات إلى تمييز بعض العملاء عن البعض الآخر. كما أن اتحاد الإيرادات الذي يمثل اتفاقا محظورا يمكن أن يتم بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، منذ اللحظة التي يثبت فيها ممارستهم لنشاط اقتصادي ما دام في استطاعتهم عن طريق ذلك الاتفاق تغيير أو تحريف أو محاولة تحريف القواعد الطبيعية للسوق.⁽⁹⁾ ومفهوم الاتفاق في كافة التشريعات يمتد ليشمل الاتفاقات التي تتم في شكل بنية قانونية كالعقد مثلا، وكذلك الاتفاقات التي تتمثل في مجرد تنسيق مشترك في السلوك بين المؤسسات، كما تنفق تلك التشريعات على إمكانية إجازة الاتفاق المقيد للمنافسة متى كان محققا لنتائج اقتصادية تعود بالمنفعة على المجتمع.⁽¹⁰⁾

وبالرجوع إلى أحكام قانون المنافسة نجد أن المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة و المعدل بموجب القانون 12-08 تنص على ما يلي:

"تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة 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:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
 - تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
 - اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.
 - عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتنسيق المصطنع لارتفاع الأسعار وانخفاضها.
 - تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، ما يحرمهم من منافسة المنافسة.
 - إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سوا بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.
 - السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة".
- يمكن القول أن قانون المنافسة لا يمنع التعاون وتنسيق الجهود بين المؤسسات بغرض القيام بدراسات مشتركة، وتبادل الخبرات والمعلومات لتحسين المنتجات أو الخدمات، وإنما الذي يحظره المشرع هو الاتفاق الذي يؤدي إلى عرقلة السير الطبيعي للقواعد التنافسية للسوق.⁽¹¹⁾ والملاحظ على هذه المادة أنها جاءت عامة تقرر منع الاتفاق مهما كان شكله دون أن تضع تعريفا له، ومن حيث طبيعته فإنه ليس ضروريا أن يكون تعاقدا وإنما قد يكون في صورة ترتيبات بين الأطراف تتمثل في مجرد تشاور بسيط أو تبادل للمعلومات.⁽¹²⁾
- وبالنسبة لأطراف الاتفاق فقد نص المشرع الجزائري على الصفة، التي يجب أن يتصف بها الأشخاص الطبيعية والمعنوية واستعمل في ذلك مصطلح "المؤسسة"، والاتفاقات يمكن أن تخص أعوان اقتصاديين، ينشطون في مجالات معينة حددها القانون، إما يتواجدون في نفس المستوى من الإنتاج والتسويق (الاتفاقات الأفقية)⁽¹³⁾ أو يكونون في مستويات مختلفة (الاتفاقات العمودية).
- إن حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة بين المؤسسات أو المتعاملين الاقتصاديين يتطلب قيام هذه الاتفاقات واستيفاء شروط وجودها، حسبما ينظمه قانون المنافسة، مع التذكير أن الصياغة العامة التي وردت في المادة 6 من الأمر 03-03 وتعدادها لبعض الاتفاقات المحظورة تدل على تنوعها وتباين صورها فيعتبر الاتفاق قائما بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، ولا يهم بعد ذلك الشكل الذي يكتسبه، فقد يكون صريحا أو ضمنيا أو عبارة عن عمل مدبر⁽¹⁴⁾ أو ترتيبات من أجل عرقلة المنافسة.⁽¹⁵⁾

المطلب الثاني

مجال تطبيق حظر الاتفاقات

ورد حظر الاتفاقات في كل من التشريع الجزائري والفرنسي⁽¹⁶⁾ بصورة شاملة، حيث أن الاتفاقات المبرمة في مختلف القطاعات الاقتصادية والمقيدة للمنافسة تكون خاضعة لنص المادة 6 من قانون المنافسة سواء كان النشاط الاقتصادي إنتاج، توزيع أو خدمات، وهذا حسب ما جاءت به أحكام المادة 2 من الأمر 03-03 المعدل بالقانون 05-10 وذلك متى كان الهدف من الاتفاقات المساس بالمنافسة، كما أن المادة 2 ذاتها تحدد الأطراف الذين يكونون محل تطبيق قانون المنافسة والمتمثلين في: الأشخاص الطبيعية، الأشخاص المعنوية، المنظمات المهنية، الجمعيات وكذلك الأشخاص العمومية.

بالرجوع إلى نص المادة 6 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة نجد أن المشرع لم يحدد بوضوح المجالات أو النشاطات التي يمكن أن تتعلق بالاتفاقات المقيدة للمنافسة واكتفى بحظرها، متى كانت تمس بالمنافسة، أي بشكل غير مباشر، حصرها في الميادين التي يمكن أن تكون فيها منافسة.

وهو ما ينجر عنه بالنتيجة، إقصاء المجالات التي تخضع للدولة أي المجالات الإستراتيجية⁽¹⁷⁾، إلا أنه وباستقراء نص المادة 2 من الأمر 03-03 والمعدلة بموجب القانون 05-10⁽¹⁸⁾، أين وظف المشرع المعيار العضوي و المعيار المادي لتحديد مجال الإنتاج، التوزيع والخدمات، خاصة وأن حظر الاتفاقات، يعد استثناء على المبدأ العام وهو حرية الاتفاق.

إن أول ما يلاحظ على المادة 2 هو أن المشرع يميز ويرتب مراحل النشاط الاقتصادي، ويعتبر هذا تطورا في نظرة المشرع للنشاط الاقتصادي، حيث كان من قبل يغفل ذكر الإنتاج⁽¹⁹⁾ غير أنه تجاوز ذلك، من خلال العديد من النصوص منها الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة، والأمر 03-03 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 02-139 المؤرخ في 16 أفريل 2003⁽²⁰⁾، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 39-97 المؤرخ في 18-01-1997 والمتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاصة للقيود في السجل التجاري⁽²¹⁾.

وبالرجوع إلى الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، نجد أن المشرع لم يضع تعريفا لأي من المصطلحات: الإنتاج، التوزيع والخدمات التي تتعلق بها الاتفاقات، غير أنه فعل ذلك في نص سابق ويتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي رقم 39-90 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش⁽²²⁾.

إن نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات، يمكن أن تكون متنوعة: منتج زراعي صناعي، خدمات مادية كالنقل أو خدمات مالية كالقرض⁽²³⁾، الصيد البحري، تربية المواشي.

إن المعيار الذي يتم وفقا له تحديد مدلول الاتفاقات التي تقع في نطاق الحظر التشريعي المنصوص عليه في المادة 6 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، هو خضوع كل العمليات أو الممارسات التي يمكن أن تمثل اتفاقا مقيدا للمنافسة، للقوانين التي تنظم الاتفاقات المحظورة ما دامت تلك العمليات قد وقعت على سلع أو خدمات يتم تداولها وفقا لقوانين السوق والآليات الطبيعية للعرض والطلب، حتى ولو لم تكن تخضع بطبيعتها لنظرية الأعمال التجارية، أي حتى ولو كانت أعمالا مدنية، ولم تكن تجارية حسب المواد 2، 3، 4 من القانون التجاري الجزائري.

فوجود سوق حرّ، يحتوي على علاقات اقتصادية تنافسية هو المحدد الرئيس لنطاق وتطبيق حظر الاتفاق، ودون أدنى اعتبار لتكثيف تلك العمليات باعتبارها أعمالا تجارية أو مدنية⁽²⁴⁾.

الملاحظ كذلك أنه بعد تعديل المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بموجب القانون 05-10 لـ 15 أوت 2010 توسع المشرع قليلا في مفهوم كل نشاط من الأنشطة الاقتصادية، حيث تتجلى نية المشرع في إخضاع فئة من النشاطات الاقتصادية لقانون المنافسة، وهذا على سبيل التأكيد، وكأنه أراد أن يفصل في النشاطات على أساس أن ما تضمنته الصياغة الجديدة للمادة 02 من القانون 05-10 قد تم ذكره

في المادة 2 فقرة 1 من الأمر 03-03، وعليه يتحدد مجال الرقابة على الاتفاقات فيما يتعلق بطبيعة

النشاطات الاقتصادية التي كانت تقتصر قبل التعديل على نشاطات التصنيع والإنتاج والتوزيع وكذلك الخدمات، ثم أضيفت النشاطات الفلاحية ونشاطات الاستيراد وتجارة اللحوم بالجملة وكذلك نشاطات الصناعة التقليدية، وتجارة الصيد البحري بأنواعها.

كما لم تحدد المادة 6 الأشخاص المعنيين بالاتفاقات المحظورة، أو ما يمكن أن يستدل منه على الشكل القانوني للاتفاق المقيد للمنافسة، بل اكتفت فقط بذكر بعض الأعمال التي يمكنها عرقلة المنافسة. وربما يكون سكوت المشرع عن ذلك عمدا حتى يتجنب كل تحديد للشكل القانوني الذي يمكن أن تتخذه هذه الأطراف، بحيث يتسع النص ليشمل الاتفاقات أيا كان شكل الأشخاص القائمين بها.

غير أنه يمكننا الاعتماد على نص المادة 02 من القانون 05-10 لتحديد أطراف الاتفاقات، وأول ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع أعاد إدراج الجمعيات باعتبارها شخصا من أشخاص قانون المنافسة، وقد كان يعتبرها كذلك بموجب المادة 2 فقرة 1 من الأمر 06-95 الملغى، ثم تراجع لاحقا وحذفها بموجب المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فقد تلعب الجمعيات دور المتعامل الاقتصادي إذا كان أعضاؤها متعاملين في السوق وبالتالي قد تكون هناك اتفاقات فيها خرق للمنافسة مما يستلزم إخضاعها لقانون المنافسة⁽²⁵⁾.

الملاحظ كذلك أن المشرع عند تعديله لنص المادة 02 بموجب القانون 05-10 أدرج المنظمات المهنية (النقابات، الفدراليات، التعاونيات، الاتحادات ضمن الأشخاص الخاضعين لأحكام قانون المنافسة، وبهذا يكون المشرع قد وسع من أطراف الاتفاقات.

إن تطبيق قانون المنافسة يتطلب تحديدا أدق للأشخاص الخاضعة له وبالأخص المؤسسات. وفي الحقيقة، فإن مفهوم المؤسسة هو اقتصادي أكثر منه قانوني، وهذا من أجل الدلالة على مفهوم الوحدة الاقتصادية L'unité économique، بالرغم من الطابع القانوني لمعنى المؤسسة، التي تضم كل الصور القانونية المنصوص عليها في القانون التجاري أو المدني أو غيرها من النصوص الأخرى⁽²⁶⁾.

ومع أن مفهوم المؤسسة يعتبر حديثا، إلا أنه ووجه بالكثير من الانتقاد، كون أن المؤسسة لا تملك دائما الشخصية القانونية، كما لا تكون محلا للحق، لأن بعض عناصرها لا يشكل ذمة مالية⁽²⁷⁾.

وقد حاول البعض⁽²⁸⁾ التطرق إلى بيان مفهوم المؤسسة التي تتدخل في السوق، حيث استلزم لوجودها، توافر تنظيم قانوني ومصدر للتمويل المالي، تمارس من خلاله وحدة اقتصادية، نشاطات اقتصادية عن طريق عرضها في السوق، أي لا بد أن يتوفر شرطان:

- وحدة مستقلة.
 - وحدة تمارس نشاطا اقتصاديا.
- وقبل التطرق إلى مفهوم المؤسسة حسب أحكام قانون المنافسة، نشير إلى أن مصطلح المؤسسة، يجد أصله في المادة 85⁽²⁹⁾ من اتفاقية روما التي تأسست بموجبها المجموعة الاقتصادية الأوروبية (الاتحاد الأوروبي حاليا)، رغم أن هذه الاتفاقية لم توضح مدلول مصطلح المؤسسة، إنما من فعل ذلك هي محكمة العدل الأوروبية بموجب الأحكام التي أصدرتها بمناسبة الدعاوى التي فصلت فيها والمتعلقة باتفاقات مقيدة للمنافسة وذلك على الشكل التالي: كل وحدة قانونية تقوم بالنشاط الاقتصادي تجاري كان أو صناعيا على أن تكون متمتعة أثناء قيامها بنشاطها بالاستقلالية في اتخاذ القرارات التي تتعلق بإدارة نشاطها التجاري أو الصناعي حتى ولو لم تكن متمتعة بالشخصية القانونية، وهو نفس التعريف الذي وضعه القضاء الفرنسي⁽³⁰⁾.

أما من وجهة نظر قانون المنافسة، فتعرف المؤسسة بالوحدة الاقتصادية أي تعرف على أساس موضوعها، وهذا ما يظهر من وجهة نظر قانونية في شكل شخص طبيعي أو معنوي، أي لم يعد يعتد بالقالب القانوني للمؤسسة إنما أصبح الأمر يعتمد على النشاط الاقتصادي.

وبالرجوع إلى أحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة نلاحظ أن المادة 03 منه أوردت تعريفا للمؤسسة على أنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع والخدمات".

و نخلص في الأخير إلى أن الأشخاص الذين يمكن أن يكونوا طرفا في الإتفاقات المقيدة للمنافسة يتمثلون في:

- الأشخاص الطبيعية.
- الأشخاص المعنوية الخاصة و العامة عندما تتخلى عن إمتيازات السلطة العامة.
- الجمعيات.
- المنظمات المهنية.

المبحث الثاني

خضوع الصفقات العمومية حظر الاتفاقات

تنص المادة 2 من قانون المنافسة بعد التعديل الذي جاء به القانون 12-08 على خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، والتي تضمنتها في الأصل أحكام المرسوم الرئاسي 250-02 المؤرخ في 24 جويلية 2002،⁽³¹⁾ المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 338-08 الصادر في 26 أكتوبر 2008⁽³²⁾ تم المرسوم الرئاسي 236-10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010⁽³³⁾ وأخيرا المرسوم الرئاسي رقم 23-12 المؤرخ في 18 جانفي 2012⁽³⁴⁾.

وسنحاول التطرق إلى تعريف الصفقات العمومية وطرق إبرامها والمراحل التي تمر بها (المطلب 1)، ثم تكريس مبدأ حظر الاتفاقات بخصوصها (المطلب 2).

المطلب الأول

مفهوم الصفقات العمومية

عرف المشرع الجزائري عبر قوانين وتنظيمات الصفقات الصادرة في مراحل مختلفة الصفقات العمومية، حيث عرفتها المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 250-02 بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

وهو نفس التعريف الذي كرسته المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236-10 للصفقة العمومية. ورغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية، إلا أن القضاء الإداري، قد قدم تعريفا لها وذلك بصدد فصله في بعض المنازعات، حيث ذهب مجلس الدولة في تعريفه لها في قرار له غير منشور، مؤرخ في 17 ديسمبر 2002، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبوابة بيسكرة ضد (ق. أ.) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: "...وحيث تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات ..."⁽³⁵⁾

ولقد عرف الفقه العقد الإداري على أنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص."⁽³⁶⁾

وتبرم الصفقات العمومية وفق إحدى الطريقتين: المناقصة، وهي القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية، والتراضي وهو الاستثناء حسب ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم الرئاسي 236-10.

أ- المناقصة:

وقد عرفت المادة 21 من المرسوم الرئاسي 250-02 المناقصة بأنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض، ويمكن أن تكون المناقصة وطنية، إذا تم الإعلان عنها داخل الجزائر بطلب عروض المعنيين، كما يمكن أن تكون دولية إذا تم توجيه الإعلان عنها نحو الخارج لطلب عروض متعهدين أجانب مثل الشركات الأجنبية أو متعددي الجنسيات، وذلك خاصة بالنسبة للصفقات ذات الأهمية المعتبرة، وتتخذ المناقصة أحد الأشكال التالية⁽³⁷⁾

- المناقصة المفتوحة.
- المناقصة المحدودة.

- الاستشارة الانتقائية.
- المسابقة.

وللتذكير فإن الصيغة العمومية تمر عبر المراحل التالية:

مرحلة الإعلان: يسمح الإعلان لكل العارضين الذين تتوفر فيهم الشروط المعلنة وتوسيع دائرة المنافسة لأكثر عدد ممكن، مثلما بينت ذلك المادة 45، وبذلك يكفل المشرع لكل المعنيين المجال للمنافسة، وفرصة المشاركة وإطلاعهم على تفاصيل المناقصة، وتأكيد الشفافية ووضوح قواعد المنافسة وهذا ما أكدته المادتين 46 و 49 من المرسوم الرئاسي 10-236، التي ألزمت الإدارة بإطلاع المتنافسين بكل المعلومات الدقيقة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للإدارة فرض شروط المنافسة، وحصرها في فئة معينة، وهذا ما يظهر في المناقصة المحدودة، إلى جانب الموانع القانونية التي قد تحول دون مشاركة العارضين في المناقصة.⁽³⁸⁾

مرحلة إيداع العروض: وفيها يقدم كل عارض متنافس العرض الذي يرغب في التعاقد به.

مرحلة فحص العروض: ويتم هذا الإجراء من قبل لجنة الأظرفة، كإجراء رقابي داخلي بحضور المتعهدين، بحيث يتم في هذه المرحلة، التعرف على المتنافسين ويلي ذلك إجراء آخر وهو الفحص من قبل لجنة تقييم العروض التي يمكنها إقصاء العروض غير المطابقة لدقتر الشروط، حيث يتم ترتيب العروض من الناحية التقنية والتعرف على العروض المالية من أجل اقتناء العرض الأقل.⁽³⁹⁾

مرحلة إرساء الصيغة: وهي مرحلة اختيار العارض (المتنافس) وفقا للمعايير المعلن عنها، فلا يجوز التمييز بين العارضين، هذا وقد أجازت المادة 49 من المرسوم 12-250 إسناد المشروع لمجموعة من المتعاملين ليختص كل واحد منهم بجزء معين مع تحديد المسؤوليات.

وكإجراء جديد نصت المادتين 53، 56 على المنع المؤقت للصيغة تكريسا لطابع الشفافية لإبرام الصيغة مع ذكر معايير الانتقاء، ولتمكين باقي المتنافسين من حق الطعن.

مرحلة اعتماد الصيغة: وهي المرحلة التي يتم فيها مباشرة إجراءات التعاقد واعتماد المناقصة مع مراقبة المنح المؤقت ليصبح المنح نهائيا.

ب- التراضي

- عرفت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 التراضي بأنه "إجراء تخصيص صيغة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة" وهو نفس التعريف الذي أورده المادة 22 من المرسوم 02-250، وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، وخاصة المادتين 43، 44 (واللتان تم تعديلهما بموجب المادتين 43 و 44 من المرسوم الرئاسي 12-23)، نجد أن المشرع قسم التراضي إلى شكلين:
- **التراضي البسيط:** ويكون في حالات معينة فرضتها الضرورة، لذا وجب التراضي عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ العقد في زمن معقول، غير أنها تبقى مقيدة بالحالات المنصوص عليه في المادة 43.
 - **التراضي بعد الاستشارة:** تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة حسب أحكام المادة 44 من المرسوم الرئاسي 12-23 في بعض الحالات، مثلا عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية، أو عندما تعلن الإدارة عن مناقصة ولم تتلقى إلا عرضا واحدا، أو في حالة الصفقات والدراسات التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء إلى المناقصة، ونفس الأمر فيما يتعلق بالعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية تعاون حكومي.
- كل هذا من أجل المحافظة على شفافية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، أحد المجالات الهامة المعرضة للاتفاقات المقيدة للمنافسة، سواء "كان ذلك بين أشخاص طبيعية أو معنوية عامة أو خاصة على السواء، وكذا من أجل تمكين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من الاستفادة من مشاريع الصفقات العمومية التي تعلن عنها الدولة."⁽⁴⁰⁾

المطلب الثاني

تكريس حظر الاتفاقات

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري عندما نص على إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، خصّ المنافسة كإجراء عام دون التطرق إلى التراضي، وهذا ما يدل على أهمية المنافسة لأنها تهدف إلى الحصول على عدة عروض، مما يجعل المنافسة حقيقية بين المتعاملين حيث تنص المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة و المعدل بموجب القانون 10-05 على ما يلي: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

- الصفقة العمومية بدء بنشر الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة".

الملاحظ كذلك أن المادة 2\2 القانون 10-05 قد وضحت حدود خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة وذلك بدءاً من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، بالرغم من أن الدور الحقيقي لمجلس المنافسة قد يظهر بعد المنح النهائي من خلال حماية المنافسة في السوق موضوع الصفقة.

و بذلك لا يمكن أن نتصور إستبعاد الصفقات العمومية من مجال تطبيق قانون المنافسة ، بل العكس يلزم المنطق التقيد بأحكامه عند إبرامها، لكن السؤال الذي يطرح إن كان خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة يجعلها تعود حصرياً لإختصاص مجلس المنافسة أم يمكن أن تعود لإختصاص هيئات أخرى لا سيما القاضي الإداري؟

في غياب حلول ضمن الإجتهد القضائي الجزائري، نعود إلى الإجتهد المقارن و بالضبط الفرنسي، من أهم القضايا التي عرفت مشكل تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية في فرنسا قضية ville de Pamiers حيث تتلخص وقائعها فيما يلي: (41)

أراد رئيس المجلس البلدي لمدينة Pamiers الفرنسية تطوير و إعادة تنظيم المرفق العام المتعلق بتوزيع المياه في البلدية، فلجأت إلى فسخ عقد التسيير الذي كان يربطه بشركة Sade منذ 1924 و أبرمت عقد إلزام من جهة أخرى مع شركة منافسة la lyonnaise des eaux. لجأت شركة Sade إلى عرض المسألة على مجلس المنافسة مدعية بأن الاتفاق بين البلدية و صاحب الإمتياز الجديد يندرج ضمن الحظر المنصوص عليه طبقاً لأحكام المادة 07 من الامر 1986/12/01 و هكذا يكون قد خالف قواعد المنافسة لذلك طالبت شركة Sade لمعاينة المخالفة و إبطال عقد الإمتياز الجديد و بالتالي إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها من قبل.

بتاريخ 1988/05/17 اصدر مجلس المنافسة قراره متضمناً رفض النظر في النزاع لانه يخرج عن مجال إختصاصه مستندا على نص المادة 53 من قانون المنافسة الفرنسي، معللاً ذلك بأن العقد الذي أبرمته بلدية Pamiers لا يعد إنتاجاً و لا توزيعاً و لا خدمات و إنما إعتبره مجلس المنافسة - أي العقد- يندرج ضمن تدابير تنظيم المرفق مما نتج عنه رفض الإختصاص من قبل المجلس، و عرض القضية على القضاء.

بتاريخ 1988/06/30 حكمت محكمة باريس بإختصاصها للفصل في النزاع معتمدة على نعيار التأثير في السوق لتبرير تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية، حيث قبلت المحكمة طلب شركة Sade مستندة في ذلك على نص المادة 07 من أمر 1986/12/01، إذ إعتبرت ان دعوة بلدية Pamiers عدة مؤسسات متخصصة من أجل إختيار المؤسسة التي يعهد لها بمهمة توزيع المياه تجعل البلدية ممارسة لعملية "التأثير في السوق"، و حكمت بتوقيف أثر العقد لأنه لا يمكن للبلدية خرق قواعد حرية المنافسة التي تطبق على الجميع.

غير ان النزاع لم يقف عند هذه المرحلة و طرح مرة أخرى على محكمة التنازع التي أصدرت حكمها بتاريخ 1989/06/06 الذي يقضي برفض إختصاص مجلي المنافسة للفصل في النزاع في حين أكدت على إختصاص القاضي الإداري، ومن جهة أخرى قضت بأن القاضي الإداري سيلجأ لتطبيق قواعد قانون المنافسة للفصل في مدى شرعية هذا التصرف.

بالعودة إلى الفقرة الأخيرة من المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة و المعدل بالقانون 12-08: "السماح بإنشاء صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة". و بإدراج الصفقات العمومية ضمن حالات حظرة الإتفاقات المنافية للمنافسة فتؤول بالضرورة لإختصاص مجلس المنافسة، تطبيقاً لأحكام المادة 44 فقرة 02 من الأمر 03-03 و التي تؤكد: " ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات و الأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6، 7، 10، 11 و 12 ". نلاحظ أن المساس بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية يكون حتى قبل أن ترسو الصفقة على أحد المتعاملين، ويتجلى ذلك خاصة في حالة وجود اتفاق بين متعاملين أو أكثر على أن تكون تلك الصفقة من نصيب واحد منهم وذلك عن طريق التواطؤ في تقديم العطاءات، لذلك تظهر إمكانية تدخل مجلس المنافسة وتطبيقه لأحكام قانون المنافسة للقيام بالرقابة، خاصة إذا كانت هذه الصفقة ستؤدي إلى تعزيز وضعيات التكتل والهيمنة على السوق، ومن ثم المساس بالمنافسة، لاسيما وأن مجلس المنافسة هو صاحب الاختصاص خلافا للإدارة مانحة الصفقة التي لا تملك الكفاءة لتقدير إذا ما كانت تلك الصفقة تقيد المنافسة أو لا.

خاتمة:

وعليه يتبين من كل ما سبق، نظرة المشرع الجزائري، في ذهابه إلى إخضاع كل المتعاملين الناشطين في السوق إلى قانون المنافسة، إذا كانوا يمارسون نشاطات اقتصادية بصورها المتنوعة، إنتاج، توزيع، خدمات وحتى في بعض المجالات التي لم يكن ليشملها قانون المنافسة ضمن الأمر 95-06 الملغى والأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ومن بينها الصفقات العمومية حيث سمح مبدأ حرية المنافسة بتدخل كافة المتعاملين حتى الأشخاص العامة، مما أدى إلى ظهور بعض الخروقات والمخالفات لذلك كان من الواجب على المشرع التدخل لوقفها عن طريق مجموعة من الأساليب ومن بينها تكريس مبدأ حظر الاتفاقات وهذا ما أكدته المادة 6 من قانون المنافسة، حيث يأخذ الاتفاق شكل تواطؤ أو تفاهم المؤسسات أو الأشخاص الذين يقومون بممارسات مقيدة للمنافسة (كالاتفاقات) من أجل أن يتخلوا عن مناقصة لمصلحة واحد منهم.

الهوامش والمراجع:

- 1- الأمر 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج. ر. عدد رقم 09 لسنة 1995.
- 2- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج. ر. عدد رقم 43 لسنة 2003.
- 3- القانون 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج. ر. عدد رقم 36 لسنة 2008.
- 4- هذا المبدأ كرس بموجب دستور 1996، حيث تنص المادة 37 منه على أنه "حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون"
- 5- مجلس المنافسة هو سلطة إدارية تنشأ وتوضع لدى الوزير المكلف بالتجارة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، ويكون مقر المجلس بالجزائر العاصمة، وهذا ما أكدته المادة 09 من القانون 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008.
- 6- معين فندي الشناق: الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/ 2010، ص. 133.
- 7- لينا حسن ذكي: قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، 2005-2006، جامعة أكتوبر، مصر، ص. 206.
- 8-Laurence Nicolas -Vullierme, Droit de la concurrence, 2eme ed. Vuibert, 2011, p. 168.

9-Rapport de la commission de la concurrence pour 1986, p. 223, cité par Marie Chantal Boutard Labarde, Guy Canivet, Droit français de la concurrence, LCDj, p. 36.

10-ومن ذلك المشرع الفرنسي والمصري، مثل ما هو وارد في قانون المنافسة الجزائري في المواد 9 و 10.

11-محمد الشريف كتو: قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات بغدادية، 2009، ص. 35.

Laurence Nicolas, Vullierme, op. cit. p. 171.12-

13-أحمد عبد الرحمان الملحم، التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار، مجلة الحقوق، عدد 4، 1995، ص. 37.

14-يستخلص العمل المدير من مجرد التعاون والتفاهم الضمني بين عدة أطراف لتحديد الأسعار وحجم الإنتاج دون أن يتجسد هذا التعاون في وثائق مادية مثل ما يحدث من سلوكيات وأعمال في إطار المنظمات المهنية التي تتصرف نيابة عن المؤسسات المشكلة لها.

15-La forme juridique est totalement neutre du point de vue de l'application de leur contrôle et que si toutes supposent un accord de volontés peu importe la forme de cet accord, et même qu'il ne se formalisent pas réellement.

Voir J. Bernard Blaise, Droit des affaires, commerçants concurrence, distribution, L.G.D, Paris, Delta Beyrouth, 1998, p. 394.

16-ومع أن الدولة الجزائرية بدأت بانسحابها التدريجي من الحياة الاقتصادية وبالتالي لن يكون هناك جدوى للتمييز بين قطاع تنافسي وقطاع استراتيجي.

17-القانون 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج. ر. عدد رقم 46 لسنة 2010.

18-محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، 2004-2005، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص. 84.

19-حيث كان المرسوم رقم 80-137 المؤرخ في 10 ماي 1980، ج. ر. عدد 20 لسنة 1980، والمتضمن وضع فهرس النشاط والمنتجات، ينص في المادة 2 منه: "يتسع مفهوم النشاط الاقتصادي لمجموع العمليات والكيفيات كيفما كان نوعها لاسيما الاقتصادية منها الرامية إلى إيجاد منتج أو أكثر أو إلى تقديم خدمات...".

20-تنص المادة 3 منه على ما يلي: "تشمل مدونة النشاطات الاقتصادية، النشاطات الاقتصادية الهيكلية حسب قطاعات النشاطات والمنقسمة إلى مجموعات فرعية من النشاطات المتجانسة التي تتكون من: نشاطات الإنتاج - نشاطات الخدمات - نشاطات الاستيراد والتصدير - نشاطات تجارة البيع بالجملة وبالتجزئة".

21-ج. ر. عدد رقم 28 لسنة 2002.

22-ج. ر. رقم عدد 05 لسنة 1990.

23-Pierre Delvové, Droit public de l'économie, 1998, Paris, Précis Dalloz, p. 501.

- 24-Marie Chantal Boutard Labarde, Guy canivet. Op. cit. p. 120.
- 25-بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي، رسالة دكتوراه علوم في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009\2010، ص. 136.
- 26-Linda Arcelin, Droit de la concurrence, presses universitaires de rennes, 2009, p. 36.
- 27-Thiery Lamarche, La notion d'entreprise, Revue trimestrielle de droit commercial, Dalloz, Paris 2006, p.
- 28-M. M. Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, 5e ed. Sirey, p. 51.
- 29-Daniel Mainguy, Jean Louis Respand, Malo Depincé, Droit de la concurrence, Litec, Paris 2010, p. 238.
- Marie Helene Monserie-Bon, La reconnaissance économique, pour les SCI, 30-
Revue trimestrielle de droit commercial, Dalloz, Paris 2002, p. 498.
- 31-ج. ر. عدد رقم 52 لسنة 2002.
- 32-ج. ر. عدد رقم 62 لسنة 2008.
- 33-ج. ر. عدد رقم 58 لسنة 2010.
- 34-ج. ر. عدد رقم 04 لسنة 2012.
- 35-عمار بو ضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص. 37.
- 36-محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، نقلا عن عمار بو ضياف، المرجع السابق، ص. 41.
- 37-المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010.
- 38-محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، ص. 46.
- 39-المادة 212 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010.
- 40-بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهية وقضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص. 97.
- 41- Berengère DELHAIS les personnes publiques face aux exigences de concurrence :vers la banalisation du droit des personnes publiques DESS,institu d'étude politique de lyon 2002,page 29.