

حماية المنافسة في الصفقات العمومية

د. محمد الشريف كتو

كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو

مقدمة :

إن إعمال المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية ، يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية ، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض و تنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية باستخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا، ويضفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة. وهي كذلك بما تتيحه للمؤسسات من فرص للوصول لتلك الطلبات، تعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقها المشروعة في ممارسة حريتي التجارة والمنافسة.

وعليه، فقد أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في الصفقات عناية خاصة، وذلك من خلال قانونين أساسيين: هما قانون الصفقات العمومية¹، الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتباري والمنافسة لنيل الطلبات العمومية، وقانون المنافسة²، الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين.

وبالرغم أن النصين معا، لم يتضمنا أي مقتضى للإحالة أو الربط بين أحكامهما، فإن ذلك لا يعني القطيعة بينهما، حيث من المتيسر استنباط عناصر التقاطع بين أحكامهما سواء من حيث الضمانات المتعلقة بحرية الدخول للطلبات العمومية أو المساواة بين المتنافسين وتوفير العلانية والشفافية لإجراء الصفقات.

ومن أجل توفير الضمانات اللازمة لحرية المنافسة، فإن المشرع أدخل أحكاما جديدة في قانون الصفقات مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل، قانون خاص بالنشاط الاقتصادي، وفي المقابل عمد المشرع إلى إدراج أحكام، تنتمي إلى القانون العام، في صلب قانون المنافسة الذي يحكم النشاط الاقتصادي والتجاري، وذلك بقصد إضفاء مزيدا من الحماية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية.

و يدل الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق 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.

ولا يخفى أن اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص، وجعلها من ركائز النظام العام الاقتصادي في الدولة، أن يوفر حماية فعالة للمال العام، حيث سيسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة. تحقيقا للأغراض المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته³ الذي جاء فيه أنه " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية".

وقد أصبح احترام حرية المنافسة من طرف العون الاقتصادي معيارا جديدا لمنح الصفقة، إلى جانب معايير أخرى كالسعر والجودة ولهذا يكون بمقتضى قانون الصفقات العمومية المعدل في 2008 أن يكون من صلاحيات القاضي الإداري مراقبة مدى احترام المنافسة من طرف المشتري العمومي، و إلزام هذا الأخير بالتأكد من سلامة الصفقة وخلوها من الممارسات المقيدة للمنافسة كالاتفاقات والتعسف في وضعية الهيمنة (أولا كما أن محاربة الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية، أصبح إلى حد ما، لا يقتصر على قانون الصفقات فحسب، وإنما يمكن القول، أن المشرع أكد حمايته لحرية المنافسة في الصفقات، في إطار قانون المنافسة المعدل في 2008، حيث نص على أن

يطبق القانون المتعلق بالمنافسة ، إضافة إلى النشاط الاقتصادي، على " الصفقات العمومية من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة"⁴ ورغم أن المشرع نص على ألا يكون خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة، متعارضا مع مهام أداء المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة، فإن تطبيق قانون المنافسة، وما يستتبعه ذلك من تدخل مجلس المنافسة في مراقبة مدى توفر حرية المنافسة في الصفقات، سي طرح إشكالا قانونيا، لأنه، كما نعلم، يعتبر القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص في مراقبة قرارات وتصرفات الشخص العام، ومنها الصفقات العمومية. لذلك لابد من إيجاد معيار فاصل لمعرفة متى يتدخل مجلس المنافسة في الصفقات عندما تتعرض المنافسة للإخلال من طرف الشخص العام ، وذلك دون النيل من مهامه في تسيير المرفق والمساس بامتيازاته في ممارسات السلطة العامة (ثانيا).

أولا- التزام الشخص العام بحماية المنافسة في قانون الصفقات العمومية
إن الأصل في الصفقات العمومية أن تبرم بعد الدعوة إلى المنافسة كما يجري عادة في المناقصات العامة أو المزايدات أو طلب العروض و لا تبرم الصفقة بالتراضي إلا في حالات استثنائية محددة حصرا في القانون⁵ ، وفي هذه الحالة يتم تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة.

و تلتزم الإدارة المتعاقدة بالمواءمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف و بين حرية المنافس لنيل الصفقات العمومية و ذلك بعدم عرقلتها و إساءة استخدام سلطتها الإدارية في انتقاء و اختيار المتعاقد معها⁶ . ويفرض قانون الصفقات العمومية التزام قانوني على الشخص العام، صاحب مشروع الصفقة، بالامتناع عن ارتكاب الممارسات المقيدة لحرية المنافسة، و القيام بكشف الممارسات التي قد يلجا إليها الأعوان الاقتصاديون لتزييف المنافسة. ويقتضي الأمر أن نحدد في البداية مصطلح المنافسة ومدلوله في كل من قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة وتحديد التزامات المشتري العمومي لحماية المنافسة والجهة القضائية المختصة بمتابعة الإخلال بهذا الالتزام.

1- المنافسة في الصفقات العمومية وقانون المنافسة

ينبغي توضيح مصطلح إجراء المنافسة في قانون الصفقات *la mise en concurrence* والمنافسة في القانون المتعلق بها *droit de la concurrence*، حيث إن إجراء المنافسة في قانون الصفقات يمكن النظر إليها من زاوية قانونية و زاوية اقتصادية⁷، فهي من الزاوية القانونية مجموع القواعد و الإجراءات الإدارية التي يجب على الإدارة إتباعها من أجل إيجاد المقاول أو المورد أو مقدم الخدمات الذي يستطيع تأمين الحاجيات العامة بشكل جيد. و من الزاوية الاقتصادية، فهي نظام إنتاج مبنى على الحرية الصناعية و التجارية على اعتبار أن لكل شخص الحرية في ممارسة التجارة و اختيار نوع النشاط الذي يريده. و تختزل المنافسة في الصفقات العمومية البعدين السابقين أي البعد القانوني و الاقتصادي، فالمنافسة هي من جهة، عبارة عن إتباع جملة من الإجراءات الإدارية لاختيار المتعاقد، بقصد إشباع حاجيات المرفق العام، و من جهة أخرى، هي حرية المتعامل الإقتصادي في الوصول للطلبات العمومية.

و عليه فإن المنافسة هنا، تقتضي أن يعمل المشتري العمومي على تسهيل مهمة المرشحين المحتملين لنيل الصفقة في تقديم ترشيحاتهم، و عروضهم بكل حرية و معاملتهم على قدم المساواة، و في ظل شروط و إجراءات واضحة و شفافة. وهذا من أجل ضمان حقوق المقاولات في الوصول للطلبات العامة و تحقيق استخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا. وما تجدر الإشارة إليه أن احترام القواعد السابقة منوط بالإدارة المتعاقدة، و أن أي إخلال بها يثير مسؤوليتها أمام القضاء الإداري طبقا للإجراءات المقررة في قانون الصفقات العمومية.

بينما ينظر إلى معنى المنافسة *la concurrence* في القانون المتعلق بها، من زاوية حرية الدخول في السوق لكل المؤسسات و المقاولات وممارسة نشاطها الاقتصادي فيه بحرية و دون تقييد، مما يقتضي رفع الحواجز و القيود التي من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة و تزييف قاعدة العرض والطلب،⁸ بواسطة الممارسات التي تقيد المنافسة، وتؤدي إلى الاحتكار كالاتفاقات المحظورة واستعمال المؤسسة لهيمنتها

الاقتصادية تعسفيا بقصد الاحتكار، بما فيها سوق الطلبات العمومية وحظر الأسعار المخفضة تعسفيا ، وقد وضع المشرع مجموعة من القواعد القانونية لمحاربة تلك الممارسات وذلك لضمان السير الطبيعي للسوق وعدم تزييف قانون العرض والطلب. ويختص مجلس المنافسة أساسا بمحاربة هذه الممارسات، كما يمكن للقضاء العادي أن ينظر في النزاعات التي تثيرها هذه الممارسات.

ويلاحظ أنه رغم الفروق السابقة بين المعنيين، فإن هناك علاقة بين قواعد قانون المنافسة و قواعد إبرام الصفقات العمومية أو قواعد الشراء العمومي، حيث أنه إذا لم تحترم هذه القواعد، فسيؤدي ذلك إلى الإخلال بالمساواة بين المتنافسين لنيل الصفقة والشفافية في الإجراءات المتعلقة بها، فمثلا يمكن أن يترتب على التفاهم والتواطؤ بين المقاولين عند تقديم العروض و العطاءات إلى الحيلولة دون المساواة بين المرشحين.

2- التزام السلطة العمومية بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة وكشف الممارسات

المرتكبة

يلتزم الشخص العام ، بعدم ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة من جهة ، و من جهة أخرى ، يلتزم بكشف هذه الممارسات ومعاينة أطرافها في مرحلة الإجراءات المتعلقة بالصفقة.

أ-عدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة

ويعني ذلك، انه يجب على السلطة العمومية أن تتلافى وتحذر من خلق وضعيات احتكار أو هيمنة على السوق ، تتنافى مع المنافسة، وذلك بمناسبة العقود الإدارية التي تبرمها مع الأعوان الاقتصاديين.

وفي هذا الإطار نجد أن المرسوم الرئاسي الذي يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات، ينص في المادة 111 منه، على رفض العرض المقبول من طرف لجنة العروض إذا تبين انه يترتب على منح المشروع هيمنة للمتعامل المقبول على السوق أو يتسبب ذلك في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأية طريقة

كانت. ويجب أن يبين في هذه الحالة، حق رفض عرض من هذا النوع، حسب الأصول، في دفتر شروط المناقصة. ذلك أن المتعامل الحائز على مثل هذا العقد أو على امتياز تسيير المرفق العام، يمكن أن يستغل وضعية الهيمنة تعسفيا خلال فترة العقد، ويستفيد من حقوق حصرية، وهذه الوضعية ناتجة تلقائيا عن العقد الإداري والتصرفات الانفرادية للإدارة التي تسبق العقد.⁹ وهذا النص يجد مصدره في قانون المنافسة الذي يمنع أي شكل من أشكال تقييد المنافسة سواء بواسطة الاتفاقات أو التعسف في الهيمنة على السوق وغيرها من الممارسات.

و يمكن أن يخلق الشخص العام ممارسة مقيدة للمنافسة أيضا بفعل اختياره لتقنية معينة أو إجراء معين لإبرام الصفقة، وقد قضت المحكمة الإدارية لنيس Nice استنادا إلى فكرة التعسف في الهيمنة على سوق أن واقعة تنظيم الصفقة في حصة واحدة وأيلولة هذه الصفقة إلى مجموعة واحدة un groupement من شأنه أن يحول دون تحديد الأسعار بموجب سعر السوق الحرة وذلك بسبب التشجيع على تقديم سعر واحد.¹⁰

وهناك أيضا مسألة أخرى تتعلق بمعايير اختيار العروض المقدمة لنيل الصفقة، فإن اختيار الإدارة لبعض المعايير، قد يؤدي إلى التقييد التعسفي للمنافسة، وذلك يحدث مثلا، إذا كانت بعض المؤسسات هي التي يمكن أن تتوفر فيها وحدها هذه المعايير دون غيرها من المؤسسات.

وإذا كان قانون الصفقات العمومية يمنع أي تبادل للمعلومات بين الإدارة والمترشح لنيل الصفقة_ فإن تطبيق قانون المنافسة يمكن أن يعزز من منع هذا التبادل للمعلومات. وقد حكم مجلس الدولة في فرنسا،¹¹ بأن المفاوضات بشأن الصفقات الخاصة بالتحكم في الإنشاءات marchés des maitrise d'oeuvre يجب أن تتم في جميع الحالات باحترام نص المادة 7 من الأمر المتعلق بالمنافسة الصادر في 1 ديسمبر 1986. وعلى حسب نسانسكي فإن مجلس الدولة يحيل في قراره إلى فكرة الاتفاق المحظور، ولكن عبارته لا تسمح بالقول هل يتعلق الأمر باتفاق عمودي أي تفاهم بين المشتري العمومي و مترشح متميز. ولكن هل يمكن تطبيق فكرة الاتفاق المحظور على إدارة عمومية؟ إن

المادة L420-1 من القانون التجاري لا تحصر مجال تطبيقها على الاتفاقات بين المؤسسات. حيث قضت محكمة النقص الفرنسية أن الاتفاق حسب المادة L420-1، المقابلة للمادة 6 من قانون المنافسة الجزائري، لا تقتضي أن يتم بين شخصين يمارسان نشاطا اقتصاديا في السوق.¹²

ب- التزام الشخص العام بكشف ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة

إذا كان الشخص العام مطالب بعدم ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة بفعل العقود التي يبرمها والتصرفات الانفرادية التي يصدرها ، فإنه في حالة ما إذا ثبت ارتكاب ممارسات قبل صدور القرارات و العقود الإدارية ، فإن الإدارة ملزمة من التأكد ، عندما تبرم طلبات عمومية ، ألا يكون المتعامل المقبول لنيل الصفقة، قد نالها بفضل استخدام ممارسة مقيدة للمنافسة. ومن أجل تمكين الإدارة من أداء دورها في مراقبة هذه الممارسات المحتملة للأعوان الاقتصاديين ، تم إثراء قانون الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة. وهذه القواعد تفرض التزاما جديدا على الإدارة يتمثل في مراقبة ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة ، ويندرج هذا الدور الجديد للإدارة في إطار إضفاء قدر من الشفافية والنزاهة على العقود الإدارية. ومن تلك القواعد، يمكن ذكر المادة 2 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 338-08 التي تنص على أنه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات " و المادة 3/111 التي تنص على " أنه إذا تبين أن العرض الأقل ثمنا، المقبول مؤقتا ، منخفض إلى درجة تبدو غير عادية ، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن ترفض العرض بمقرر معلل ، بعد أن تطلب كتابيا التوضيحات التي تراها مفيدة وتدقق في المبررات المقدمة ". ولذا فالإدارة عليها بذل جهدها لكشف الممارسات المشبوهة، ومن ثم رفض العرض المقبول، إذا تبين لها أن الأعوان الاقتصاديين صدرت منهم ممارسات تزيف المنافسة.

و قضت بعض المحاكم الإدارية الفرنسية بإلزام المشتري العمومي بمراقبة احترام قانون المنافسة ، من طرف المؤسسات المترشحة لنيل الصفقات، بناء على ما لهذا المشتري من سلطات وامتيازات تقليدية في هذا المجال. وقد تبين من التحقيق، أن مؤسسة عمومية مرشحة لنيل الصفقة ، قدمت عرضا يتضمن أسعارا منخفضة بمقدار النصف مقارنة بالسعر الذي تضمنته عروض ثلاثة مترشحين آخرين . وقد تبين أن لجنة طلب العروض اعتبرت نفسها غير مؤهلة لفحص ما إذا كانت المؤسسة العمومية المعنية، قد استفادت أم لا من مزايا مالية وغيرها من المزايا في مقابل أدائها مهام المرفق العام. واعتبرت المحكمة أن رفض لجنة العروض مراقبة شروط دخول مترشحين إلى امتيازات تسيير المرافق العامة إخلالا بالتزاماتها المقررة بموجب إجراء المنافسة mise en concurrence المترتب على عائق المشتري العمومي.¹³

كما حكمت أيضا محكمة إدارية أخرى، أن عدم رفض العروض المقدمة من الشركات المعنية، رغم أن ملفات ترشحها لنيل الصفقة، تتعارض مع قواعد المنافسة، و رغم أن الشركة الطالبة قد قامت بالتحذير من وجود اتفاق محظور بين الشركات ، فان عمالة كورس العليا département de la Haute-Corse قد عرضت إجراء إبرام الصفقة لعدم الشرعية.¹⁴

و يتبين لنا من القضيتين السابقتين مدى حرص القاضي الإداري على أن يلعب الشخص العام الإداري دوره في معاينة وكشف الممارسات التي تخل بالمنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية، ومن ثم معاقبة المتورطين في ارتكاب تلك الممارسات.

3- متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية

ذكرنا أن قانون الصفقات العمومية يضمن إلى حد كبير حرية المنافسة للأعوان الاقتصاديين المرشحين لنيل هذه الصفقات، غير أن الارتقاء بممارسة حرية الدخول في الطلبات العمومية و ما يستتبعه من مراعاة المساواة و الشفافية لتحقيق تلك الحرية، يقتضي عدم الاقتصار على القواعد القانونية التقليدية في مجال تنظيم الصفقات كمصدر

وحيد لحماية المنافسة، وإنما لابد من تعزيز تلك القواعد و تدعيمها بأخرى، تتناسب مع متطلبات المرحلة الجديدة التي تتسم بفتح المجال للمنافسة في معظم القطاعات الاقتصادية، وبالتالي، أصبح بإمكان القاضي الإداري، استناداً إلى تلك القواعد الجديدة، إلغاء العروض المقترحة لنيل الصفقات العمومية، التي يتبن منها أنها لا تحترم مبدأ المنافسة .

وقد سمحت هذه القواعد وغيرها للقاضي الإداري، لاسيما في القانون المقارن بعد التطور الذي شهده اجتهاد القضاء الإداري، كما سنرى ذلك لاحقاً، بمراقبة التصرفات القانونية للشخص العام التي تخل بالمنافسة الحرة أثناء إبرام الصفقات العمومية .¹⁵ وقد أفضى تدخل القضاء الإداري لمراقبة نشاط الإدارة من زاوية قانون المنافسة إلى ظهور فرع جديد في قانون المنافسة يعرف بالقانون العام للمنافسة Droit public de la concurrence في مقابل القانون الخاص للمنافسة droit prive de concurrence الذي يطبق فقط على الأعوان الاقتصاديين عموميين كانوا أم خواصاً. ويختص مجلس المنافسة والمحاكم العادية بالفصل في النزاعات التي تثيرها الممارسات المرتكبة من قبل هؤلاء الأعوان.

ويمكن القول بصفة عامة أن المشرع، أوجد لجأنا للطعن في قرارات الإدارة المانحة للصفقات، مهمتها تلقي الطعون والشكاوى من المقاولات التي تعتبر نفسها متضررة من منح الصفقة لغيرها من المقاولات رغم عدم استيفاء الشروط المطلوبة لهذا المنح . غير أن مكافحة الممارسات التي تزيف المنافسة في الصفقات العمومية، يتجلى بوضوح من خلال الدور المنوط بالإدارة المتعاقدة في كشف العروض و العطاءات المشبوهة أو المساهمة في إيجادها، وإلى الدور الذي يضطلع به القضاء في هذا المجال.

أ-تدخل الإدارة المتعاقدة:

ذكرنا أن المشرع اهتم بضرورة مراعاة المنافسة في الشراء العمومي كالصفقات العمومية وتوفير الشفافية والمساواة بين المقاولين في جميع مراحل الصفقة، ولهذا فقد فرض بعض الالتزامات على الإدارة المتعاقدة، تتمثل في اتخاذ الحيطة اللازمة عند اختيار

المتعاقد معها، أثناء إبرام الصفقات، وذلك بعدم الوقوع في الحالات التي تؤدي بالمتعاقد إلى احتكار أسواق الطلبات العمومية أو ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة.

وإضافة إلى قرار المحكمة الإدارية لباسطيا Bastia السالف الذكر والذي يلزم الشخص العام بالكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة المحتملة أثناء دراسة عروض المترشحين، وواجب الإدارة في إبعاد المنافسين الذين بإمكانهم المساس بالمنافسة. قضى مجلس الدولة في فرنسا بأنه يتعين على الشخص العام المسؤول على الصفقة أن يتأكد عند إجراء صفقة عمومية، أن قواعد المنافسة الحرة قد احترمت فعليا.¹⁶

وبناء على ذلك فإن دراسة ترشح المقاولات لنيل الصفقة، يخضع إلى معيار جديد وهو احترام المنافسة إضافة إلى المعايير والضمانات المهنية والمالية والتقنية.

ولكن السؤال المطروح، هو ما هو الإجراء الذي يجب إتباعه عند عدم احترام الإدارة لمقتضيات المنافسة الحرة في اختيار المتعاقد وإبرام الصفقة؟

ب- دور القضاء:

يقتضي نظام الصفقات العمومية احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في المعاملة وشفافية الإجراءات، ويتدخل القضاء الإداري لاحترام قواعد المنافسة من خلال دعوى الاستعجال، التي يمكن رفعها من طرف المقاولات التي تعترض على طريقة منح الصفقة، وأيضا من خلال رفع دعوى لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية. كما يمكن قمع جرائم الرشوة و تبديد المال العام بموجب قانون مكافحة الفساد التي تحدث كثيرا في الصفقات العمومية.¹⁷

و يلاحظ أنه يمكن للجهات القضائية أن تطلب رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، مثلما تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة بناء على طلبه، المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه.¹⁸ وهكذا يمكن أن يحدث نوع تعاون بين الهيئات القضائية ومجلس المنافسة ولاسيما بين الهيئة الأخيرة والمحاكم الإدارية فيما يتعلق بتحديد مفاهيم قانون المنافسة.¹⁹

دعوى الاستعجال : يقوم برفع دعوى استعجاليه طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،²⁰ كل من تضرر من جراء اختيار وانتقاء الإدارة للمتعاقد معها. ويلاحظ أن القاضي الإداري تتحدد مهمته في هذه الدعوى في مراقبة مدى احترام الإدارة لالتزامها المتعلق بالمنافسة والإشهار، وإذا لاحظ أي إخلال بهذه الالتزامات، فيمكنه أن يأمر الإدارة بتأجيل إمضاء العقد مع نائل الصفقة إلى نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز 20 يوما، كما يمكن أن يحكم على الإدارة بغرامة تهديدية من أجل الامتثال لالتزاماتها. وعليه فإن دور القاضي هنا لا يمتد إلى موضوع النزاع و تقدير قيمة الترشيحات والعروض المقدمة، وإنما دوره يعتبر وقائيا يتمثل في تفادي إبرام عقد نهائي غير شرعي، قد تترتب عليه آثار يصعب معالجتها وإزالتها بعد ذلك. وقد نصت المادة 946 السالفة الذكر على الاستعجال في إبرام العقود والصفقات حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية وهذا النص أدخل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ولم يكن موجودا فيه سابقا، مما يدل على الاهتمام بحرية المنافسة من طرف المشرع.

دعوى الإلغاء: يملك القاضي الإداري اختصاص إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية ، مثل المداولة التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي التي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة واستبعاد المؤسسات الأخرى، فهذه المداولة تعتبر قرارا منفصلا عن العقد ، فيمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة. وكما هو معروف فإن عملية إبرام الصفقة ترتبط بإصدار قرارات إدارية من طرف المصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة ، منها القرار المؤقت بمنح الصفقة وقرار منح التأشيرة و قرار فرض جزاءات مالية على المتعاقد، وقرار فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة بصفة انفرادية.²¹

و تعتبر مثل هذه الأعمال قرارات إدارية يجوز الطعن فيه بالإلغاء. ولا يتعلق هذا الطعن بإلغاء العقد الإداري المبرم، ولكن هناك إمكانية للوصول إلى ذلك بواسطة نظرية القرارات

الإدارية القابلة للانفصال، التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي في قراره في قضية مارتان ،
Arret martin 4 aout 1905 ولكن يلاحظ أن إلغاء القرار لا يؤدي تلقائيا ودائما إلى إلغاء
العقد ، حيث أن الإدارة تملك، حسب ظروف كل قضية، أن تستخلص النتائج التي تترتب
على إلغاء القرار الإداري، وذلك تحت رقابة القاضي.²²

غير أنه، ونظرا لأن هذا الإجراء، قد لا يؤدي إلى إلغاء العقد الإداري بواسطة تقنية
القرارات القابلة للانفصال، فان مجلس الدولة الفرنسي منح إمكانية جديدة للمتشحين
المقصيين من الصفقات العمومية، تسمح لهم بالطعن في صحة العقد الإداري ذاته، وذلك
بعد إبرامه، مع إمكانية طلب التعويض في حالة وقوع الضرر نتيجة الإقصاء.²³

المتابعة الجنائية : جرم المشرع كل اعتداء على المال العام عند إبرام الصفقات
العمومية فقد المنع المحاباة واستغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية
للحصول على امتيازات غير مبررة وقبض عمولات من الصفقات العمومية والرشوة²⁴ ولهذا
يمكن متابعة كل من ثبت في حقه ارتكاب أي إخلال بالمنافسة في الصفقات العمومية،
بقصد الحصول على امتيازات أو منافع غير مشروعة ويكون القاضي الجزائي هو
المختص بمتابعة هذه الممارسات.

مما سبق يتبين لنا أن احترام حرية المنافسة في الصفقات العمومية، يوجب على
الشخص العام صاحب الأشغال أن يتفادى كل الممارسات التي يكون من شأنها منح
الصفقة لمترشح خلافا لقواعد المنافسة كما يحددها قانون الصفقات العمومية، وإذا لم
تلتزم المصلحة المتعاقدة بتلك القواعد يكون من حق المقاولات المقصية إتباع الإجراءات
المقررة في قانون الصفقات لمخاصمة تصرف الإدارة. غير أن السؤال المطروح هنا هو هل
يمكن لهذه المقاولات اتباع مسلك آخر للطعن في تصرفات الشخص العام المخلة
بالمنافسة في الصفقات ؟ ، أو بعبارة أخرى هل يمكن الاستناد إلى قانون المنافسة
وإخطار مجلس المنافسة بالممارسات المقيدة للمنافسة التي تعيق وصول المقاولات إلى
سوق الطلبات العامة؟

ثانيا : مدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

من المعلوم أن قانون المنافسة يطبق على الأشخاص و الكيانات المختلفة التي تمارس نشاطا اقتصاديا معيناً، سواء كان إنتاجاً أو توزيعاً أو خدمات. وفي هذا المجال تنص المادة الثانية من قانون المنافسة على أن "تطبق أحكام هذا الأمر على :

-نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات وتلك التي يقوم بها الأشخاص المعنويون العموميون والجمعيات والاتحاديات المهنية ،أيا كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها،

-الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية".

وإذا كان تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المقيدة للمنافسة في قطاعات الإنتاج والتوزيع والخدمات يعتبر أمر طبيعياً ومنطقياً لتأثير تلك الممارسات على قانون العرض والطلب في السوق، فإن تطبيق قانون المنافسة على ممارسات الشخص العام التي تخل بحرية المنافسة في الصفقات العمومية ، يحتاج إلى توضيح وتدقيق ، لكون هذا النوع من الممارسات لا يتعلق أساساً بالنشاط الاقتصادي وإنما يتعلق بالنشاط الإداري للمرفق العام ، وبالتالي فإن الممارسات المخلة بحرية المنافسة في الصفقات تكون من اختصاص القضاء الإداري، الذي يفصل فيها وفق قانون الصفقات العمومية. ولهذا نجد أن المشرع استثنى تطبيق نص المادة الثانية المذكورة، على تصرفات الشخص العام التي تتم في إطار ممارسة أداء مهام المرفق وصلاحيات السلطة العامة، ومن ضمنها صلاحيات الشخص العام في تنظيم وإبرام الصفقات العمومية.

غير أنه إذا مارس الشخص العام نشاطاً ، لا يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام و ممارسة صلاحيات السلطة العامة، وإنما يدخل في النشاط الاقتصادي ويتصرف الشخص العام بوصفه عون اقتصادي، لا بوصفه سلطة عامة، ويمارس بالتالي تأثيراً مباشراً على العرض والطلب في السوق، بواسطة قراراته وتصرفاته التي لا تتصل بمهام

المرفق والسلطة العامة، فإن قانون المنافسة يطبق على ما يصدر عنه من أفعال و ممارسات معرّقة لحرية المنافسة في السوق، بما فيها سوق الطلبات العمومية. و باستثناء هذه الحالة الخاصة التي تتطلب إثبات انفصال ممارسات الشخص العام المخلة بالمنافسة في الصفقات عن مهام أداء المرفق العام وممارسة السلطة العامة، كما سنرى لاحقا، فإن قانون المنافسة لا يمكن تطبيقه على الصفقات العمومية من طرف سلطة السوق التي هي مجلس المنافسة. ويؤول اختصاص الفصل في المنازعات التي تثار بشأن عدم احترام حرية المنافسة في الصفقات، إلى القضاء الإداري كما ذكرنا، الذي أصبح بإمكانه أن يفصل في الأمر استنادا إلى ما تقضي به الأحكام الجديدة في قانون الصفقات التي كرست مبدأ المنافسة الحرة، وذلك بعد ما كان هذا القانون خاليا من أي نص في هذا الشأن.

على أنه يجب أن نوضح هنا، رفعا لكل لبس أو غموض، أن عرقلة المنافسة في الصفقات العمومية بواسطة الاتفاق أو التفاهم أو التواطؤ بين المقاولات التي تتقدم لنيل الصفقة، يدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة، و الاختصاص يعود في هذه الحالة إلى مجلس المنافسة، سواء كانت هذه المقاولات أشخاصا عامة أو خاصة، طالما أنها تمارس نشاطا اقتصاديا.

1- تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العامة

قبل تحليل مدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، لابد من التطرق في البداية إلى التطور الذي مر به موضوع تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام، وسنميز بين المرحلة التي كان فيها القضاء الإداري في فرنسا يرفض تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام، في حالة إخلاله بقواعد المنافسة. والمرحلة التي أقر فيها هذا القضاء إدراج قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية. وسنرى أن اجتهاد القضاء المذكور تأثر به المشرع الجزائري ومعه مجلس المنافسة.

أ- استبعاد خضوع الشخص العام لقواعد المنافسة

استبعد تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام لفترة معينة، وذلك بحجة أن قانون المنافسة يتحدد مجال تطبيقه، في نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات أي يتحدد بالنشاط الاقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام.

ورغم أنه لا يمكن إنكار ما للنشاط الإداري للشخص العام من مساس بالمنافسة في السوق من خلال قراراته وتصرفاته. فإن الاعتقاد السائد كان يرى أن تصرفات وقرارات السلطة العامة لا تؤثر في السوق، على اعتبار أنها خارج السوق حيث أنها سلطة تنظيمية، تهتم في المقام الأول بتنظيم المرافق العامة، وأن مركزها لا يتجاوز حدود الطلب على الأموال والأشياء والخدمات، وبالتالي لا يتصور أن تخل السلطة العامة بقواعد اللعبة في السوق لكونها طالبة و ليست عارضة للأموال والخدمات. وبالرغم أن هذا الطرح منتقد لكون قرارات السلطة العامة يمكن أن تؤثر في مجريات الأمور في السوق، فقد ظل الأمر، على ما هو عليه، في عدم الاهتمام بتأثير تلك القرارات في الأسواق رغم مجافاة ذلك للواقع و إنكاره للعدالة.²⁵

و قد رفض مجلس المنافسة في فرنسا فعلا، مراقبة القرارات الإدارية التي تندرج في إطار امتيازات السلطة العامة لكون الإدارة لا تعتبر متعاملا اقتصاديا²⁶، بل رفض القاضي الإداري نفسه مراقبة تلك القرارات من زاوية قانون المنافسة.

ب- إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

لقد تغيرت النظرة إلى قرارات الإدارة حيث أصبحت هذه الأخيرة ملزمة بتجنب دفع الأعوان الاقتصاديين إلى الإخلال بقواعد المنافسة، بمقتضى نظرية الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة L'effet utile des regles de concurrence السائدة في القانون الأوروبي، و التي مفادها أن السلطات العمومية يجب ألا تخل بقراراتها الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة.²⁷ وقد كرس القضاء الفرنسي بدوره هذه النظرية²⁸. بحيث أصبحت نظرية الأثر المفيد لقواعد المنافسة تقر بمبدأ نفاذ قانون المنافسة على القرارات الإدارية.

والى جانب النظرية السابقة، ظهرت نظرية أخرى في القانون الأوروبي وهي نظرية التعسف التلقائي في وضعية الهيمنة²⁹ La theorie de l'abus automatique de position domaine التي كان لها الفضل ، في إبراز وكشف دور الإدارة في دفع الأعوان الاقتصاديين بواسطة قراراتها إلى ارتكاب الممارسات المنافسة للمنافسة. و بمقتضى هذه النظرية، يمكن مراقبة الآثار الناجمة عن تصرف إداري، وفيما إذا كان من شأن آثار هذا التصرف أن تؤدي تلقائيا، إلى إيجاد وضعية هيمنة على سوق، لصالح عون اقتصادي ، مما يسمح له باستغلال تلك الوضعية تعسفيا، خلافا لقانون المنافسة.

و قد دخلت هاتان النظريتان إلى القانون الفرنسي عن طريق القاضي الإداري، الذي بمجرد أن تقبل فكرة نفاذ قانون المنافسة في مواجهة قرارات السلطات العمومية L'opposibilité du droit de la concurrence aux decisions des autorites publique حتى عمد إلى نزع الحصانة التي تتمتع بها اللوائح والتنظيمات العامة التي تخل بقانون المنافسة.

والواقع أن عوامل كثيرة تدخلت و ساهمت في إدراج قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية ، inclusion des regles de la concurrence dans le bloc de la l'egalite منها ما كان سائدا في الماضي من عدم اهتمام الإدارة بقواعد المنافسة، واقتصار القاضي الإداري على المرفق العام، بتغليب الجوانب التي تهم مستعملي المرفق ، دون أن يتجاوز ذلك إلى الاهتمام بما يمكن أن يفضي إليه تنظيم المرفق، من آثار تنعكس على المحيط الاقتصادي³⁰.

ولذا كان لا بد من أخذ هذه المعطيات بعين الاعتبار وإعادة النظر في علاقات المرفق العام بمحيطه التنافسي . repenser les relations du service public et son environnement concurrentiel³¹ وفي هذا السياق ، فقد جاء قرار مجلس الدولة في قضية مليون و ماريس Marais Million et لوضع حد لمرحلة اتسمت بتجاهل الشخص العام لما يمكن أن يترتب على أعماله من انعكاسات سلبية على قواعد السوق ويسجل بداية لمرحلة جديدة،³² أحدثت تغييرا جذريا في الاجتهاد القضائي المتعلق بتطبيق قانون

المنافسة على ممارسات السلطة العامة، ذلك أنه و بعد أن كان القضاء ينفي تطبيق قانون المنافسة على قرارات الشخص العام ، فان القضاء الإداري في القضية الجديدة ، يقر بخضوع تصرفات الأشخاص العمومية إلى قانون المنافسة، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي، بأن تقدير شرعية تصرف إداري ما، يمكن أن تتم بالرجوع إلى أحكام الأمر الصادر في 1986 والمتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.³³ و من الواضح، أن الجهة القضائية التي تتولى تطبيق هذا القانون على الشخص العام هو القضاء الإداري الذي له صلاحيات الفصل في المنازعات التي تثيرها هذه القرارات وتمس بالمنافسة الحرة.

2 - حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

إن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يثير الآن أي إشكال بعد إدخال قواعد قانون المنافسة في الشرعية الإدارية كما رأينا سابقا، وقد أدخل المشرع الجزائري التعديلات الضرورية في قانون الصفقات العمومية من اجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في تلك الصفقات³⁴ و أن أي إخلال بحرية المنافسة في الصفقات من طرف الإدارة المتعاقدة يتولى القضاء الإداري الفصل فيه ، ولا يكون لمجلس المنافسة صلاحية متابعة هذا الإخلال.

لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري أضاف في القانون رقم 12-08فقرة جديدة إلى المادة 2 من الأمر المتعلق بالمنافسة ، نصت على أن تطبيق أحكام الأمر على "الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة" مما قد يفهم أن قواعد قانون المنافسة، الموضوعية منها والإجرائية، تطبق على إجراءات تنظيم الصفقات من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أن المشرع استدرك الأمر بأن نص على أنه " يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية " مما يعني استبعاد تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة وأيضا استبعاد مجلس المنافسة من مراقبة الصفقات العمومية لكونها نشاطا إداريا للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة السلطة العمومية. هذا من جهة ، ومن جهة أخرى، فان قرارات مجلس المنافسة الجزائري التي اتخذها في هذا المجال،

تنفي اختصاص مجلس المنافسة من متابعة الصفقات العمومية التي لم تراعى فيها حرية المنافسة.

لكن السؤال يبقى مطروحا ، حول الغاية من إضافة الفقرة المشار إليها ، وعما إذا كان ممكنا أن يعتبر ذلك ضمانا أخرى لحرية المنافسة في الصفقات، تضاف إلى الضمانات المقررة في قانون الصفقات العمومية.

أ- عدم اختصاص مجلس المنافسة بمتابعة الممارسات المتصلة بقرارات السلطة العامة

تصدى مجلس المنافسة لتحديد ما إذا كان هذا الأمر المتعلق بالمنافسة قابلا للتطبيق على الصفقات العمومية أم لا.³⁵

وقد قضى بعدم اختصاصه في هذه القضايا طبقا للأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الذي تم إلغاؤه فيما بعد،³⁶ وذلك لأن القواعد المنصوص عليها في هذا القانون، ينحصر تطبيقها على كل نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات بما فيها التي يقوم بها الأشخاص العامة.

و فيما يتعلق بمعارضة الشروط التي تم في ظلها تطبيق قانون الصفقات العمومية، مما حال دون الاستفادة من الصفقة، و تم منحها لمؤسسة أخرى ، يرى المجلس أن مسألة تطبيق الأمر 95-06، لاسيما المادة 2 منه، على القرار الذي اتخذته ممثل الإدارة المتعاقدة، بعد فتح المظاريف، و منح بموجبه الصفقة لأحد المتعهدين، يعتبر قرارا إداريا لا يخضع لمراقبة و اختصاص المجلس، لأن اختصاص مجلس المنافسة يتحدد أساسا بطبيعة الممارسات المرتكبة، التي يجب أن تكيف وفق المواد 6 و 7 من قانون المنافسة، أي تشكل اتفاقات أو تعسف في وضعية الهيمنة، التي تعين بمناسبة ممارسة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات.

و يضيف المجلس، و بما أن الأمر يتعلق، في القضية المعروضة، باختيار سلطة عامة لمؤسسة لإنجاز طلبات عمومية، و تدخلت السلطة العامة على هذا الأساس بصفتها طالبة demandeur في سوق انجاز أشغال البناء، فالنتيجة هي أن منح صفقة لمؤسسة لا يعد

فعل إنتاج أو توزيع أو خدمات، و خلص المجلس إلى القول، أن تطبيق المادة 2 من الأمر المتعلق بالمنافسة على الأشخاص العامة، يتوقف على ممارسة وظيفة اقتصادية. ويتجلى لنا مما سبق أن مجلس المنافسة، يرفض النظر في القرارات الإدارية التي يتخذها الشخص العام الرامية إلى إدارة المرفق العام وممارسة السلطة العامة، ويعتبر تلك القرارات نشاطا إداريا، وتدخل الشخص العام بصفته طالبا لانجاز أشغال البناء وليس عارضا لها، مما يبعد هذا الشخص من مجال اختصاص المجلس، الذي يراقب فقط الممارسات التي يرتكبها الأعوان الاقتصاديون في سياق مباشرة أنشطتهم الاقتصادية مهما كانت صفتهم سواء كانوا من القطاع الخاص أو القطاع العام. ويعتبر هذا الموقف انعكاسا للآراء والقرارات التي صدرت عن مجلس المنافسة الفرنسي، حيث نجده يقضي أيضا، بأن اختصاصه لا يشمل القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام و أشخاص القانون الخاص المزودة بامتيازات السلطة العامة قصد القيام بمهام تسيير مرفق عام، بصرف النظر عما إذا كانت هذه القرارات مصدرا لنشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات،³⁷ ولهذا فإن المحاكم الإدارية هي المخولة بالبت في المنازعات المتعلقة بقرارات السلطة العامة و ما يتصل بها من ممارسات. وعليه فلا يملك المتنافس المتضرر حق اللجوء إلى مجلس المنافسة لإخطاره بعدم مراعاة المنافسة في إبرام الصفقة.

وعلى حسب مجلس المنافسة الفرنسي، فإنه لا يكون مختصا بإزاء كل ما يتعلق بتنظيم طلب العروض³⁸ أو اختيار المتعاقد.³⁹

و قدم مجلس المنافسة الفرنسي عددا من التبريرات لما ذهب إليه، فأحيانا يستبعد تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي لكونه يتواجد في وضعية طالب اقتصادي نهائي للسلع والخدمات *demandeur économique final* وليس طالبا وسيطا *demandeur intermédiaire* بمعنى أن قرارات اختيار المؤسسات التي تتولى انجاز الأشغال وتقديم الخدمات تتخذ من طرف المشتري العمومي لنفسه، وعليه يملك المشتري

العمومي الحرية في أن يختار لنفسه ما يستجيب لحاجياته على غرار أي مستهلك أو متعامل في السوق.

ولهذا فإن أساس عدم خضوع قرارات الإدارة المتعاقدة لقانون المنافسة راجع من جهة إلى اتصاف هذه القرارات بامتيازات السلطة العامة التي تنأى بها عن طبيعة الأنشطة الاقتصادية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إلى ما للإدارة صاحبة المشروع من حرية في الاختيار و التعاقد التي يملكها كل من يدخل سوق الإنتاج و التوزيع و الخدمات بهدف إشباع حاجياته حسب قاعدة العرض والطلب .

وبناء على ما سبق، نتساءل عن مجال تطبيق الفقرة الثانية من المادة الثانية التي جاء بها قانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة. لأنه إذا كان مبرر عدم تطبيق قانون المنافسة من طرف مجلس المنافسة ، على قرارات الشخص العام، هو اتصاف هذه القرارات بميزة السلطة العامة و بخلوها من الصبغة الاقتصادية، فهل يمكن إدخال أفعال وتصرفات الشخص العام التي تتجرد وتنفصل عن مهام أداء المرفق وممارسة السلطة العامة وتكتسي بالتالي الصبغة الاقتصادية وترمي إلى تحقيق أغراض تجارية، في مجال تطبيق قانون المنافسة ؟ يمكن القول أن توفر هذه الشروط يجعل ممارسات الشخص العام داخلة في نطاق قانون المنافسة، حتى ولو وقع هذا النشاط في صورة معينة كالمناقصات مثلاً.

ب- متابعة مجلس المنافسة للممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة

-إن الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة تكون موضوعا للاحتجاج عن طريق إخطار مجلس المنافسة. و يكمن انفصال هذه الممارسات عن قرارات السلطة العامة إما لكونها قد صدرت عن مؤسسات متنافسة. و إما لكونها قد صدرت عن الإدارة المتعاقدة، صاحبة المشروع، دون مراعاة ما يترتب عنها من إخلال بالمنافسة، مما يؤدي إلى نزع ما كان تتمتع به من حصانة، باعتبارها قرارات صادرة عن السلطة العامة و لذا يتدخل فيها مجلس المنافسة.

ففيما يتعلق بالممارسات المنفصلة عن قرارات السلطة العامة، لكونها صدرت عن مؤسسات متنافسة، فإن تقدم هذه المؤسسات لنيل الطلبات العمومية، يدل على أنها تمارس نشاطا اقتصاديا، بغض النظر عن كونها من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام، حيث أن العبرة باندرج الأعمال التي تقوم بها في النشاط الاقتصادي. ولذا فإذا ارتكبت هذه المؤسسات ممارسات مقيدة للمنافسة فإنها تخضع إلى متابعة مجلس المنافسة، وتعاقب إذا ثبت في حقها إبرام اتفاقات محظورة فيما بينها أو أي إخلال بقواعد المنافسة. وتنص المادة 6 من قانون المنافسة على أنه " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى: ... -السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات".⁴⁰

و فيما يتعلق بممارسات المشتري العمومي أو الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع المنفصلة عن قرارات السلطة العامة، فيتعلق الأمر بالأعمال التي تكون خاضعة لقانون المنافسة، رغم اعتماد نظام الصفقات العمومية في انجازها، وذلك باعتبارها أنشطة اقتصادية.

ويتحدد الطابع الاقتصادي لهذه الأعمال على أساس الاستعمال النهائي للأشغال والتوريد والخدمات موضوع الصفقات، فإذا أعيد عرض هذه المشتريات على المستهلكين وفق أغراض تجارية،⁴¹ فإن قانون المنافسة يكون قابلا للتطبيق ويكون مجلس المنافسة مختصا بالفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات وممارسات صاحب المشروع بعد أن زال عنها امتياز السلطة العامة، وذلك بسبب الغرض التجاري الذي صاحبها.⁴² ويبدو أن المعيار الذي به يمكن تحديد ما إذا كان قانون المنافسة يطبق على المشتري العمومي أم لا، يكمن في معرفة، هل هذا المشتري يتصرف بوصفه طالبا وسيطا (demandeur intermédiaire) أو طالبا اقتصاديا نهائيا⁴³ (demandeur économique final)، فقانون المنافسة يطبق على الطالب الوسيط.⁴⁴

ويلاحظ أنه في غالب الحالات ، لا يمكن للشخص العام أو المشتري العمومي إلا أن يكون طالبا نهائيا لما اشتراه من أموال وخدمات ويتحقق ذلك عندما يستهلك شخصا الخدمة أو المال الذي اشتراه أو عندما يمنح خدماته إلى الغير بعيدا عن الغرض التجاري مثلا لمستعملي المرفق أو المواطنين. وفي تلك الحالة لا يطبق قانون المنافسة.⁴⁵

غير أن تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي قد يتم، كما سبق ذكره، إذا أعاد عرض المشتريات على المستهلكين بطريقة تجارية. ويمكن أن يتحقق هذا في فرضيات معينة وبدراسة كل حالة على حدة، لأنه ليس هناك قاعدة مطلقة في هذا المجال، مثلا بالنسبة للصناعات المسماة industries de réseaux حيث لا يمكن أن تتوفر فيها فكرة الطالب الاقتصادي النهائي، لان الشراء هنا يمكن فصله عن الغرض الاقتصادي أو التجاري، والذي يتمثل في عرض خدمة ذات طابع اقتصادي.⁴⁶

ويتحقق أيضا بالنسبة لبعض الأنشطة التي تقوم بها مصالح الدولة التي تتمتع باستقلالية التسيير و الأعمال التي تنجزها في إطار الصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أو المؤسسات المكلفة بعقد امتياز تسيير المرافق العامة،⁴⁷ ففي هذه الحالات، تكون ممارسة الإدارة المتعاقدة بعيدة عن مقومات السلطة العامة، لارتباطها الوثيق بالنشاط الاقتصادي، بصرف النظر عن انجازها وفق القواعد المقررة في قانون الصفقات العمومية. ويمكن أن تتابع هذه الممارسات من طرف مجلس المنافسة باعتبارها ممارسات مقيدة للمنافسة مثل الاتفاقات المحظورة.

وقد قضى مجلس المنافسة الفرنسي ،⁴⁸ أن قيام المنظمة المهنية للصيادلة بتوجيه مراسلة لدار المتقاعدين والمؤسسات العلاجية بالتزود بالأدوية وغيرها من المستلزمات العلاجية من الصيادلة المجاورين لمقراتها في منطقة باس نورماندي ، على حساب الصيدليات الأخرى ، رغم أسعارها التنافسية، بأن هذه الرسالة تعتبر كعمل مدبر action concertée يتضمن هدف تقييد المنافسة ويمكن أن يترتب عليه أثر من شأنه تزييف المنافسة، لاسيما بتحديد الدخول إلى السوق وممارسة حرية المنافسة ويؤدي الى تقسيم الأسواق ومصادر التمويل، وهي الأفعال المحظورة بموجب المادة L.420-1

من القانون التجاري . وقد حكم مجلس المنافسة على المنظمة بدفع غرامة تساوي 5000 أورو.

علما بأن هذه المنظمة المهنية وغيرها من المنظمات المهنية المتورطة في الممارسات المنافسة للمنافسة التي صرح مجلس المنافسة الفرنسي باختصاصه في متابعتها، قد دفعت بعدم اختصاص مجلس المنافسة ويكون القضاء الإداري هو المختص ، لكونها مكلفة بأداء مهام المرفق العام ومزودة بامتيازات السلطة العامة. لكن مجلس المنافسة وإن كان يسلم بهذه الحقيقة ، ويعتبر أنه ليس للمجلس، أن يقرر في صحة قرارات هذه المنظمة متى كانت ذات طبيعة إدارية، الأمر الذي يقتضي أن يكون قرارها في قضية الحال قد اتخذ ليس في إطار أداء مهام المرفق العام للجهاز الذي صدر عنه فحسب، وإنما إضافة إلى ذلك، يجب أن يتضمن ممارسة امتيازات السلطة العامة، إلا أن المراسلة التي بعثت بها المنظمة إلى المؤسسات المذكورة، تعبر عن تدخل واضح في نشاط خدماتي ، وبالتالي يكون مجلس المنافسة مختصا في النظر في القضية بموجب المادة L.410.1 من القانون التجاري، المتعلقة بحظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة.

خاتمة

مما سبق، يتبين لنا أن ضمان حرية المنافسة في الصفقات العمومية، يهدف إلى ترشيد استخدام الموارد العمومية واستعمالها استعمالا عقلانيا والى ضمان حقوق المقاولات في منافسة نزيهة وشفافة، ولن يكون ذلك ممكنا، إلا بمنع الممارسات التي تمس بالإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقات، التي كثيرا ما تقع بفعل المقاولات أو الشخص العام الإداري نفسه صاحب مشروع الصفقة. و لهذا فقد تم تعديل قانون الصفقات، بهدف مواجهة الحالات التي تتعرض فيها المنافسة للتقييد والعرقلة وذلك بادارج نصوص جديدة مستوحاة من قانون المنافسة تفرض على الشخص العام التزاما بعدم الإخلال بواسطة قراراته بحرية المنافسة والتزاما بكشف الممارسات ومعاينة المتورطين فيها.

ويعد إخلال الإدارة بهذا الالتزام مستوجبا للمتابعة أمام المحاكم الإدارية(الغرف الإدارية)، وذلك نظرا لأن هذه الممارسات، وان كانت تتضمن تقييدا للمنافسة، إلا أن اتصالها بمهام المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة، يجعلها غير خاضعة لاختصاص مجلس المنافسة. غير أنه إذا كانت هذه الممارسات والأفعال لا تتصل بمهام المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة، بل تتصل بعمل اقتصادي، ليس من مستلزمات تسيير المرفق وحسن أدائه، أو ليست هناك ضرورة لهذا النشاط يمكن تبريرها بمهام المرفق وامتيازات السلطة العامة، فانه يمكن، في رأينا، في ضوء التحليل السابق والنص الجديد للمادة 2/2 من قانون المنافسة، متابعتها من طرف مجلس المنافسة باعتبارها نشاطا خاصا للإدارة، وبالتالي يخضع للقانون الخاص ومن ثم لقانون المنافسة، حتى ولو تم في صورة معينة كإجراء الصفقات العمومية.

الهوامش :

- 1- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- 2- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة جريدة رسمية عدد 43 صادرة في 20 يوليو 2003 معدل ومتمم -
- بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يوليو 2008 المتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 36، 2 يوليو 2008.
- 3- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. عدد 14 لعام 2006.
- 4- المادة 2 من قانون رقم 08-، مرجع سابق.
- 5- المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مرجع سابق.
- 6- محمد قصاري، حدود المنافسة في إطار مساطر إبرام الصفقات العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 13، 1995 ص 75 و 76.
- 7- عبد الرحيم الشافعي، المنافسة في ميدان الصفقات العمومية الجماعية، الإطار القانوني والواقع العملي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ن الدار البيضاء ن المغرب، 1999-1998، ص 1.
- 8- Nicinski Sophie, droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2004, p.36.
- 9- Nicinski Sophie, droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2004, p.56.
- 10- TA Nice, 9 novembre 1998, Marché de transport d'élèves dans les Alpes- Maritimes, cité par Nicinski Sophie, droit public de la concurrence, op. cit. p.60.
- 11- CE, 27 mai 1998 arrêt Syndicat national du béton armé- Ibid. p.61.
- 12- Cass.com., 13 février 1996. Ibid.
- 13- Nicinski Sophie, droit public de la concurrence, op. cit. p.64.
- 14- TA Bastia, 6 mars 2003, n°0100231, SARL Autocar Marinic/Dpt Haute Corse : Dr.adm.2003comm104, note R. Roux ; AJDA, 0032003, p.738
- 15- Katz David, juge administratif et droit de la concurrence, presses universitaires d'Aix Marseille, faculté de droit et de science politique, 2004, p.79 et s.
- 16- CE, arrêt du 28 Avril 2003, N° 233360, Féd..nat..géomètres experts : Juris-Data n°2003-06247. « il appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées ».
- 17- Lelieur Juliette, la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption : quelle avancée du droit français par rapport aux exigences du droit international ? Droit pénal, les revues juris classées, n° 11, novembre 2008, p.10.

- 18- المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ، مرجع سابق.
- 19-Hubert Patrick, Conseil d'Etat et Conseil de la concurrence : le dialogue des «juges » La Semaine Juridique n°44.45 ,29octobre2007.p.61.
- 20- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، منشورات بيرتي ، الجزائر، 2008-2009
- 21- خضري حمزة ، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية ، مداخل في الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 10 و10 مارس 2009 ، ص 12.
- 22- CE , arrêt du 24 mai 2001 (Avriller), «il appartient à l'administration, selon les circonstances propres à chaque affaire et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de l'annulation ».
- 23 - CE, arrêt du 16 juillet 2007 (Société Tropic travaux signalisation), « tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former (devant le juge compétent) un recours en pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires.»
- 24 - المواد 26، 27، 34، 38 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. مرجع سابق.
- 25 - Gilles Mathier, L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques recueil Dalloz Sirey 1995. 5ème éd. Cahier chronique, p27 ; Nicinski Sophie, Droit public de la concurrence , op. cit. p. 23 et 2.
- 26 - يعود أصل النزاع في قضية مدينة بامي ville de pamier إلى أن المجلس البلدي للمدينة قرر إعادة تنظيم مرفق توزيع المياه في المدينة و قرر من جهة فسخ عقد التسيير الذي كان يربطه شركة SAEDE منذ 1924 و في نفس الوقت أبرم عقد مع شركة lyonnaise des eaux، فقامت مؤسسة المياه SAEDE بطلب تدخل مجلس المنافسة على أساس أنه وقع ضحية ممارسة منافسة للمنافسة و طلبت منه المعايينة و إلغاء الاختيار الجديد، لكن مجلس المنافسة أعلن عدم قبول الإخطار مستندا إلى المادة 53 من الأمر 86/12/1 التي تنص على أن القواعد المحددة في هذا الأمر تطبق على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها التي يقوم بها الأشخاص العموميون. و بمفهوم المخالفة يرى مجلس المنافسة أن الأمر لا يطبق على الأشخاص العامة إلا إذا كانت تمارس نشاطات إنتاج و توزيع و خدمات ، حيث أن القرار الذي منحت بموجبه البلدية تسيير مرفق عام ليس له طابع نشاط إنتاج و توزيع خدمات و بالتالي لا يمكن اعتبار قرار البلدية كممارسة واقعة تحت طائلة أحكام الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986. و قد قدم طعن ضد قرار مجلس المنافسة لدى محكمة استئناف باريس و أصدرت قرارها بقابلية تطبيق قانون المنافسة

على موضوع النزاع، لأن قيام البلدية يتوجبه دعوة لعدة مؤسسات متخصصة لتقديم عروضها من أجل اختيار مؤسسة يعهد إليها بتوزيع الماء بجعل البلدية تمارس تأثيراً في سوق توزيع المياه و قد قبلت المحكمة طلب المؤسسة الطاعنة و استجابت لطلبها باتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة تقضي بوقف الامتياز الممنوح، غير أن محكمة التنازع ذهبت إلى عكس ذلك و أكدت قرار مجلس المنافسة حيث جاء في قرارها أنه يستخلص من المادة 53 المذكورة أن القواعد التي تضمنتها لا تطبق على الأشخاص العامة إلا إذا قامت بممارسة نشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات و أن قرار تنظيم المرفق العام الذي اتخذته المجلس البلدي ليس داخلاً ضمن النشاطات المذكورة.

, Blaise Jean Bernard , droit des affaires, commerçants , concurrences, distribution, LGDJ – DELTA, Paris Beyrouth , 1999, p 396 et s.

27 - CJCE, 16 Novembre 1977, GB/Inno. BM, Recueil page 2115.

28 - CE, 17 décembre 1997, Ordre des Avocats, AJDA, 1998, p 316

29- CJCE ,23 Avril 1991,HOFNER et ELSEER , cité par Nicinski Sophie ,Droit public de la concurrence,op.cit.p

30- Nicinski Sophie ,Droit public de la concurrence,op.cit.p26.

31- تعليق محافظ الحكومة الفرنسية، على قرار مجلس الدولة في قضية مليون و ماريس.

32 - CE, Million et Marais, 3 Nov. 1997, GAJA, n°107.

33-Charbit Nicolas, secteur public et droit de la concurrence ed. Joly , Paris, 1999 p24 .

34- تنص المادة 2 مكرر من بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 على أنه ~ لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات ~ و نصت أيضاً المادة 7/111 و 8 من نفس المرسوم. على أنه ~ يمكن لجنة تحليل العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا تبين أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب ذلك في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأية طريقة كانت.

و يجب أن يبين في هذه الحال حق رفض عرض من هذا النوع حسب الأصول في دفتر شروط المناقصة.

35 - Conseil de la concurrence , décision N° 99 d 02 en date du 17 octobre 1999 sur la saisine relative à la dévolution d'un marché public pour les la réalisation des centres de formation professionnelle de FENNOUGHIL et TSABIT - rapport annuel, 1999, non publié , P. 36 ; conseil de la concurrence, décision N° 99 D. 03 en date du 17 octobre 1999 relative à la dévolution d'un marché public pour la construction du siège de la direction des PTT de la wilaya D'Adrar, ibid .

- Décision N° 99 D. 06 du conseil de la concurrence en date du 5 décembre 1999 relative à la saisine de la société SO THYOB contre la direction de l'hydraulique de la wilaya d'Oum -EL- Bouaghi - ibid.

36 - ألغى الأمر رقم 95 -06 المتعلق بالمنافسة بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

37- cons.concurrence,déc.n° 05-D-23 du 18 mai 2005,BOOCCRF, « il est de jurisprudence constante que l'appréciation de la façon dont les personnes publiques organisent leurs appels d'offre ne relève pas de la compétence du conseil de la concurrence mais de celle des juridictions administratives » ;

38- cons.concurrence,déc.n° 05-D-04 du 17 février 2005,BOOCCRF, cité par Guézou Olivier, la passation des marchés publics et le principe de mise en concurrence, op.cit., p.6 « le choix des entreprises chargées de la fourniture de travaux , l'organisation de la mise en concurrence des entreprises lors de passation de marchés publics et la mise en œuvre des modalités d'attribution des lots, par l'acheteur public, ne constituent pas des actes de production , de distribution ou de service au sens de l'article L410-1 du code de commerce et ne relèvent donc pas de la compétence du conseil de la concurrence».

39 - cons.concurrence,déc.n° 92-D-62 du 18 nov.1992, BOCCRF du 15 juin 1993,p.89.

40 - أمر رقم 03-03 يتعلق بقانون المنافسة ، مرجع سابق.

41 -> « Si l'achat est effectué pour offrir des biens et des services dans le cadre d'une activité économique, il est comme absorbé par l'activité économique et le droit de la concurrence est applicable » Guézou Olivier, la passation des marchés publics et le principe de mise en concurrence, op cit., p.5.

42 - Arrêt Fenin ,CJCE,11juill.2006,aff.C-205/03: JOUE n°C205,20 aout,2005,p.2. «le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure du produit acheté détermine nécessairement le caractère de l'activité d'achat par conséquent, des lors qu'une entité économique(...) achète un produit non pas pour offrir des biens ou services dans le cadre d'une activité économique ,mais pour en faire usage dans le cadre d'une autre activité de nature sociale,elle n'agit pas en tant qu'entreprise »

43 - Sur la distinction entre demandeur final et demandeur intermédiaire: Dans le cadre d'un contrat d'assurance collective passé par le Barreau avec un assureur, le demandeur final est l'avocat assuré (il échappe en cette qualité au droit de la concurrence), l'offreur est l'assureur (soumis au droit de la concurrence) et le Barreau est un intermédiaire (relevant lui aussi, en tant qu'offreur intermédiaire, du droit de la concurrence). Cons. concurrence, déc. n° 03-D-03 du 16 janvier 2003, BOCCRF 16 juin 2003.cité par Guézou Olivier, la passation des marchés publics et le principe de mise en concurrence, op.cit., p.7.

44 -Lichère François,règles de concurrence et marchés publics,JCP/ LA SEMAINE JURIDIQUE n°44-45

, 29 octobre 2007,p.36.

45- Guézou Olivier, la passation des marchés publics et le principe de mise en concurrence, op.cit., p.7.

46 - Ibid.

47- الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة، مرجع سابق، ص 99.
48 - cons.concurrence, déc. n° 09-D-17 du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

