الممارسات المقيّدة للمنافسة بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية

-التقاطع بين القانون العام والقانون الخاص-

Competition- Restricting Practices between Competition Law and Public Procurement Law –The Intersection of Public and Private Law-



سامية لقرب [1] *

جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر

s.lagreb@lagh-univ.dz

تاريخ الإرسال: 2025/09/01 تاريخ القبول: 2025/11/09 تاريخ النشر: 2025/12/01

****

ملخص:

حين الحديث عن التنمية الاقتصادية الشاملة للدولة وتلبية الاحتياجات العامة لابد من الحديث عن الصفقات العمومية كونها قطاع حيوي استراتيجي أضف إليه العقود التجارية في مجال قانون المنافسة حيث ربط المشرع بين القانون الخاص والقانون العام بتعديل قانون المنافسة رقم 03-03 سنة 2008 وبعدها في 2010 وبالموازاة عدّل قانون الصفقات العمومية بعدة مراسيم رئاسية منذ الاستقلال إلى غاية قانون تشريعي سنة 2023 وهنا يكمن التقاطع.

الهدف من هذا البحث هو معرفة مدى نجاعة وفاعلية الربط التشريعي بين تحقيق مصالح المرفق العام ومنع الممارسات التي تقيّد المنافسة وبين تحقيق مصالح الأعوان الاقتصاديين من لحظة الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية؛ الممارسات المقيّدة للتنافس الحر؛ قانون المنافسة القضاء الإداري؛ مجلس المنافسة.

Abstract: When discussing inclusive economic development and meeting public needs, it is essential to highlight public procurement as a vital strategic sector, alongside commercial contracts in the field of competition law. The legislator linked private law with public law by adjusting Competition Law No. 03-03 in 2008 and 2010, while concurrently amending the Public Procurement Law through several presidential decrees until the 2023 legislative law**.** Here lies the intersection**.**

This research *aims* to explore the effectiveness of this legislative connection in achieving the public service interests, prohibiting anti-competitive practices, and safeguarding the interests of economic operators from the announcement of a contract to its final award.

Keywords: Public procurement; **C**ompetition-Restricting Practice; Competition law; Administrative judiciary; Competition council.

سامية لقرب

* المؤلف المرسل

مقدمة:

نعلم أن القانون الخاص لطالما اهتم بتحقيق المصالح الفردية وحمايتها والقانون العام اهتم بتحقيق المصالح العامة وحمايتها، لكن هذه الرؤية اندثرت بمرور الزمن ولم يعد بإمكان المشرع ايجاد معيار واضح لاعتماده للفصل بين تلك المصالح حيث إن أغلب المعاملات المدنية والإدارية والدولية تعتمد على وسيلة العقد والذي كان من السهل معرفة متى يُنظر إلى طبيعته (أطرافه أشخاص خاصة أو عامة) ومتى يُنظر إلى وظيفته (منفعة عامة أو خاصة) بيْد أن الاقتصاد والتكنولوجيا المعاصرين زجّا بالمصالح الفردية والجماعية في بؤرة واحدة فصارت تعاملات الأشخاص الطبيعية تحقق مصالح عامة (كقانون المنافسة) وصارت تعاملات الأشخاص الاعتبارية تحقق مصالح خاصة (كالقانون الإداري وقانون الصفقات) وعليه، صار من الضروري مراعاة هذا التقاطع بين القانونين الخاص والعام لتحقيق التنمية المستدامة ودعم الاقتصاد الوطني والدخول في مصافّ العالمية بالمقاربة بين المصلحتين الخاصة والعامة بتوفير الحماية والضمانات الكافية للمتعاملين ما يدفعهم للإقبال على المساهمة في تنفيذ مخططات الدولة التنموية ومشاريعها السياسية المدرجة في الدستور الوطني بما فيها ربط المنافسة بالصفقة لتحسين أداء المرفق العام وسير السوق.

فالمادة 61 من التعديل الدستوري لعام 2020 تصرّح بضمان حرية التجارة والاستثمار في إطار القانون، والمعروف أن مصطلح التجارة يحيل إلى عدة تشريعات تتمثل في: القانون التجاري، قانون التجارة الالكترونية، قانون المنافسة، قانون حماية المستهلك وقمع الغش، قانون الاقتصاد العام والخاص، قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. . . لكن من الواضح أن كل تشريع منهم يختص بجزئية معينة بما فيهم قانون المنافسة إلا أن هذا الأخير يُعنى بالتصريح بالتنافس الحر وحرية الأسعار في السوق بين المتدخلين الاقتصاديين، وبالتالي ركيزة هذا التشريع مبنية على "المنافسة" في حدّ ذاتها وهي التي تبناها مشرع الصفقات العمومية حينما تبنى المعيارين العضوي والموضوعي في آن واحد منه الأصل ومنه الاستثناء لتحديد الأشخاص والعقود المعنية بتطبيق إجراءات قانون الصفقة وجعل "المنافسة" إحدى الركائز حاله حال قانون المنافسة.

من هنا تتجلى لنا بوضوح *أهمية* البحث المرتكزة على تبيان نقاط الفصل والوصل بين قانون المنافسة وقانون الصفقة العمومية للحد من تقييد المنافسة غير المشروعة فضلا عن رقابة القضاء الإداري التابع لوزارة العدل على الصفقات التي تصدرها الإدارة والذي يقتسم تلك الوظيفة مع مجلس المنافسة كهيئة إدارية تابعة لوزارة التجارة وإن لم توجد إحالة مباشرة من التقنينين لبعضهما البعض، فالبحث

يهدف لإبراز مدى فاعلية الربط بين مصالح الأشخاص الإدارية العامة والأشخاص الاقتصادية عامةً كانت أو خاصة تحت عنوان الصفقة العامة في أرض الواقع لتحسين الأداء في السوق وفي المرافق العامة، ومن هذا المنطلق أعتمد كلّ من *المنهج* الوصفي والتحليلي والاستقرائي وبعض المقارنات وبناء عليه أطرح *الاشكالية* التالية: **هل المقاربة التشريعية بين قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة للحدّ من الممارسات المقيّدة للمنافسة والحفاظ على المال العام أمر مستساغ عمليا؟**

وللإجابة عن هذه الاشكالية أعتمد *الفرضية* الشرطية إذ أن المقاربة بين التشريعين تتطلب قوانين مضبوطة وإحالات صريحة ومنه أقترح التطرق إلى المنافسة الحرة في كل من قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية *كمبحث أول*، ثم تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاعات التي تطرأ بين المتعاملين إن كان القضاء الإداري أم العادي أم مجلس المنافسة وكيف يتم ذلك وتبيان علاقة المصلحة المتعاقدة بالرقابة *كمبحث ثاني*.

المبحث الأول

تكريس المنافسة الحرة في قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة الجزائري

إن المادة الثانية من القانون رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدّلة بموجب القانون رقم 08-12 والقانون رقم 10-05 تصرّح بوجوب تطبيق هذا القانون على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري سواءً صدرت من أشخاص طبيعية أو معنوية عمومية أو جمعيات ومنظمات مهنية (وفق القانون الخاص) كما يطبّق على الصفقات العمومية وفق شروط (وفق القانون العام)، وبناءً عليه تمتد مبادئ المنافسة المقررة في الباب الثاني من قانون 03-03 من حرية الأسعار وحظر الممارسات المقيّدة للتنافس إلى هذه النشاطات والقائمين عليها.

المطلب الأول: الممارسات المقيّدة للمنافسة في قانون المنافسة

تأخذ الممارسات المعطِّلة للتنافس عدة صور تتمثل أساساً في الاتفاقات المحظورة سواءً عقدية أو عضوية أو أعمال مدبرة في شكل تواطؤات ناتجة عن التحالف غير الشرعي بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق الواحد يترتب عنه عرقلة للتنافس الحر ونزاهة التعامل فضلا عن التعسف الصادر منهم تجاه بعضهم البعض من هيمنة وتبعية وتخفيض تعسفي للأسعار كلها ممارسات معرقلة للسوق وضارة بالتاجر والمستهلك على حدّ سواء وهو ما منعه المشرع الجزائري وفرض عليه مجموعة من القيود لذلك سنتعرض لهذه الأحوال بما تسعه هذه الورقة البحثية، ووجب النبيه إلى أن كل الممارسات المقيّدة للتنافس مهما

اختلفت أساليبها ومسمياتها والممارسين لها فإنها تهدف جميعا إلى احتكار السوق وامتصاص الطلبات ولو على حساب الجودة وبالتالي عالج المشرع مسألة الاحتكار بصورة غير مباشرة وفق آليات لمواجهته كالمادة 07 من قانون 03-03.[1]

الفرع الأول: الاتفاقات المحظورة: تعتبر *الاتفاقات العقدية* أحد أشكال الممارسات المنافية لحرية التنافس في السوق أي اتحاد إرادتين صراحة أو ضمنا، كتابة أو شفاهة، على تحقيق غرض معين وتتجسد هذه الصورة إما في التحكم الأفقي (العقود التي تبرمها المؤسسات الناشطة في مستوى واحد من المسار الاقتصادي) أو رأسي (العقود القائمة بين المؤسسات التي يتباين فيها مستواها الاقتصادي كالتحالفات المبرمة بين المنتجين والموزعين)، أما الصورة الثانية فتتجلى في *الاتفاقات العضوية* ذات التركيب المعقّد حيث إنها تؤسس كيان مستقل له شخصية معنوية تهدف إلى تركيز الطلبات في جهة واحدة حتى ولو لم تكتسب صفة التاجر كالمؤسسات الحرفية والنقابات المهنية وذلك بغرض التسعير الفردي الذي يقضي على التنافس في السوق[2] بهدف الاستئثار بممارسة نشاط معين ومن ثم السيطرة على السوق برمّته.[3]

وتتجلى الصورة الثالثة في *الأعمال المدبّرة* وهي عبارة عن أنشطة تعاونية سرية فيما بين المؤسسات تتجسد في التواطؤ الذي يعني جملة الممارسات والاتفاقات الهادفة لعرقلة التنافس الحر أو الحد منه أو الإخلال به في السوق الواحد أو في جزء جوهري منه[4] دون تحديد شكل قانوني معين لها وإنما يتم استخلاص وجودها من خلال أهداف المتواطئين الساعية إلى احتكار السوق والمساس بسيرورته المعتادة فضلا عن عدم مشروعية مصالحهم،[5] ومثال على ذلك اعتماد أسعار متطابقة أو الامتناع عن الاستثمار في منطقة جغرافية معينة من السوق،[6] ونظرا لتعدد صور التواطؤ فإن حصرها يتجلى في حالتين:

- الحالة العامة وتُعنى بالإخلال بالتنافس ومعيار تحديده هو نية المتعاقدين سواءً تحقق العمل المدبر أم لم يتحقق أي عدم تركيز المشرع على الضرر بقدر تركيزه على قصد الخطأ فضلا عن علاقة السببية.[7]

---

[1] قوسم غالية، منع الاحتكار في قانون المنافسة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 04، تيزي وزو، 2021، ص 451.

[2] عيسي بلفاضل، الاتفاقات المقيّدة للمنافسة في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد 4، الجلفة 2021، ص 331.

[3] المادة 10 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة.

[4] نص المادة 6 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة.

[5] قوسم غالية، المرجع السابق، ص 462.

[6] عيسي بلفاضل، المرجع السابق، ص 331.

[7] بوقندورة عبد الحفيظ، المنافسة والأسعار، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر قانون أعمال، جامعة 8 ماي 1945، قالمة 2018/2017، ص 62.

- الحالة الخاصة وتتجسد في التشجيع المصطنع للأسعار بالرفع أو الخفض أو التثبيت (للاحتكار أو للإغراق)، رفض التعامل المنسّق مع المؤسسات الأخرى ومقاطعتهم إلا إن قبلوا الشروط غير المتكافئة المفروضة عليهم أو فرض خدمات إضافية لا تكون لها صلة بمحل التعاقد والهدف من ذلك كله هو تشكيل تكتل يمكّن المتواطئين من الاستحواذ على أكبر حصة من السوق أو التقليل من عدد المؤسسات المنافسة،[1] هذا بالإضافة إلى اقتسام الأسواق ومراقبة مصادر التموين، مراقبة منافذ الإنتاج و التسويق والاستثمار أضف إليهم مجال الصفقات العمومية.[2]

وهنا لابد من التنويه إلى أن المشرع قد يرخّص للمؤسسات بالتواطؤ فيما يُعرف بـ "التواطؤ النافع" في خضمّ الإقرار التشريعي أو التنظيمي المباشر وذلك في حالة مساهمة هذا التصرف في دعم الاقتصاد الوطني خصوصا فيما يتعلق بالمؤسسات المتوسطة والصغيرة وبموجب ترخيص من مجلس المنافسة حسب المادة 9 من قانون 03-03.[3]

الفرع الثاني: التعسف: يُعرف التعسف بأنه تمادي الشخص في استغلال سلطته بدون حق[4] وتتجلى ظاهرة تعسف المؤسسات الاقتصادية أثناء ممارساتها التجارية في السوق في ثلاثة صور رئيسية، وقبل التطرق إليهم وجب التنويه إلى مسألتين مهمتين؛ أولهما *مشروعية التصرف* تحت عنوان النزاهة أي أن العون الاقتصادي لابد له من صفة لاكتساب السجل التجاري فضلا عن وجوب احترامه لقواعد حماية المستهلك وعدم رفض البيع أو أداء الخدمات المتاحة عنده دون مبرر أو الزام المشتري باقتناء كميات أو منتجات مرافقة لا حاجة له بها أو حتى السعي وراء الحصول على امتيازات منه لا تقابلها حقوق له هذا بالإضافة إلى علاقة الأعوان ببعض أي عدم بسط النفوذ واشتراط الأسعار وآجال الدفع وكيفيات البيع دون تبرير، أما المسألة الثانية فتتعلق *بشرعية التصرف* التي قد لا تخالف القانون ظاهريا لكنها تتحايل عليه كالتصريحات المزيفة للتأثير على الأسعار والتلاعب بها،[5] ومما تقدم، نجد تعسف المؤسسة في وضعية الهيمنة، وفي وضعية التبعية الاقتصادية، وفي التخفيض التعسفي للأسعار.

---

[1] عيسي بلفاضل، المرجع السابق، ص 331.

[2] المادة 7 من القانون رقم 03-03.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 المتضمن تحديد كيفيات الحصول على الترخيص بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة في السوق.

[4] بوقندورة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 69.

[5] بوقندورة عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 16.

أولا: التعسف في وضعية الهيمنة: إن الوضعية التي تتيح للعون الاقتصادي الاستئثار بمركز اقتصادي قوي في السوق ما يتسبب في إعاقة التنافس الحر والفعلي فيه هي وضعية هيمنة[1] وهذا المفهوم متقارب مع ما ورد في تعريف محكمة العدل الأوروبية حيث يهيمن المشروع على السوق وينفرد بسلطة الحيازة واتخاذ القرار في مواجهة بقية الأعوان والمستهلكين سواءً بالاحتكار الكلّي للسوق أو امتداد السلطة، ولابد لاعتبار المشاريع مهيمنة في حالة تعددها أن تكون وفق اتفاقات أي أن هذه الوضعية لا تنطبق على المشاريع المسيطرة والمنفصلة عن بعضها البعض لأن هذه الحالة توجب تقدير مدى التعسف حسب كل مشروع على حده لأن القوة المالية والتقنية التي تمتلكهما المؤسسة فضلا عن عدم وجود تباري مع مؤسسة أخرى لنفس المنتوج في السوق الواحد لا يعتبر تعسفا ما لم يعمد صاحب المشروع المسيطر إلى تعزيز وضعيته ما قد ينشأ عنه تبعية اقتصادية.[2]

يأخذ هذا النوع من التعسف شكلين هما تعسف سلوكي وتعسف هيكلي،[3] وطبعا هناك أحوال يرخّص فيها المشرع لهذه الوضعية بالسريان وهي ذاتها المذكورة في حالات التواطؤ المذكورة آنفا بإثبات أن الهيمنة تحقق المصالح العامة وتدعم الاقتصاد الوطني وذلك بالمقارنة بمدى الضرر الذي قد ينجم عنها فيتحصلون على ترخيص بعدم التدخل بعد تقديمهم طلباتهم وأدلتهم أمام مجلس المنافسة.[4]

ثانيا: التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية: من جهة أخرى عرّفت نفس المادة في الفقرة د التبعية بأنها العلاقة التجارية التي تضطر المؤسسة بصفتها ممونا أو زبونا إلى اللجوء إليها لانعدام البديل ما يترتب عنها الانضواء تحت راية مؤسسة تملك القوة المادية والتقنية التي تمكّنها من فرض شروطها بتعسف، ومنه يتعين توافر جملة من الشروط لتحقق هذه الوضعية هي: خضوع التابع والمتبوع لقانون المنافسة، حتمية التبعية لانعدام البديل المتمثل في عدم وفرة المنتوج محل التعاقد بجودة وخصائص متساوية أو متقاربة ما ينتج عنه قبول المؤسسة التابعة بشروط المؤسسة المتبوعة والتي ما كانت لتقبلها لو تمتعت باستقلالية اقتصادية، وأن يترتب عن هذه التبعية تحريف التنافس عن مساره الطبيعي.[5]

ومن نماذج التبعية رفض المؤسسة المموّنة بيع المنتج للعون التابع دون مبرر من أجل التأثير على نشاطه، أيضا بيعه المتلازم مع بيوع أخرى مشروطة في وقت واحد وتكون من جنس مختلف بموجب عقد واحد، البيع التمييزي بمنح امتيازات لمتعامل دون الآخر ويكونان في مركز قانوني واقتصادي واحد (دون وجود

---

[1] أوردت الفقرة ج من المادة 3 من قانون 08-12 هذا التعريف.

[2] زايدي أمال، قانون المنافسة، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر قانون أعمال، جامعةسطيف 2، الجزائر، 2016/2015، ص 72.

[3] بوقندورة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 76.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المرجع السابق.

[5] زايدي أمال، المرجع السابق، ص 82.

عقد مسبق يمنح المتعامل المميَّز هذا الحق كعقد التوزيع الحصري)، البيع الذي يشترط فيه اقتناء قيم دنيا والإلزام بإعادة بيع المنتج بسعر أقل وإلا يتم قطع العلاقة معها لعدم رضوخها لشروطها.[1]

ثالثا: التخفيض التعسفي للأسعار: لم يعرّفه القانون كسابقيه لكن تكلمت عنه المادة 12 من القانون رقم 03-03 حيث أشارت إلى أن بيوع المؤسسة بسعر منخفض بالمقارنة مع تكلفة الإنتاج والتسويق يعتبر عمل تعسفي وبالتالي هو محظور لاستهدافه عرقلة منتجات المؤسسات الأخرى من الدخول إلى السوق ما يسبب لهم أضرارا محتملة، وهنا وجب التركيز على الفرق بين التخفيض التعسفي للأسعار وبين البيع بالتخفيض الذي نظّمه القانون وأقره وفق شروط، كما يوجد البيع بالخسارة الذي عالجته المادة 19 من قانون 04-02.[2]

وبالتالي لابد من قيام جملة من الشروط في هذه الممارسة ليتمكّن مجلس المنافسة من متابعتها وهي: عرض أسعار البيع أو إشهارها أو القيام بالبيع فعليا، استهداف جمهور المستهلكين ما يترتب عنها تقييد المنافسة من قِبل المؤسسات الأخرى بقصد أو بغير قصد وإن لم يتحقق الأثر.[3]

المطلب الثاني: الممارسات المقيّدة للمنافسة في قانون الصفقات العمومية

أصدر المشرع الجزائري جملة من المراسيم الرئاسية المعدّلة والمتممة للصفقات العمومية منذ الاستقلال إلى غاية 2023، ومن بين أهم تلك المراسيم المرسوم الصادر سنة 2008 بالموازاة مع تعديل قانون المنافسة سنة 2008 حيث تضمّن الأول في مادته الثالثة ضمان خلوّ الصفقات من الممارسات المقيّدة للمنافسة إذ لابد وأن تراعي الإدارة مبدأ حرية الوصول للطلب ومساواة المرشحين في الوصول إليه وشفافية الإجراءات وهي كلها عوامل تضمن نجاعة تنفيذ الطلبات وحسن استخدام أموال الدولة، وتضمّن الثاني إدراج الصفقة العمومية كأحد ضمانات المنافسة الحرة منعاً لتقييد التباري الحر، وتلاه المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادة 10 والمرسوم رقم 15-247 في المادة 05 ثم القانون رقم 23-12 في المادة 05 أيضا.

الفرع الأول: مبدأ حرية التنافس في الصفقات العمومية: من المادة 02 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات رقم 15-247 الصفقة عبارة عن عقد مكتوب يُبرم بين متعاملين اقتصاديين بغرض تلبية

---

[1] زايدي أمال، المرجع نفسه، ص 84.

[2] القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 06-215 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي وفي حالة تصفية المخزونات وعند مخازن المعامل وخارج المحلات التجارية بفتح الطرود.

[3] بوقندورة عبد الحفيظ، المرجع السابق ص 87 و 88.

احتياجات المرفق العام بخصوص الأشغال والخدمات واللوازم والدراسات، وأضاف قانون الصفقات الجديد رقم 23-12 أنها: تُبرم بمقابل، من المشتري العمومي الذي يسمى "المصلحة المتعاقدة"، مع متعامل أو أكثر ويسمى "المتعامل المتعاقد"، كما وسّع مجال المتعامل الاقتصادي الذي يصحّ أن يكون شخص طبيعي أو معنوي أو أشخاص، كما يصحّ أن يتم التزامهم فرادى أو في إطار تجمع مؤقت لمجموعة من المؤسسات[1] أضف إلى ذلك التغييرات التي أحدثها المشرع بخصوص الأشخاص الخاضعة لقانون الصفقات والعقود التي يبرمها شخص عام لكنها لا تخضع لهذا التشريع.[2]

يتم النظر إلى المنافسة في الصفقة من زاويتين قانونية واقتصادية؛ *من الناحية القانونية* هي جملة القواعد والإجراءات الإدارية المسطّرة من أجل تأمين وإشباع حاجيات المرفق العام والتي توجب على الإدارة اختيار المقاول أو المورّد الأنسب لأدائها، *ومن الناحية الاقتصادية* هي عبارة عن نظام مؤسس على حرية كل فرد في الصناعة والتجارة والدخول بالسلع والخدمات إلى السوق،[3] ومن هذا المنطلق فالصفقة تضم توجّهات تهدف لحسن تسيير المرفق العام بعقلانية وترشيد للمال العام وتوجّهات تهدف لتيسير وصول المترشح إلى الطلب بمساواة وشفافية ما ينجم عنه الترسيخ الفعلي لقاعدتي العرض والطلب، ثم إن الإدارة ملزمة بإعمال المنافسة في كل من مرحلة إعداد الصفقة ومرحلة إبرامها وإرسائها[4] وهو ما يأخذنا لمجموعة المبادئ التي تخضع لها إجراءات إبرام الصفقات تتمثل أساسا في:[5]

أولا: حرية الوصول إلى الطلبات العامة: أي أن تفتح المصلحة المتعاقدة المجال للمتنافسين للترشح للمناقصة متى توافرت فيهم شروط المشاركة[6] وفقا للإعلان المنشور ودفتر الشروط ما يحقق الشفافية والنزاهة.[1]

---

[1] راجع المادتين 02 و 03 من قانون 23-12.

[2] عوالي بلال، دراسة مقارنة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية بين قانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاقتصاد الصناعي (خزارتك)، المجلد 14، العدد 01، البليدة 2، 2024، ص 361 وما يليها.

[3] كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائري للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 47، العدد 02 الجزائر، 2010، ص 76.

[4] أكرور ميريام، التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة النشرة الرسمية للمنافسة (دورية تصدر عن مجلس المنافسة بالجزائر)، العدد 09، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 02 وما يليها.

[5] حددتها المادة 05 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12.

[6] خصوصا ثبوت عدم تنازل المتعامل الاقتصادي عن الصفقة، وعدم تعرضه للإفلاس أو التسوية القضائية أو الصلح، عدم الالتزام الجبائي والمرتكبين لمخالفات مسجلة في المجال الجبائي أو مجال تشريع العمل والضمان الاجتماعي، الإيداع القانون لحساب المؤسسة، التصريح الكاذب (شروط قانونية)، الحصول على ترخيص لبعض الفئات المشاركة تقديم شهادة التصنيف والتخصيص. . . (شروط خاصة بالمصلحة المتعاقدة).

ثانيا: المساواة بين المترشحين: أي إتاحة الفرصة لأصحاب المشاريع لتقديم عروضهم وفق الطلب المعلن عنه حيث تكون المفاضلة مبنية على الكفاءة المالية والفنية والتقنية وليس على التمييز الشخصي كما لا يصح أن يعفي المشتري العمومي أحدهم من بعض الشروط دون الآخرين.

ثالثا: شفافية الإجراءات المتبعة: إن الشفافية والنزاهة في العمل الإداري لتسيير المال العام تحققان مبدأ الحوكمة كأساس لمقتضيات التوجهات الاقتصادية الحديثة ما يساهم في القضاء على الفساد الإداري والمحسوبية،[2] وبناءً على ذلك تحقق الشفافية تقديم أحسن العروض من حيث الجودة والتكاليف وهو ما أكدت عليه المادة 01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[3] كآلية للحكم الراشد في القطاعين الخاص والعام، حيث إن الإشهار من أهم الوسائل التي تكرس هذا المبدأ وهنا يتعين على المترشح التقيد بشروط إيداع العرض والآجال والوثائق المطلوبة، ويجب التنويه إلى أن الإعلان لم يعد يقتصر على الجرائد والنشرات الرسمية بل استحدث قانون 23-12 وسائل آلية بإنشاء بوابة رقمية للصفقات العمومية وألزم نشر العروض فيها وفي الصحف الالكترونية وأوجب التبادل الالكتروني للمعلومات والوثائق (المادة 107) هذا بالإضافة إلى منح المشرع أفضلية للمؤسسات الناشئة التي تقدّم حلول فريدة ومبتكرة وتكون في نفس الوقت حاملة لعلامة في مجال الابتكار والرقمنة[4] ومن ثم يتعين على الإدارة الإعلان في كل مراحل الصفقة من تحضير دفتر الشروط والدعوة للتنافس وفتح الأظرفة ثم التقويم التقني والمالي ومن ثم المنح المؤقت وانتظار الطعون إلى غاية الإفصاح عمن رست عليه الصفقة بالمنح النهائي ثم بداية التنفيذ[5].

الفرع الثاني: الإشكالات الناتجة عن الربط بين الصفقة العمومية وقانون المنافسة: من أجل تجسيد مبدأ الشفافية وحرية الوصول للعروض أوجب قانون 23-12 في المادة 36 على الإدارة أن تتبع أسلوب الإعلان على العرض لتسهيل الترشح له كقاعدة عامة ما يجعل من التفاوض مجرد استثناء تطوّقه أسباب

خلف الله كريمة، المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال،المجلد 01، العدد 01، قسنطينة 1، 2016، ص 119 وما يليها.

[1] تتضمن دفاتر الشروط: دفاتر البنود الإدارية العامة للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات التي يوافق عليها مسؤول الهيئة العامة بمقرر أو الوزير المعني بقرار، دفاتر التعليمات الخاصة بكل صفقة على حده (المادة 17 من القانون رقم 23-12).

[2] أسياخ سمير، أهم مستجدات قانون الصفقات العمومية لسنة 2023، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 07 العدد 01، بجاية، 2023، ص 105 و 106.

[3] القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-08..

[4] أسياخ سمير، المرجع السابق، ص 112.

[5] بلغول عباس، المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي الجزائري 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 09، وهران 2، 2018، ص 1074.

محددة في القانون بتحققها يصح الالتجاء لهذا الإجراء،[1] وقد استخدم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 42 والقانون رقم 23-12 في المادة 39 نفس العبارة "طلبات العروض" سواءً كانت وطنية أو دولية وفق عدة أشكال: طلب العروض المفتوح، الطلب المفتوح بشرط وجود قدرات دنيا، المحدود، والمسابقة أما "إجراء التراضي" فغيّر قانون الصفقات تسميته إلى "التفاوض" والذي يعني عدم الإفصاح العلني الشكلي عن الصفقة لأنها تُمنح مباشرة لمتعامل واحد فيتم بينه وبين الإدارة تفاوض مباشر (سمّاه المرسوم الرئاسي 15-247 التفاوض البسيط) أو تفاوض كتابي بعد الاستشارة (المادة 40 من قانون 23-12).[2]

ومنه يتبين لنا مدى الضرورة القصوى للربط بين الصفقة والمنافسة وتطبيق أحكام قانون المنافسة عليها إذ منع المشرع الاتفاقات المحظورة والممارسات المنافية للتنافس الحر في الأسواق أي تطبيق قواعد قانون المنافسة على الشراء العمومي من عمليات إنتاج واستيراد وتوزيع وخدمات، وبحسب بعض الباحثين فإن الصفقة بمثابة عقد استهلاك ما يجعلها تدخل في نطاق قواعد حماية المستهلك (أي أن الشخص العام هو المستهلك) لأنه لا وجود لعلاقة منافسة بينه وبين المصلحة المتعاقدة بل علاقتهما هي علاقة مستهلك بمحترف[3] أما التنافس فقائم بين المصالح المتعاقدة فيما بينها.

من هنا تبرز بعض الإشكالات المتصلة بإخضاع الصفقة لقواعد المنافسة فالصفقة كعقد إداري تتم بين شخص إداري عام وبين مؤسسة يتحدان لجلب منافع للمرفق العام فهذا الشخص العام لا يعرض أو يوزع السلع والخدمات في السوق مثل المتنافسين الاقتصاديين الخاضعين لقانون المنافسة وإنما يعقد صفقته وفق دفتر شروط يخص طلبات عامة معلن عنها مطروحة للترشيح وباستخدام المال العام فهو يتدخل ليس كعارض لمنتج في السوق بل كطالب إنجاز معين وهذه المسألة تحدث عنها قانون المنافسة الملغى 95-06 إذ قيّد خضوع الشخص العام لقواعد المنافسة فقط عندما يتدخل في نشاط الإنتاج أو التوزيع أو تقديم خدمات.

أيضا تثور مسألة تنازع الاختصاص بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري بل والقضاء العادي خصوصا وأن الحدود الفاصلة بين مشروعية النشاط الإداري وبين النشاط المنافي للمنافسة غير واضحة وتثير صعوبة التحديد الفعلي لكل منها من أجل ضبط اختصاص الرقابة، حيث إنه وبالاستناد إلى نص المادة 63 من القانون 08-12 فإن مجلس قضاء الجزائر في غرفته التجارية يختص في الطعون المرفوعة أمامه ضد قرارات مجلس المنافسة المكلف أساسا بمراقبة *الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن القائمين على إبرام*

[1] أسياخ سمير، المرجع السابق، ص 109.

[2] عوالي بلال، المرجع السابق، ص 365.

[3] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 110.

الصفقة[1] ما يترتب عنه عدم اختصاص القضاء الإداري، لكن بالاستناد إلى نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القضاء الإداري هو المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية التي عقدها الأشخاص العامون تركيزا على المعيار العضوي![2]

وهنا وجب التنبيه إلى أن المادة 800 المذكورة والتي تبنت المعيار العضوي بتطرف كانت في ظل القانون رقم 08-09 إلا أن المشرع عدّلها في ظل القانون رقم 22-13 المعدِّل والمتمِّم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أضاف فقرة إلى سابقتها بقوله: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، **باستثناء المنازعات الموكلة إلى جهات قضائية أخرى**"، لكن يبدو بأن المشرع لم يحل المشكلة بل زادها تعقيدا بقوله "جهات قضائية أخرى" لأن مجلس المنافسة ليس جهة قضائية! فهل يعني هذا أن أيّ منازعة إدارية تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري أو الهيئات الوطنية العامة والمنظمات الوطنية طرفا فيها فإن القاضي الإداري يختص فيها وما على مجلس المنافسة إلا التنحي ولو مارس هؤلاء نشاط اقتصادي؟

خصوصا وأن قانون الصفقات العمومية الجديد (23-12) أخضع كل من الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات الخاضعة للقانون العام، المؤسسات الاقتصادية المكلفة بالإشراف المنتدب على المشروع من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، والمؤسسات الخاضعة لأحكام القانون التجاري لإنجاز عملية ممولة مباشرة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية سواءً كان التمويل كلّي أو جزئي لإجراءات قانون الصفقات فهل يُعقل أن يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدولة والجماعات المحلية محكومين بسلطة القضاء الإداري بينما قانون الصفقات العمومية يضيف إليهما المؤسسات الاقتصادية ليصل بين قانون الصفقات وقانون المنافسة وبالتالي الخضوع لسلطة مجلس المنافسة في كل أنشطتهم الماسة بالمنافسة؟ هذه التساؤلات تحيلنا إلى المبحث الثاني.

المبحث الثاني

المنازعات الناشئة في مجال الصفقات العمومية وتحديد الهيئة المختصة

عرفنا أن مبادئ الصفقات العمومية هي حرية الوصول للطلب العمومي، المساواة بين المتعهدين، وشفافية الإجراءات (المادة 05 من قانون 23-12)، أما مبادئ المنافسة فهي حرية الأسعار، حظر الممارسات

[1] هذا إن لم يتم إنشاء مجالس تجارية مثلما نص القانون رقم 22-13 المؤرخ في 2022/07/12 المعدّل للقانون رقم 08-09 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على إنشاء محاكم تجارية متخصصة، كما أن قرارات مجلس المنافسة الصادرة بشأن رفض التجميع الاقتصادي فإن الطعن فيها يتم أمام مجلس الدولة بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 19 من قانون 08-12.

[2] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 111.

المنافية للتنافس الحر، وتنظيم التجميعات الاقتصادية (المواد من 04-22 من قانون 03-03 المعدل والمتمم بـ 08-12)، وقد قرر القانون رقم 08-12 أن مجال تطبيق قواعد المنافسة يمتد لأشخاص القانون الخاص (تجار، مؤسسات، حرفيون) ولأشخاص القانون العام (الدولة، الجماعات الاقليمية طالما مارسوا نشاط اقتصادي تنافسي يخدم المرفق العام) ولنشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والصناعات التقليدية والصيد البحري والصفقات العمومية من يوم نشر الإعلان عن المناقصة إلى أن تُمنح الصفقة بصفة نهائية، وعليه ووفقا لهذا التداخل بين قانون المنافسة وقانون الصفقة العمومية لابد من معرفة من يختص بحل الاشكالات الناتجة عن المعنيين بها بين القضاء الإداري والقضاء العادي وقانون المنافسة أما الإدارة فلا شك أنها ملزمة بكشف العروض المشبوهة ومنعها وعدم المساهمة في إنشاءها.

المطلب الأول: اختصاص القضاء الإداري: نتعرض لمسألة طرح فكرة الربط بين الصفقة والمنافسة من أساسها ثم الدور الفعلي للقضاء الإداري.

الفرع الأول: نشأة فكرة خضوع الصفقة العمومية لقواعد المنافسة: سبق وأن رفض القضاء الإداري الفرنسي إخضاع الشخص العام لقانون المنافسة في حال تجاوزه لسلطاته وإخلاله بقواعد التنافس بحجة أن قانون المنافسة لا يُطبّق إلا على الأنشطة الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وخدمات وليس على الأنشطة الإدارية للإدارة فضلا عن أن سلطتها تنظيمية خارج السوق، لكن انتقد المتخصصون هذه الرؤية لأن قرارات الإدارة لا تنفصل عن مجريات السوق حيث تؤثر وتتأثر بها هذا بالإضافة إلى رفض مجلس المنافسة نفسه في ذلك الحين مراقبة القرارات الإدارية الداخلة في امتيازات السلطة العامة لأن الإدارة ليست بمتعامل اقتصادي.[1]

استمر الحال على ما هو عليه إلى أن ظهرت نظرية "الأثر النافع لقواعد المنافسة" في أوروبا والتي تلزم السلطة العامة باحترام قواعد المنافسة والتقيد بها، أضف إليها نظرية "التعسف التلقائي في وضعية السيطرة" والتي ساهمت في إيضاح ما للإدارة من سلطة لدفع الأعوان الاقتصاديين إلى ارتكاب ممارسات مخلّة بالسوق ومقيّدة للتنافس ومن ثم أقر مجلس الدولة الانعكاسات السلبية لقرارات الإدارة غير المدروسة وذلك في قضية "ميليون وماريس"[2] ومنه وبعد أن اقتنع القاضي الإداري بالنظريتين نزع الحصانة من كل لائحة وتنظيم يتسببان في خرق قواعد التنافس وأقنع القانون الفرنسي بإقرار ذلك، أي أن تنظيم المرافق العمومية لا ينفك أن ينعكس على المحيط الاقتصادي التنافسي فألزم مجلس الدولة القضاء الإداري

[1] تياب نادية، أحميد هنية، تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية –بين النصوص القانونية والإشكالات التطبيقية-، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، تيزي وزو، 2021، ص 603.

[2] تياب نادية، أحميد هنية، المرجع نفسه، ص 604.

بالاعتماد على التنظيم المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الصادر سنة 1986 من أجل تقدير مدى شرعية التصرفات الإدارية المعروضة أمامه[1] حيث إن تدخل القضاء الإداري لبسط رقابته على أعمال الإدارة التنافسية أفضى إلى نشوء فرع يسمى "القانون العام للمنافسة" ويقابله "القانون الخاص للمنافسة" إذ يطبّق الأول على السلطات العامة ويطبّق الثاني على الأعوان الاقتصاديين.[2]

أما المشرع الجزائري فأقر من جانبه هذا التداخل بين التشريعين في القانون رقم 23-12 المتعلق بالصفقات حيث أخضع المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات[3] واعتبر حرية التنافس بين المرشحين للوصول إلى الطلبات العامة بكل شفافية ونزاهة ومساواة من قِبل الإدارة حق مشروع[4] وفي المقابل أخضع قانون 08-12 المتعلق بالمنافسة المناقصة لقانون المنافسة واعتبر الصفقة نشاط تنافسي حالها حال نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد بشرط عدم عرقلتها للمرفق العام لممارسة سلطاته العامة[5] وهنا يتوقف دور مجلس المنافسة في التدخل.

الفرع الثاني: الدور الفعلي للقضاء الإداري: من هنا يتحدد دور القضاء الإداري في مراقبة مدى تطبيق الصفقة لمبادئ الشفافية والمساواة وحرية التنافس على الطلب العام حيث يمكن للمقاول رفع دعوى استعجالية أمامه للاعتراض على عدم نزاهة رسوّ المناقصة أو يرفع دعوى تتضمن طلب إلغاء القرار الإداري غير المشروع، ويمكن للقاضي بدوره استشارة مجلس المنافسة بخصوص الممارسات المنافية للمنافسة ما يبيّن مدى التعاون الفعلي القائم بين الهيئتين؛[6]

أولا: الدعوى الاستعجالية: يختص القاضي الإداري بالنظر في الاخطارات التي ترفعها المؤسسة المتضررة أمامه بموجب عريضة للاحتجاج على عدم تقيّد الإدارة بقواعد النزاهة والشفافية في التنافس والإشهار فإن تبين له صدق هذا الادعاء يأمر الإدارة بأداء التزاماتها فإن أبت يفرض عليها غرامة تهديدية ويأمر بتأجيل

[1] كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 88 و 89.

[2] كتو محمد الشريف، المرجع نفسه، ص 81.

[3] نص المادة 03 من قانون الصفقات العمومية الجزائري.

[4] نص المادة 05 من قانون الصفقات العمومية.

[5] المادة 02 من قانون المنافسة الجزائري.

[6] كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 82.

إمضاء عقد الصفقة مع من مُنحت له لمدة لا تتعدى العشرين يوماً،[1] فمهمة القاضي الإداري تقتصر على مراقبة شرعية المناقصة كمهمة وقائية وليس له تقدير قيمة الترشح للعرض والدخول في تفاصيل العقد.[2]

ثانيا: دعوى إلغاء القرار الإداري: يجوز الطعن أمامه في القرارات الإدارية المخلة بالتنافس التي تصدرها السلطات العامة منفصلةً عن الصفقة كالمداولات التي يمضيها رئيس المجلس الشعبي البلدي مع مؤسسة معينة ويستبعد ما دونها من المؤسسات المترشحة، أو القرارات المؤقتة بمنح التأشيرة أو الصفقة، أو تقرير جزاءات مالية على المتعاقد، أو فسخ الصفقة بصورة انفرادية. . . فهذه الأعمال تمنح القاضي الإداري الحق في إلغائها بعد الطعن فيها وليس إلغاء عقد المناقصة برمّته غير أنها قد ظهرت نظرية بمناسبة قضية "مارتان" أقرها مجلس الدولة الفرنسي تسمى "القرارات الإدارية القابلة للانفصال" التي تسمح للمتضررين بالطعن في صحة العقد الإداري ذاته بعد إبرامه وطلب التعويض ذلك أن الطعن في القرار الإداري فقط قد لا ينجم عنه إلغاء العقد لأن المصلحة المتعاقدة محقة في استخلاص نتائج هذا الإلغاء تحت رقابة القاضي[3].

المطلب الثاني: اختصاص مجلس المنافسة

من المادة 02 من قانون 08-12 يتبين لنا أن قواعد قانون المنافسة تسري على الصفقات العمومية من لحظة الإعلان عنها إلى تمام إجراءاتها ومنحها النهائي لكن شريطة عدم إعاقة هذه القواعد للسلطات العامة عن أداء مهامها السيادية لخدمة المرفق العام، فإن كان النص موجّه لقواعد قانون المنافسة فهو موجه كذلك لمجلس المنافسة مما يعني استبعاد سلطته في المراقبة، إذن مجلس المنافسة محق في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة التي تصدر عن الشخص العام أثناء إبرامه الصفقة لكن في إطار معين.

الفرع الأول: نشأة فكرة سلطة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية: نشأ مجلس المنافسة في الجزائر سنة 1995 بسبب عدم كفاءة وخبرة السلطات القضائية للفصل في دعاوى الممارسات المقيدة للمنافسة،[4] وبما أنه معتبر كهيئة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي موضوعة لدى وزير التجارة[5] يتشكل من 12 عضو،[6] وليست قضائية، والذي خصّه المشرع بمرسوم تنفيذي لتنظيمه وسيره يحمل رقم

[1] المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية المعدّل والمتمم بموجب بالقانون رقم 22-13 إلا أن التعديل لم يمس هذه المادة.

[2] كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 83.

[3] كتو محمد الشريف، المرجع نفسه، ص 84.

[4] لاكلي نادية، العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02 العدد 04، وهران، 2015، ص 140.

[5] المادة 23 من قانون 08-12 المتعلق بالمنافسة.

[6] المادة 24 من القانون رقم 10-05 المتعلق بالمنافسة.

11-241 معدّل سنة 2015 تحت رقم 15-79 فإن اختصاصه الأصيل هو التدخل كسلطة إدارية تهذيبية ردعية[1] حين ثبوت ممارسات مقيّدة للمنافسة من أعمال مدبّرة واتفاقات، تعسف في وضعيتي الهيمنة والتبعية وتخفيض السعر، ومن ناحية أخرى لا ينعقد له الاختصاص لإبطال العقود والاتفاقات ولا يفصل في طلب التعويض للمتضررين التي يختص بها *القاضي التجاري*[2] *أو الجزائي*[3] (حسب الوضع) أما المجلس فيكتفي بالحكم بغرامة إن لم يستجيبوا لإجراء الرأفة[4] إذ لا يختص في القضايا الجزائية في قانون المنافسة الساري،[5] هذا بالنسبة لصلاحياته التنازعية.

أما صلاحياته غير التنازعية فهو كهيئة *استشارية* (*الزامية* بالنسبة لكل نص تشريعي أو تنظيمي له علاقة بالمنافسة *واختيارية* كأن يقدّم المشورة للحكومة متى طلبتها فضلا عن الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية، المؤسسات المهنية والنقابية، جمعيات حماية المستهلك، الهيئات القضائية)[6] *وهيئة تنظيمية* تُعنى باتخاذ التدابير اللازمة لضمان حسن سير المنافسة وترقيتها في صورة تعليمة أو منشور، كما أن له سلطة طلب إجراء تحقيق أو خبرة للاطلاع على الأسواق ومجرى التنافس فيها بتكليف مصالح التحقيق الاقتصادي التابعة لوزارة التجارة أضف إليه صلاحية إصدار قرار إرسال الوثائق والمعلومات إلى سلطة أجنبية مكلفة بالمنافسة متى طلبت ذلك مع التقيّد بالسر المهني ومبدأ المعاملة بالمثل[7] وله الاستجابة لطلب التحقيق ما لم يلامس السيادة الوطنية والنظام العام أو المصالح العليا المرتبطة بالاقتصاد الوطني[8] كما يشرف على النشرة الرسمية للمنافسة[9] ويتشارك وظيفة ضبط السوق مع *سلطات الضبط القطاعية*.

إبّان تشريع المنافسة الجزائري الملغى (95-06) رفض مجلس المنافسة التدخل في القضايا التي يكون الشخص العام طرفا فيها إلا الأنشطة المنطوية على الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات في إطار التعسف في وضعية الهيمنة والاتفاقات المحظورة حيث عُرضت عليه قضايا ضد الإدارة تتخللها ممارسات مقيدة

---

[1] لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 139.

[2] تختص الغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر بالقضاء ببطلان التصرف ومنح التعويضات بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية خلال مدة 15 سنة من يوم ارتكاب الفعل الضار.

[3] قبل تعديل قانون المنافسة كان مجلس المنافسة مختص في إصدار عقوبات جزائية (م 15 من قانون 95-06) بإحالة الملف والأطراف إلى وكيل الجمهورية المختص اقليميا فيحكم بالحبس من شهر إلى سنة على الشخص الطبيعي مرتكب المخالفة ثم اقتصر دوره على الحكم بالغرامة.

[4] يُقصد بهذا الإجراء أن يعفي مجلس المنافسة المؤسسة المخلة بالمنافسة الحرة كليا أو جزئيا من الغرامة إن اعترفت بمخالفاتها أثناء التحقيق كما تتعهد بعدم التجاوز مجددا باستثناء حالة العود. راجع نص المادة 60 من تقنين المنافسة رقم 03-03.

[5] زايدي أمال، المرجع السابق، ص 118.

[6] نص المادة 35 من القانون رقم 03-03.

[7] المادة 40 من القانون رقم 03-03.

[8] المادتين 41 و 42 من قانون المنافسة رقم 03-03.

[9] المرسوم التنفيذي رقم 11-242 المتعلق بإنشاء النشرة الرسمية.

للمنافسة بعد فتح الأظرفة ومنح الصفقة لمتعهد دون غيره، ذلك أنه يركز على وظيفة الممارسة (نوعها) وليس على أطرافها وطبيعتها بمقتضى المادتين 06 و 07 فإن تقدم الشخص العام ليس كعارض بل كطالب لإنجاز مشروع عام متعلق بأشغال البناء لإدارة المرفق العام فإن طرفيته في الصفقة لا تغير من واقع أنها لا تضم نشاط اقتصادي بل هو إداري وبالتالي لا تخضع لقانون المنافسة.[1]

وهو نفس توجه مجلس المنافسة الفرنسي الذي استبعد تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام فضلا عن أشخاص القانون الخاص الحاصلين على امتيازات السلطة العامة لتسيير المرافق ولو تضمّنت أنشطتهم مجال الإنتاج والتوزيع والخدمات ما يؤهل القضاء الإداري للبتّ في نزاعاتهم فكل ما له صلة بطلب العروض أو اختيار المتعامل المتعاقد معه يخرج من اختصاصه، وقد تباينت تبريراته لهذا الاستبعاد إذ يبرر بأن هذا الشخص العام طالب اقتصادي نهائي للمنتجات وليس طالب وسيط أي أن اختياره للمتعاقد معه يخدم مصلحته (نعني مصلحة المرفق العام) ما يجعله حرا وأكثر دراية بالمترشح الأفضل للقيام بمهمة خدمة المرفق العام وإشباع حاجياته بمقتضى العرض والطلب ما يجعله صاحب حق في استخدام بطاقة *امتياز السلطة العامة*.[2]

إنه وعلى الرغم من أن مجلس المنافسة سلطة إدارية ضبطية وليست قضائية ورغم اختصاصاته القضائية إلا أنه فصل في قضية عُرضت علية سنة 2016 من طرف شركة ذات مسؤولية محدودية تختص بالطباعة والإشهار والنشر ضد بلدية باب الواد التي اتهمتها بعدم احترام مقتضيات الصفقة إذ ضيّقت من آجال إيداع العروض (10 أيام) كما اتهمتها بتحايلها في جلّ المراحل لمنح المناقصة لشركة أخرى دون احترام لقواعد التنافس، لكن مجلس المنافسة آنذاك حكم بعدم اختصاصه لأنه مقيّد بالحكم على الممارسات المحظورة المندرجة في إطار المواد من 06 إلى 12 من قانون المنافسة حيث اعتبر أن كل ما يتعلق بالصفقات مرهون باختصاص القاضي الإداري دون استقراءه للمادة 06 بما فيه الكفاية ولم يسبب حكمه لأنه سيضطر حينها للحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس ولعدم توافر الأدلة الكافية.[3]

الفرع الثاني: الدور الفعلي لمجلس المنافسة: هنا يمكن توضيح المفارقة بين التوجه السابق للقضاء الإداري ومجلس المنافسة وبين التوجه الحالي فيمكن القول أن دور مجلس المنافسة يُفعّل على المشتري العمومي حينما يمارس نشاطات تهدف لتحقيق أغراض تجارية ولو كستها بنظام عقود المناقصات لمجرد انفصالها عن امتيازات السلطة العامة وارتكابها للممارسات منافية للتنافس (بصفتها مؤسسة متنافسة) إذ أن عرضها للطلبات المعلن عنها يجعل من تصرفها هذا مكيّف على أنه نشاط اقتصادي، وبالتالي يختص مجلس

[1] كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 90.

[2] كتو محمد الشريف، المرجع نفسه، ص 91.

[3] تياب نادية، أحميد هنية، المرجع السابق، ص 607 و 608.

الممارسات المقيّدة للمنافسة بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية

-التقاطع بين القانون العام والقانون الخاص-

المنافسة لمنع الممارسات المحظورة والمقيّدة للتنافس والأعمال المدبّرة والاتفاقات التي تصدر منها والتي تنوي بها إعاقة قانون العرض والطلب في السوق أو في جزء جوهري منه أو الحد منه أو الإخلال به، أي تسمح للمتعاقد الذي تتعامل معه بهذا.

إن الطابع الاقتصادي لأعمال الإدارة يتحدد بإعادة عرضها للأشغال والتوريدات والخدمات في السوق لبيعها للمستهلكين تحقيقا لأهداف تجارية ما يزيل عنها امتيازها كسلطة عامة فينعقد اختصاص مجلس المنافسة في أيّ إخطار بالخصومة ضدها من طرف صاحب الصفة والمصلحة لأن قواعد المنافسة تطبّق على الطالب الوسيط، أضف إلى ذلك الأشخاص المكلّفة بتسيير المرفق العام وفق عقود امتياز أو يسيّر الشخص العام مرفق في إطار صفقة ذات طابع صناعي وتجاري ومع ذلك يغلب على طلبات الإدارة الطابع الاقتصادي النهائي لأنه يستهلكها شخصيا أو يمنح خدمات لمستخدمي المرافق العمومية دون غرض تجاري فهنا يختص القضاء الإداري وليس مجلس المنافسة.[1]

ثم إن مجلس المنافسة مؤهل لاتخاذ تدابير مؤقتة بخصوص الممارسات المحظورة حسب مقتضيات الاستعجال بهدف تفادي وقوع ضرر جسيم للمؤسسة أو تفاقمه في حال سيرورة الإجراءات المعتادة أو الإضرار بالمصالح العامة الاقتصادية[2] حيث يرتبط تقدير مدى الضرر بمدى احتمالية وقوعه إذ تستند المادة إلى الضرر المحدق (بمعنى مؤكد الوقوع) وليس محتملا وحسب فضلا عن عدم إمكان إصلاحه إن وقع، فإن أصدر مجلس المنافسة قراره فإنه فوريّ التنفيذ ولا يوقفه الطعن.[3]

أشير إلى أنه وفي سنة 2014 أجريت بعض الدراسات لقواعد المنافسة الجزائري من طرف خبراء دوليين (UNUCED) بأن تجميد أنشطته لعشر سنوات وتغيير موقعه المؤسساتي من رئاسة الجمهورية إلى الوزارة الأولى إلى الوزارة المكلفة بالتجارة أنتج تأثيرات سلبية عليه من حيث الدور والمهام المكلف بها منذ رفع التجميد عليه عام 2013، أضف إليه عزوف مصالح تسجيل الشكاوى المرفوعة أمام المجلس والتابعة لوزارة التجارة عن التنسيق والتعاون معه رغم استفحال الاخطارات من المتضررين لمواجهة جرائم الأسواق الاقتصادية.[4]

---

[1] كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 94.

[2] نص المادة 47 من قانون 08-12.

[3] بوقندورة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 48.

[4] بوقندورة عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 49.

خاتمة:

تطرقتُ في هذا البحث لمسألة المنافسة الحرة والتي قد تقيّدها ممارسات مخالفة من طرف الأعوان الاقتصاديين حسب قانون المنافسة رقم 03-03 المعدل والمتمم، لكن هذا القانون وقانون الصفقات العمومية ربطا أحكامهما ببعض فيما يخص تلك الممارسات فلم يعد تشريع المنافسة يُعنى بالأعوان وحدهم كما لم يعد تشريع الصفقات يُعنى بالأجهزة الإدارية للدولة لوحدها، ورغم عدم وجود إحالة مباشرة من القانونين لبعض إلا أن موادهما تدل صراحةً على هذا الربط وبالتالي المقاربة بين القانون الخاص والعام، ومن هنا *أستنج* جملة من العناصر:

. أن الأعمال المحظورة التي تخالف قواعد القانون ترتب المتابعة سواءً صدرت من الأعوان الاقتصاديين والجهات المتعاقدة أو من الشخص العام نفسه.

. ينعقد الاختصاص لكل من مجلس المنافسة كهيئة إدارية مستقلة والقضاء الإداري والقضاء العادي سواءً تجاري أو جزائي كجهتين قضائيتين، حيث إن هذا الأخير يختص بالنظر في النشاطات الماسة بالتنافس الحر متى تأسست على طلب التعويض أو إبطال العقود والاتفاقات أو الحكم بالغرامة، أما مجلس المنافسة فينعقد له الاختصاص حينما يقوم المتعاملون الاقتصاديون بمخالفة قواعد قانون المنافسة من اتفاقات محظورة كالتواطؤ والتعسف في وضعية الهيمنة والتبعية الاقتصادية والتخفيض التعسفي للأسعار أضف إلى ذلك مراقبة التجميعات الاقتصادية والصفقات العمومية وتصرفات القائمين عليها بعد الإخطار شريطة عدم عرقلة المرفق العام عن أداء مهامه السيادية، في حين يختص القضاء الإداري بكل المسائل الإدارية المتعلقة بالصفقة من يوم الإعلان عنها إلى غاية الرسو النهائي وبالتالي يختص بمراقبة أنشطة الأشخاص العامة كاختصاص أصيل، أضف إلى ذلك اختصاص مجلس قضاء الجزائر في غرفته التجارية بالنظر في الطعون المرفوعة أمامه ضد قرارات مجلس المنافسة في حدّ ذاته عدا القرارت المتعلقة بالتجميعات الاقتصادية التي تتم أمام مجلس الدولة.

الممارسات المقيّدة للمنافسة بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية

-التقاطع بين القانون العام والقانون الخاص-

. يقرر قانون المنافسة وجوب تطبيق قواعده على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري سواءً صدرت من أشخاص طبيعية أو معنوية عمومية أو جمعيات ومنظمات مهنية (وفق القانون الخاص) كما يطبّق على الصفقات العمومية وفق شروط (وفق القانون العام).

. الصفقة هي عقد مكتوب يُبرم بمقابل بين المشتري العمومي الذي يسمى "المصلحة المتعاقدة" مع متعامل أو أكثر ويسمى "المتعامل المتعاقد" سواءً كان شخص طبيعي أو معنوي، فرد أو تجمع مؤقت لمجموعة من المؤسسات، بغرض تلبية احتياجات المرفق العام بخصوص الأشغال والخدمات واللوازم والدراسات.

. من منطلق ضرورة الربط بين الصفقة والمنافسة وتطبيق أحكام قانون المنافسة عليها منع المشرع الاتفاقات المحظورة والممارسات المعرقلة للمنافسة حين إبرام الصفقات أي تطبيق قواعد قانون المنافسة على الشراء العمومي من عمليات إنتاج واستيراد وتوزيع وخدمات والتي حصرها القانون رقم 95-06 قبل إلغائه من أجل معرفة حدود خضوع الشخص العام لتلك القواعد خصوصا وأنه يتدخل كطالب إنجاز معين وليس كعارض لمنتج في السوق.

. مبادئ الصفقات العمومية هي حرية الوصول للطلب العمومي، المساواة بين المتعهدين، وشفافية الإجراءات (المادة 05 من قانون 23-12)، أما مبادئ المنافسة فهي حرية الأسعار، حظر الممارسات المنافية للتنافس الحر، وتنظيم التجميعات الاقتصادية (المواد من 04-22 من قانون 03-03 المعدل والمتمم بـ 08-12).

. أخضع المشرع كلّ من الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات الخاضعة للقانون العام، المؤسسات الاقتصادية المكلفة بالإشراف المنتدب على المشروع من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، والمؤسسات الخاضعة لأحكام القانون التجاري لإنجاز عملية ممولة مباشرة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية سواءً كان التمويل كلّي أو جزئي لإجراءاته لقانون الصفقات، في حين اعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تصرفات الدولة والجماعات المحلية تحت سلطة القاضي الإداري (المعيار العضوي) بينما المادة 63 من قانون 08-12 المتعلق بالمنافسة جعلت من مجلس قضاء الجزائر يختص في الطعون المرفوعة أمامه ضد قرارات مجلس المنافسة المكلف بمراقبة الممارسات المقيدة للمنافسة الصادرة عن القائمين على إبرام الصفقة وبالتالي استبعاد اختصاص القاضي الإداري، فالتناقض القائم ليس بين تشريع الصفقات وتشريع المنافسة بل بين تشريع الإجراءات المدنية والإدارية وتشريع المنافسة، لكن لحل هذه الاشكالية أقول أن دور القضاء الإداري يقتصر على مراقبة مدى تطبيق الصفقة لمبادئ الشفافية والمساواة لنيل الطلب العام بحكم استعجالي لوقف النشاط المخالف أو إلغاء القرار الإداري غير المشروع بينما دور مجلس المنافسة يتحدد في كل مناقصة فيها مساس بالتنافس شريطة عدم عرقلته للمرفق العام كما يتعين على القاضي الإداري استشارة مجلس المنافسة في كل قضية لها علاقة بحق المنافسة. وهنا يمكن الاستدلال بـ "نظرية الأعمال

المنفصلة" التي تبناها القضاء الإداري الفرنسي حيث ينعقد الاختصاص لمجلس المنافسة متى قامت الإدارة بنشاط اقتصادي منفصل عن سلطاتها الإدارية العامة الهادفة لخدمة الصالح العام في حين يختص القضاء الإداري متى كان نشاط الإدارة يتسم بالطابع الإداري والمتصل بسلطتها العامة، ومن هنا يمكن القول أن المقاربة بين قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة للحدّ من الممارسات المقيّدة للتنافس والحفاظ على المال العام وإشباع الاحتياجات العامة هي أمر مستساغ فعليا وقد وُفّق المشرع إلى حدّ ما إلى تقنين ذلك رغم صعوبة التحكم في الأنشطة داخل الأسواق.

ومن جملة *الاقتراحات* المقدّمة إدراج مادة واضحة في كل من قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة توضح حدود اختصاص القضاء الإداري ومجلس المنافسة حتى لا يحدث خلط وتنازع في الاختصاص بين الهيئات القضائية والإدارية وبالنسبة لرافعي الدعوى كذلك، لأن تصحيح مسار التشريعات المعنية سيقيّد ويوضح البنود للتشريعات الأخرى أي أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلاً سيضطرّ للخروج من تطرّفه المنقاد نحو المعيار العضوي من منطلق قاعدة "الخاص يقيّد العام" ولا ريب أنه يُحبّذ تعديل بنوده هو الآخر.

أيضا وجوب الحرص على إصدار القوانين التنظيمية التي حاصرها المشرع في تعديله الأخير لقانون الصفقات بـ "القواعد العامة" خصوصا مسألة الرقمنة وتدعيمها عمليا بشتى السبل فضلا عن إلزام مصالح وزارة التجارة بالتعاون مع مجلس المنافسة لتكريس العدالة والشفافية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر

1) القانون رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل بالقانون رقم 08-12 والقانون رقم 10-05.
2) القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
3) القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-08.
4) القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية المعدّل والمتمم بموجب بالقانون رقم 22-13.
5) القانون رقم 23-12 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.
6) قوسم غالية، منع الاحتكار في قانون المنافسة الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 04، تيزي وزو، 2021.

7) كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائري للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 47، العدد 02، الجزائر، 2010.

8) لاكلي نادية، العقوبات الردعية للممارسات المقيدة للمنافسة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 04، وهران، 2015.

9) المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 المتضمن تحديد كيفيات الحصول على ترخيص بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة.

10) المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المحدد لشروط ممارسة البيع بالتخفيض.

11) المرسوم التنفيذي رقم 11-242 المتعلق بإنشاء النشرة الرسمية.

12) المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدّل بالمرسوم رقم 10-236 ثم بالمرسوم رقم 15-247 ينظّم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ثانيا: قائمة المراجع

1) أسياخ سمير، أهم مستجدات قانون الصفقات العمومية لسنة 2023، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 07، العدد 01، بجاية، 2023.

2) أكرور ميريام، التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة النشرة الرسمية للمنافسة (دورية تصدر عن مجلس المنافسة بالجزائر)، العدد 09، جامعة الجزائر 1، 2015.

3) بلغول عباس، المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي الجزائري 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 09، وهران 2، 2018.

4) بوقندورة عبد الحفيظ، المنافسة والأسعار، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر قانون أعمال، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2018/2017.

5) تياب نادية، أحميد هنية، تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية –بين النصوص القانونية والإشكالات التطبيقية-، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، تيزي وزو، 2021.

6) خلف الله كريمة، المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال،المجلد 01، العدد 01، قسنطينة 1، 2016.

7) زايدي أمال، قانون المنافسة، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر قانون أعمال، جامعة سطيف 2، الجزائر، 2016/2015.

8) عوالي بلال، دراسة مقارنة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية بين قانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاقتصاد الصناعي (خزارتك)، المجلد 14، العدد 01، البليدة 2، 2024.

9) عيسي بلفاضل، الاتفاقات المقيّدة للمنافسة في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد 4، الجلفة، 2021.