

الموازنة بين حماية المنافسة وتحقيق المصلحة العامة أثناء إبرام الصفقات العمومية

Balance between protecting competition and achieving the public interest during the conclusion of public deals

عزيز مختاري^{1*}، المركز الجامعي سي الحواس بركة، الجزائر،

aziz.mokhtari@cu-barika.dz

عبد الرحمان طويرات²، المركز الجامعي سي الحواس بركة، الجزائر،

abderrahmane.touirat@cu-barika.dz

تاريخ قبول المقال: 2023/11/09

تاريخ إرسال المقال: 2023/08/01

الملخص:

يسري قانون المنافسة على أشخاص القانون العام عند ممارستها للأنشطة الاقتصادية شأنها في ذلك شأن المؤسسات الخاصة، لكن تطبيق ذلك لا ينبغي أن يؤثر على ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة أو إعاقة سير المرفق العام، لذا نجد أن المشرع قد سعى إلى خلق نوع من التوازن بين الحفاظ على المنافسة في السوق من جهة وذلك عبر ضمان المساواة والشفافية في المعاملات عند إبرام الصفقات العمومية، وبين ضمان تمتع الإدارة بالامتيازات التي تجعلها في وضعية أفضلية على الخواص وكذا دعم الاقتصاد بصورة عامة من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، السوق، المنافسة، طلب العروض.

Abstract:

The competition law applies to public law persons when they engage in economic activities, as is the case with private institutions, but the application of this should not affect the administration's exercise of the privileges of public authority or impede the public utility, so we find that the legislator has sought to create a kind of balance between preserving Competition in the market on the one hand, by ensuring equality and transparency in transactions when concluding public deals, and ensuring that management enjoys the privileges that make it in a

*المؤلف المرسل: عزيز مختاري

position of preference over private individuals, as well as supporting the economy in general, on the other hand.

Key words : public deals, market, competition, bidding.

المقدمة:

إن الإصلاحات الجذرية التي بادرت بها الجزائر في سبيل تحسين مناخ الاعمال في الآونة الأخيرة كان لها انعكاس إيجابي على الاقتصاد الوطني باعتباره ركيزة أساسية من ركاز قوة الدولة، وقد تجسدت هذه الإصلاحات بمحاولة المشرع الجزائري لإعادة تنظيم الصفقات العمومية بالشكل الذي يجعلها تتناسب مع التغييرات الحاصلة في البلاد والمستندة على رؤية جديدة في ضبط الإجراءات والقواعد القانونية التي تحكم هذه الصفقات لضمان فعاليتها.

أهمية الدراسة:

إن الإدارات العامة، ومن أجل إشباع حاجياتها الأساسية تتجه إلى إبرام صفقات عمومية باعتبارها الأداة الأساسية للإنفاق العام في الدولة، فأولوية الأولويات بالنسبة لها هو السعي نحو تحقيق المصلحة العامة حتى ولو كان ذلك على حساب المتعاملين الاقتصاديين، اما بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين فيكون هدفهم الأساسي هو تحقيق الربح في المقام الأول حتى ولو كان على حساب تقديم خدمات جيدة للإدارة المتعاقدة، فالمصالح المتضاربة بين الأطراف ومحاولة التوفيق بينها تكون جديرة بالدراسة من طرفنا ضمن سياق محدد يؤكد تلك الرؤية الجديدة للمشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية والاقتصاد الوطني بصفة عامة.

أهداف الدراسة: وتتمثل أهم الأهداف فيما يلي

-محاولة إبراز مختلف الاجراءات القانونية الموضوعة بشكل مسبق والتي من شأنها أن تضمن حماية المال العام بالأساس وتلبية حاجيات الإدارة العامة.

-التحري عن مدى تجسيد المنافسة العادلة والنزاهة بين مقدمي العروض وفقا للمبدأ القاضي بحرية دخول المتنافسين إلى السوق لضمان المساواة بين كل المتعاملين خواصا كانوا أو عموميين وتجسيذا لفكرة عدم تحيز الادارة.

إن أهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع هي أسباب شخصية كون هذه الدراسة تندرج ضمن نطاق تخصصنا الأكاديمي، بالإضافة إلى أسباب موضوعية تتمثل في محاولة إضفاء لمسة جديدة على هذا الموضوع كونه كان ولا يزال موضوعا مهما لأطراف متعددة إدارة ومتعاملين اقتصاديين وغيرهم. انطلاقا مما سبق يمكننا طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع في ضمان حماية فعالة للمنافسة في إطار الصفقات العمومية؟ وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية كالتالي: ماهي الآليات التي تتم من خلالها إخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة؟ ما مدى خضوع الصفقات العمومية الى قانون المنافسة؟ لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي لمحاولة تحديد وابرار ماهية الصفقات العمومية وتمييزها عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى، وكذلك استخدمنا المنهج التحليلي من خلال محاولة تحليل النصوص القانونية المرتبطة بالصفقات العمومية والمنافسة.

لقد قسمنا هذه الدراسة الى مبحثين كالتالي

المبحث الأول: كفاءات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

المبحث الثاني: مدى الالتزام بقواعد المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية

المبحث الأول: كفاءات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

يسهر قانون المنافسة على تحديد شروط تطبيق قانون المنافسة في السوق، والعمل على مجابهة كل الممارسات التي تقيد المنافسة سواء كان ذلك في إطار العلاقات التي تجمع بين المتنافسين الخواص أو كان ذلك في إطار العلاقات التي يكون أحد أطرافها شخصا معنويا عاما في إطار الصفقات العمومية، ولكن لن يتحقق هذا الهدف إلا عبر تحديد مجال تنفيذ قانون المنافسة عند إبرام الإدارة للصفقات العمومية وهو ما سوف نتناوله في المطلب الأول، ثم إبراز شروط تنفيذ قانون المنافسة على الصفقات العمومية وهو ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مجال تطبيق المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية

يرتبط تطبيق قانون المنافسة ارتباطا مباشرا بالنشاط الاقتصادي سواء كان القائم به شخصا خاصا أو شخصا معنويا عاما، مما يجعل العقود المبرمة من الإدارات العامة خاضعة لهذا القانون لإمكانية تقييدها

للمنافسة لذلك وجب تحديد نوع العقد الإداري المعني بتدخل قانون المنافسة أولاً ثم تحديد المعايير المعتمدة لتدخل قانون المنافسة ثانياً.

أولاً-تحديد العقد الإداري المعني بتدخل قانون المنافسة:

لتحديد نوع العقد الإداري المعني بتدخل قانون المنافسة، كان لا بد من تمييزها عن باقي العقود أولاً ثم إبراز أقسام العقد الإداري.

1-تمييز الصفقة العمومية عن باقي العقود الأخرى:

تختلف الصفقات العمومية التي تبرمها المرافق العامة للدولة عن العقود التي يبرمها الخواص كالعقد المدني مثلاً، من عدة نواحي سواء من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية أو من حيث إجراءات إبرام العقد أو حتى من حيث الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع في حالة حدوثه بين أطراف العقد فيه، وذلك باعتبار أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود إدارية مكتوبة تبرم بين المصلحة المتعاقدة ومتعاملين اقتصاديين يشترط فيها أن يصل العقد إلى مبلغ معين والذي يحدد بحسب معطيات السوق الوطنية، على أن يكون الهدف المتوخى من الصفقة هو ضمان سير المرفق العام بشكل حسن وتسيير أمثل للمال العام.

وبناء على ما سبق، نجد أن العقود الإدارية تختلف عن العقود الخاصة في العديد من الميزات، كما أنها تختلف عن العقود الإدارية في حد ذاتها، لأن هذه الأخيرة لا تتم كلها في شكل صفقات عمومية، فالصفقة مرهونة بحد مالي معين وبأقسام معينة فيها بدقة، لذا نجد أن المشرع قد أخضعها لطرق إبرام خاصة وأحاطها بإجراءات معقدة غير مألوفة في القانون الخاص، كما أخضعها لرقابة خاصة سواء كانت داخلية أو خارجية، كما لم يتوانى المشرع في منح الإدارة المسؤولية عن إبرام الصفقة بعض السلطات الاستثنائية غير المألوفة ضمن العقود الأخرى، كما ميز الصفقة العمومية بشروط وإجراءات خاصة تنظمها.

2-أقسام الصفقات العمومية:

يطبق قانون المنافسة على جميع أنواع الصفقات العمومية مهما كان نوعها وفقاً للأشكال التي تم النص عليها ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق

العام¹، والتي تكون إما صفقات انجاز أشغال والتي تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة بهدف تحقيق المصلحة العامة، وذلك بعقد يربطها بمعامل معين من أجل تشييد منشأة أو أشغال بناء وغيرها، كما قد تقوم الإدارة من أجل الحصول على اللوازم التي تلبي حاجياتها الأساسية إلى إبرام صفقة لاقتناء اللوازم والتوريدات على أن لا يقل الثمن فيها عن اثني عشر مليون دينار جزائري شأنها شأن صفقات الإنجاز²، كما يمكن أن تلجأ الإدارة إلى إبرام صفقات أخرى تكون في شكل تقديم خدمة معينة عبر الدراسات التي تعتبرها ضرورية لإنجاز أشغال معينة ويحدد ثمنها بمبلغ لا يقل عن ستة مليون دينار جزائري، على أن يعود القيام بها إلى مهندسين وتقنيين متخصصين، كما قد تلجأ الإدارة إلى إبرام صفقات برامج والذي سيأخذ شكل اتفاقيات سنوية أو متعددة السنوات مع متعاملين وطنيين أو أجانب تتوفر فيهم مؤهلات تقنية ومادية³.

ثانيا- تحديد معايير تدخل قانون المنافسة في الصفقة العمومية:

يتدخل قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية وفق معيار زمني معين وفي إطار جغرافي محدد.

1- المعيار الزمني:

أخضع المشرع الجزائري تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية إلى قيود من حيث الزمان، بحيث جعل تنفيذه بصفة كاملة وحصرية في الفترة الممتدة ما بين نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة وفقا للمادة 2 من قانون 08-12 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم للأمر 03-403⁴، هذا ما يؤكد فرضية استبعاد قانون المنافسة من التطبيق بعد دخول الصفقة العمومية حيز التنفيذ واعتبار اختصاصه محدد زمنيا بوقت إعداد الصفقة وفقا لإجراء طلب العروض(المناقصة سابقا) أي قبل إمضاء العقد إلى غاية رسو الصفقة على أحد المترشحين لها.

2- المعيار الجغرافي:

¹ -المرسوم الرئاسي 15-247 مؤرخ في 16-09-2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج ر ج رقم 50 الصادرة بتاريخ 20-09-2015.

² -المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

³ - فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي العدد 5، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، سنة 2009، ص111.

⁴ -قانون 08-12 المؤرخ في 25-06-2008، ج ر ج ج 36، الصادرة بتاريخ: 02-07-2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة ج ر ج رقم 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

يعتبر السوق هو ذلك المكان الطبيعي التي تقوم ضمنه مختلف المؤسسات العارضة الوطنية والأجنبية منها بتقديم خدمات فيه، وبالتالي من الممكن لهذه المؤسسات في إطار تنفيذ استراتيجيتها أن ترتكب داخل هذا السوق ممارسات مخالفة لمبدأ التنافس الحر والنزيه، مما يستدعي بالضرورة تدخل قانون المنافسة عبر مختلف الآليات ذات الطابع العملي الموجودة من أجل التصدي لهذا النوع من الممارسات، وهو ما أشار إليه المشرع في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بذكر السوق كمكان الذي تقع فيه الممارسة المقيدة للمنافسة¹، لكن المقصود بالسوق في ظل قانون المنافسة وفقاً للمادة 3 فقرة ب ليس فقط الحيز الجغرافي بل كذلك وفقاً لما أطلق عليه في هذا القانون بسوق السلع والخدمات المعنية، وذلك يعني توافر شرط التماثل والتعويض في السلع، فتكون السلع متماثلة أو تعويضية بالنسبة للمستهلك لوجود خصائص متشابهة فيها من حيث الاستعمال والسعر والمنطقة الجغرافية وغيرها، وبالتالي تكون المنطقة الجغرافية عنصراً فقط من عناصر هذا السوق لا يمكن معه استبعاد العناصر الأخرى.

المطلب الثاني: إبراز شروط تنفيذ قانون المنافسة على الصفقات العمومية

كما هو معلوم أن قانون المنافسة هو قانون يطبق على الأشخاص المعنوية العامة شأنها شأن الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة، فدواعي المساواة بين الأشخاص الخاصة والعامة -والذي يعتبر من أهم المبادئ التي يستند عليها النظام الاقتصادي المتمتع بكامل الحرية- دفعت بالمشرع إلى إخضاع النشاطات التي تقوم بها الأشخاص المعنوية العامة والجمعيات والمنظمات ذات الطبيعة المهنية بغض النظر عن شكلها وهدفها أو وضعها القانوني إلى قانون المنافسة، وعليه من الواجب البحث عن الشروط المطلوبة لتطبيق هذا القانون.

أولاً-الشروط العامة لتطبيق قانون المنافسة:

ترتبط الشروط العامة اللازمة لتطبيق قانون المنافسة بصفة الشخص القائم بها من جهة وبطبيعة النشاطات الممارسة من طرفه من جهة أخرى.

1-صفة الشخص القائم بالنشاط الاقتصادي:

¹ - المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، المرجع السابق.

يأخذ الشخص الممارس للنشاط الاقتصادي طبقاً لقانون المنافسة شكل المؤسسة وذلك استناداً لما نصت عليه المادة 3 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فمصطلح المؤسسة يحتوي ضمنه على كل من الشخص الطبيعي والمعنوي، لكن هذا المصطلح في مجال الصفقات العمومية ينصرف بصفة مباشرة إلى الشخص المعنوي وعلى وجه الخصوص الشخص المعنوي العام منه.

لقد عدت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم¹ الأشخاص المعنوية العامة بحيث شملت كل من الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومختلف الهيئات العمومية ذات الطابع الوطني وكذا المنظمات المهنية ذات الامتداد الوطني، والتي بإمكانها عقد صفقات عمومية.

2- طبيعة النشاطات الخاضعة لقانون المنافسة:

لا ترتبط الشروط العامة لتطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بصفة الشخص القائم بها فحسب بل بطبيعة النشاط الاقتصادي الممارس من طرفه كذلك، فتشمل هذه النشاطات كل من الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد وفقاً لمعيار مادي يُعتمد في هذا التحديد، لكن بالمقابل من ذلك نجد أن تلك النشاطات ذات الدور الاجتماعي الصريح لا يكون لها تأثير على السوق الواجب حمايته، وبالتالي فهي لا تخضع لقانون المنافسة²، فوفقاً لهذا التمييز بين النشاطات فإن المرافق العامة التي تكون قريبة من السوق والتي تُمارس نشاطات الإنتاج والاستيراد والتوزيع... هي تلك المرافق الصناعية والتجارية لأنها أكثر المرافق ممارسة للنشاطات الاقتصادية.

ثانياً- الشروط الخاصة لتطبيق قانون المنافسة:

بالإضافة إلى الشروط العامة اللازمة لضمان سريان قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة نجد أن المشرع قد اشترط كذلك شروطاً خاصة تتعلق بالأساس بضرورة السهر على عدم مساس النشاط

¹ -قانون 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-

13 المؤرخ في 12-07-2022 ج ر ج ج رقم 48 الصادرة في 17-07-2022.

² -جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي

وزو، سنة 2012، ص18.

الاقتصادي بمهام المرفق العام ومع الحرص ألا يؤدي القيام به إلى إعاقة ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها التي تتمتع بها.

1- عدم المساس بمهام المرفق العام:

إن ممارسة الدولة لأنشطتها بشكل عام سواء تم ذلك عبر هيئاتها المركزية أو من خلال تلك الهيئات ذات الامتداد المحلي والتي تتبع في أصلها الهيئات المركزية، كأنشطة توزيع الكهرباء والغاز وغيرها هي اختصاصات تعود إليها بشكل حصري دون غيرها، لأن الإدارة في الأخير تسعى من خلالها إلى جعل المصلحة العامة هدفها المنشود دون أن يكون الربح مبتغاها الأساسي، فهي ملزمة بالاستمرارية في تقديم الخدمات حتى ولو كان ذلك بالمجان أو بمقابل مبالغ ضئيلة لا تساوي القيمة الحقيقية لثمن الخدمة المؤداة من المرفق العام مع ضمان المساواة في الاستفادة من هذه الخدمات للجميع، هذا ما يصعب على الأفراد القيام بها إلا إذا كان ذلك في إطار تفويض المرفق العام وبشرط تحقيق أرباح، كما أن المشاريع من هذا النوع تتطلب في الغالب مبالغ مالية كبيرة لتنفيذها.

قانون المنافسة هو قانون بأهداف اقتصادية واجتماعية، فهو يسعى إلى قيام اقتصاد فعال في الدولة الواحدة، على أن يضمن داخله رفاهية للمستهلك ولو تمت بطريق غير مباشر، أما القانون الإداري فهو قانون يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وعليه فيكون تغليب المصلحة العامة هو الأولى من تكريس المنافسة الحرة خاصة إذا ما تسببت هذه الأخيرة في إعاقة المرفق العام من أداء مهامه¹.

2- عدم إعاقة ممارسة امتيازات السلطة العامة:

إذا كان المرفق العام عبر ممثليه ملزماً بتقديم خدمات للمواطنين من جهة وتطبيق قواعد المنافسة من جهة أخرى فإن ذلك يبقى مرهوناً بعدم إعاقة ممارسة النشاط الاقتصادي من قبل الأعوان الاقتصاديين لامتيازات السلطة العامة، فبديهي لا يستطيع الأفراد القيام بنشاطات الدولة التقليدية كطبع النقود والعدالة لأنها تدخل ضمن ممارساتها لامتيازات السلطة العامة²، مما يخرجها من دائرة اختصاص قانون المنافسة بوجه

¹ -نصيرة قيراطي، تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، سنة 2015، ص.ص 109.110.

² -حاجي ابتسام، الضمانات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة الحرة في مادة الصفقات العمومية-دراسة على ضوء قانون المنافسة 12/08 وقانون الصفقات العمومية 247/15-مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8 العدد 2، جوان 2022، ص.235.

عام، لأنها مرافق عامة ذات طابع سيادي تهدف من ورائها الدولة لضمان إشباع حاجيات الجمهور وضمان إرساء المصلحة العامة للجميع مما يساهم في إبعادها عن كل المجالات التي من المحتمل أن يكون فيها خرق للعبة التنافسية داخل سوق معين.

وبالنتيجة لما سبق فالدولة عند سنّها للتشريعات التي تحد من خلالها من أسعار خدمات وبيع معينة، -حتى وإن كان ذلك من شأنه أن يقف حائلاً أمام تطبيق مبدأ أساسي من مبادئ المنافسة والمتمثل في ضمان حرية تحديد الأسعار وفقاً لمقتضيات السوق والمنطلق ابتداءً من قانون العرض والطلب-، لن يكون مبرراً كافياً أمام تدخل المشرع عبر قانون المنافسة لمنع هذه التصرفات لأن الدولة تسعى من وراء القيام بهذا الإجراء إلى الحماية المادية والمعنوية للمستهلك ومنع لكل أشكال المضاربة غير المشروعة وذلك طبقاً للمادة 5 من قانون المنافسة، وذلك عبر تحديد هوامش الربح وتسقيف أسعار بعض السلع التي تريد ضبطها حتى لو كان ذلك يتم بتجاوز حقيقي للمنافسة في السوق، دون أن يُشكل ذلك انتقاصاً من مبدأ تحرير الأسعار بل يعتبر التقييد تبعاً لذلك أمراً إلزامياً لمنع كل ما من شأنه أن يؤثر على الاقتصاد الوطني¹.

المبحث الثاني: مدى الالتزام بقواعد المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية

نظراً للأهمية التي تكتسبها المنافسة الحرة وأثرها على تنظيم السوق وقيامه على أسس سليمة، قد دفعت بالمشرع إلى تطبيق قواعد المنافسة على الإجراءات التي تنظم الصفقات العمومية وهو ما سوف نتناوله في المطلب الأول، لكن ذلك لا يتم بصورة مطلقة فقد جعل له المشرع مجموعة من الاستثناءات وهو ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: آليات أعمال مبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية

إن النظام الاقتصادي الحر يبدأ من منطلق ضرورة ضمان حرية المتعاملين الاقتصاديين في بلوغ الطلبات العمومية وذلك لن يحدث إلا عبر محاولة توفير شروط معينة تحقق منافسة نزيهة وحرّة بين المتعاملين عند إبرام الإدارة المتعاقدة للصفقات العمومية في جميع مراحل التعاقد وعبر تفعيل ضمانات حرية المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية.

¹-طالب محمد كريم، تقييد المنافسة عن طريق الأسعار، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017، ص104.

أولاً-تكريس مبدأ المنافسة الحرة اثناء إبرام الصفقات العمومية:

تخضع الصفقات العمومية للأحكام المتعلقة بقانون المنافسة وذلك في جميع المراحل التي يتم فيها انجاز الصفقة انطلاقاً من مرحلة التحضير للصفقة وصولاً إلى التصديق عليها أي من ذلك التاريخ الذي يتم فيه الإعلان عن طلب العروض (المناقصة) إلى غاية التاريخ الذي يتم فيه المنح النهائي للصفقة¹.

1-تجسيد المنافسة في مرحلة التحضير للصفقة:

تقوم الإدارة المتعاقدة وفقاً لسلطتها التقديرية التي تتمتع بها بتحديد احتياجاتها بدقة من حيث الطبيعة والكمية وفقاً لمواصفات تقنية معينة، وذلك تلبية للمصلحة العامة المطلوبة لضمان السيرورة الحسنة للمرفق العام، وهذا سيتحقق عبر القيام بآلية معينة لشراء السلع والخدمات تتمثل في إجراء طلب العروض، وذلك بتوجيه دعوة إلى المتنافسين لتقديم عروضهم المختلفة لانتقاء الأفضل منها من حيث الجودة والسعر بالاستناد في ذلك إلى جملة من المعايير والتي تتميز بطابع موضوعي في التقييم وبالصرامة الكاملة في أداء ذلك حتى يُضمن مجالاً واسعاً للإدارة في جعل العرض المقبول مطابقاً لمختلف الشروط وكل المواصفات المحددة سلفاً من قبل الإدارة الراغبة في التعاقد.

إن تجسيد المنافسة الحرة بين مختلف العارضين يتم عملياً بأسلوب طلب العروض المفتوح، لكون هذا الأسلوب سيؤدي لا محالة إلى السماح للجميع بتقديم عروضهم من دون تهميش أو إقصاء، فلا يقتصر العرض على فئة معينة من العارضين، كالعارضين التي تتوفر فيهم مهارات معينة أو أن الاقتصار يشمل منطقة معينة دون غيرها من باقي المناطق، ومع ذلك فأنا نجد المشرع قد خرج عن هذا الحياد بموجب المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 وفرض على العارض أن يكون مؤهلاً من الجانب القانوني والاقتصادي ومستجيباً لمتطلبات الإدارة المتعاقدة.

كما تتجسد المنافسة في مجال الصفقات العمومية كذلك عند مرحلة التحضير للصفقة وذلك عند إنجاز دفتر الشروط والذي تجهزه الإدارة المعنية بمحض إرادتها أمام طالبي التعاقد معها فتضع من خلاله قواعد واضحة للتنافس الحر بين مختلف مقدمي العروض².

¹ -المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة (المعدل والمتمم)، المرجع السابق.

² -بوبكر سعيدة، مبررات التجريم في الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة نيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، سنة 2020، ص64.

يعتبر دفتر الشروط في الصفقات العمومية كإجراء وقائي يهدف بالأساس إلى حماية المنافسة من كل ما يمس بها من إجماع من جهة ومنع لكل تبذير للمال العام من جهة أخرى، وتحقيقاً لهذه الأهداف قُسم دفتر الشروط إلى أنواع ثلاثة بحيث يختص كل واحد منها بمجال معين، فتكون وظيفة دفاتر الأحكام العامة كنوع أول من هذه الدفاتر هي تبيان الأحكام الإدارية الملزمة لأطراف الصفقات العمومية بمختلف مجالاتها¹، أما دور دفاتر التعليمات المشتركة هو التكفل بالجانب التقني المتعلق بالصفقات وما يجب أن تحتويه من شروط كتكملة لدور دفتر الأحكام العامة، كما تحدد فيه الأسعار والتسبيقات والكيفية التي تتم بها عملية التسديد، فيما يتمثل دور دفاتر التعليمات الخاصة -كنوع ثالث من دفاتر الشروط- في ضرورة احتوائه على مجموعة من الأحكام التي تجسد المنافسة والذي تقيد فيه شروطاً خاصة تتعلق بكل صفقة، وهذا ما يؤكد ذلك الإلزام الموجه من المشرع للمصالح المتعاقدة بأن تقوم هذه الأخيرة بإعداد دفاتر شروط تخضع للدراسة والتقييم وإلى موافقة من طرف لجان الصفقات، بحيث لا يسمح للإدارة بمناقشة تلك البنود الملزمة والموضوعة في دفاتر الشروط².

إن من شأن تطبيق كل القواعد السابقة الذكر أن يسمح لجميع المتعاملين الراغبين في الحصول على الصفقة من تقديم عروضهم، وإزالة كل خوف لديهم حول إمكانية إقصاء عروضهم من الإدارة المتعاقدة لسبب غير مذكور في دفاتر الشروط، فالعارضون إذن ملزمون بوضع ملفات ترشحهم في ظرف كبير مغلق بإحكام يتضمن عبارة تدل على عدم فتحه إلا من طرف اللجنة المختصة بفتح الأظرفة وكذا بتقييم العروض على أن يوضع بداخله ثلاثة أظرفة أخرى منفصلة عن بعضها البعض، يشمل الظرف الأول منها ملف الترشح والثاني على العرض التقني والثالث على العرض من الجانب المالي وذلك طبقاً للمادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247.

¹ -النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2018، ص80.

² -عبد الوهاب دراج، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سنة 2020، ص64.

2-تحقيق مبدأ المنافسة عند اعتماد الصفقة والتصديق عليها

بعد انتهاء المدة التي تم وضعها من طرف الإدارة المعنية بالتعاقد للمتعاملين من أجل تقديم عروضهم والتي تحتسب انطلاقاً من أول صدور للإعلان عن طلب العروض في النشرة الرسمية المتعلقة بالصفقات العمومية وفي الجرائد اليومية أو في البوابة المخصصة للصفقات العمومية على أن يكون هذا الأجل سارياً ابتداءً من اليوم اللاحق لهذا النشر إذا صادف آخر يوم للعرض يوم عطلة أو راحة قانونية¹، على أن تقوم الإدارة المتعاقدة في اليوم والساعة المحددين مسبقاً من طرفها بفتح العروض لاختيار الأفضل منها من حيث المزايا التي ستحققها من الجانب الاقتصادي والتي لن تكون فقط عن طريق السعر بل كذلك من حيث الجودة وآجال التنفيذ أو التسليم والخدمة ما بعد البيع وغيرها وذلك بما يصب في مصلحة الإدارة المتعاقدة بحسن اختيارها، فتقوم الإدارة بعد ذلك بإبلاغ الجميع بالمنح المؤقت للصفقة عبر الإعلان عنه في مختلف الجرائد التي تم من خلالها طلب العروض في حالة ما كان ذلك ممكناً وفقاً لما نصت عليه المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247.

بعدما يتم منح الصفقة بشكل مؤقت للمتعامل الذي يحترم عرضه كل الشروط المنصوص عليها ضمن دفاتر الشروط حينئذ فقط يُصبح العارض كمترشح لنيل الصفقة لكنه لا يعتبر مستحوذاً عليها بشكل رسمي إلا بعد إتمام مرحلة إرساء الصفقة والتي تكون عبر الإمضاء عليها من طرف السلطة المختصة بذلك، وعندها يكتسب العارض الصفقة ويتحول العقد حينئذ إلى عقد نهائي بعد رسو الصفقة على صاحبها²، فالصفقة إذن لا تصح إلا إذا وافق عليها الوزير في حالة ما كانت صفقة من صفقات الدولة، وموافقة مديرها العام أو مدير هذه المؤسسة العمومية لصفقات المؤسسات الخاصة بها، والوالي بالنسبة للصفقات المنجزة على مستوى الولاية، وكذا رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره الممثل القانوني للبلدية بالنسبة لصفقات البلدية وذلك وفقاً للمادة 4 المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره، فالسلطة المختصة المؤهلة للتوقيع على الصفقات إذن لها سلطة تقديرية في تقييم مدى جدية العرض المقدم لها، فعندما تلتزم عدم وجود

¹ - المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، -دراسة تشريعية وقضائية وفقهية-، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص131.

مؤشرات لتحقيق العرض للفعالية الاقتصادية أو القانونية المطلوبة ستقوم بالتصريح بعدم جدوى إجراء طلب العروض.

ثانيا- تفعيل ضمانات حرية المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية:

لتمكين المؤسسات الاقتصادية من ممارسة نشاطاتها بكل حرية وبدون قيود لن يتجسد في الميدان إلا بمثابة المشرع في وضع مجموعة من الضمانات الحقيقية للمنافسة الحرة والنزيهة والتي من شأنها أن تكرس حرية الوصول إلى الطلبات ذات الطابع العمومي انطلاقا من الشفافية والوضوح في الإجراءات إلى المساواة بين مختلف المتعاملين إلى الحياد التام من قبل الإدارة المتعاقدة.

1-المساواة:

إن من شأن حماية مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق خلق توازن طبيعي في السوق عبر تفعيل آليات العرض والطلب فيه، فيتم إذن الضبط الآلي للسوق والذي يقوم على فكرة اليد الخفية الحافظة للتوازن التلقائي للسوق¹.

يتحقق مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين من خلال تمكين الراغبين منهم في تقديم عروض من حقهم في الإعلام سواء بالموضوع والشروط المطلوبة في الصفقة على أن يتم ذلك بكل حيادية من الإدارة المتعاقدة ودون إقصاء أو تهميش لأي متعامل، فلا يمكن فرض شروط إضافية على عارض معين بعينه أو إعفاء متنافس آخر من بعض الشروط دون غيره من المترشحين الآخرين، كما لا يمكن للإدارة استخدام سلطاتها التقديرية في اختيار من تسمح له بتقديم عرضه ومن تستبعده، وإن تفعيل كل ذلك لن يتأتى إلى عبر آلية قانونية نص عليها المشرع الجزائري والتي تتمثل في إجراء إشهار للصفقة العمومية عبر إعلان الإدارة المتعاقدة عن نيتها في التعاقد ودعوة المتعاملين إلى المنافسة سواء تم ذلك بطريقة تقليدية عبر الصحف طبقا للإجراءات التي نصت عليها المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247، أو عبر وسائل حديثة للإعلان وهي النشر في البوابة الالكترونية المخصصة للصفقات العمومية وفقا لنص المادة 203 من المرسوم الرئاسي 15-247، لذلك فعدم القيام بالإعلان عن العروض والتزام الإدارة المتعاقدة بالسرية سيؤدي

¹-Menouer Mustapha, Droit de la concurrence, Edition Berti Alger, Algérie 2013, p14 .

دون أدنى شك إلى زعزعة الثقة القائمة بينها وبين المتعاملين الاقتصاديين بشكل يتنافى ومبدأ الحفاظ على المنافسة الحرة والنزاهة بين المتعاملين.

لقد أشار المشرع الجزائري إلى مختلف البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها الإعلان عن الصفقة حتى يتمكن كل مترشح للصفقة من الاضطلاع عليها بكل سهولة وتقديم عرض مقبول، كما ستمكنهم من تقدير قدرتهم وتقييم مدى توفرهم على الإمكانيات التي تسمح لهم من الخوض في المنافسة مع الآخرين من عدمها، وذلك من حيث الشروط الاقتصادية والمالية والتقنية المطلوبة وغيرها من الالتزامات، وما يجب التأكيد عليه أن عدم قيام المصلحة المتعاقدة بإجراء الإعلان يعتبر مخالفة صريحة لمواد قانون الصفقات العمومية وبالأخص نص المادة 65 منه.

2- مبدأ الشفافية:

في إطار سعي الدولة الجزائرية إلى عصرنه المرفق العام ومواكبة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة على مستوى المجتمع والمؤسسات على وجه الخصوص، نجد أن المشرع الجزائري قد حرص على إضفاء مبدأ أساسي من مبادئ المنافسة الحرة أثناء عقد الصفقات العمومية والذي يتمثل في مبدأ الشفافية حتى يضمن الحيادية والموضوعية في اختيار أفضل العروض المقدمة¹.

إن تحقيق مبدأ الشفافية في عقد الصفقات، قد جعلت المشرع يتجه إلى فرض إجراءات معينة على كل مصلحة متعاقدة، بحيث تستحدث بداخلها لجنة دائمة تُعنى بفتح الأظرفة يتمثل دورها بالأساس في حصر العروض التي تم قبولها من الجانب الشكلي أي أن دورها يتمثل في الرقابة على مختلف العروض قبل رسو الصفقة على أحد المترشحين لها، ثم تقوم بتقديمها للتقييم والذي يتم أمام لجنة مختصة أخرى تدعى لجنة تقييم العروض، على أن يتم إعلام مختلف العارضين مسبقا بساعة ويوم فتح الأظرفة إجباريا من طرف المصلحة المتعاقدة، وذلك حتى يتمكنوا هؤلاء العارضين من الحضور لعملية فتح الأظرفة أو إرسال ممثلين عنهم للرقابة على عملية تقييم العروض وذلك تكريسا لمزيد من الشفافية، لتنتهي العملية في الأخير بمنح

¹ - سلطاني نجوى، بوصنوبرة خليل، تأثير قانون المنافسة على المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22) افريل 2020، ص469.

الصفقة للمترشح الذي يقدم أفضل عرض بشكل يحصل فيه تناسب بين كل من الثمن والجودة، في انتظار مصادقة السلطة المختصة على قرار المنح ليصبح بذلك قرارا نهائيا.

المطلب الثاني: الاستثناءات المقيدة للمنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية

تتمتع الإدارة المتعاقدة بقدر معين من السلطة في اختيار المتعاملين الذي سيتقدمون للحصول على الصفقة، وذلك عبر إتباع أسلوب معين في اختيار المتعامل الفائز بالصفقة بشكل يخالف فيه أسلوب طلب العروض، وذلك انطلاقا من الترخيص الذي منحها إياه المشرع وتمكينها من الاضطلاع والاستعلام على قدرات المتعاملين المتقدمين للصفقة، فمراعاة لاعتبارات تتعلق بشكل أساسي بالمصلحة العامة وبتطوير الاقتصاد الوطني، دفع بالمشرع إلى السماح لها -ضمن هذا التوجه- من وضع قيود ترد في بعض الأحيان على حرية المنافسة، -حتى وإن أمكن اعتبار مصطلح القيود يشير إلى آليات لترقية المنافسة أكثر من مصطلح القيود بالمعنى الفعلي¹، وفي أحيان أخرى نجدها كاستثناءات تقع على مبدأ المساواة بين المتعاملين.

أولا-القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة:

لقد مكّن المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة من السلطة التي تسمح لها من وضع مجموعة من الضوابط القانونية التي تهدف في مجملها إلى ضمان توفير مواصفات معينة في المتنافس المترشح للصفقة، أو لحرمان البعض الآخر من التقدم إلى الصفقة العمومية سواء كان هذا الحرمان جزائيا أو مجرد إجراء وقائي².

1-التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية:

بالرغم من أن المشرع الجزائري اعتبر طلب العروض كأصل عام في إبرام الصفقات العمومية لأن من خلاله يتم تكريس التنافس الحر بين كل الراغبين في الحصول على الصفقة، لكن طول مدة الإجراءات وتعقيدها واشتراط لشكليات متعددة فيه، قد يجعل هذا الأسلوب غير متماشي مع مقتضيات المصلحة العامة

¹-محمد أمين بوالجديري، بوسعدية رؤوف، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الخامس، سنة 2019، ص59.

²-بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008، ص 26.

وفقد تفرض ظروف معينة السرعة في تلبية الاحتياجات العامة وتحرير الإدارة المتعاقدة من كل الشكليات المطلوبة في إجراء طلب العروض، وهو ما دفع بالمشروع إلى تبسيط الإجراءات وجعل التراضي كأسلوب آخر من أساليب إبرام هذه الصفقات العمومية، وهو ما ذكرته المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر بأن أسلوب التراضي هو ذلك الأسلوب الذي يتم فيه تخصيص الصفقة لمتعاقد واحد دون الالتزام بالشكلية المطلوبة في الدعوة للمنافسة، وذلك بالتخلي عن الأخذ بمبدأ إعلان وإشهار الصفقة¹.

قد يكون التراضي مجرد تراضي بسيط إذا وجد له ما يبرره طبقاً للمادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، فيفسر بوجود متعامل واحد يملك التكنولوجيا المطلوبة من طرف الإدارة المتعاقدة بصفة حصرية على أن يكون في وضعية احتكار لها، أو أن ذلك يعود لمجرد توفر ظرف الاستعجال والمربوط بأخطار محدقة باستثمار أو ملك معين أو لتزويد المواطن بالمواد المعتبرة أساسية بالنسبة إليهم لكن سيشترط في ذلك أن الإدارة المتعاقدة لم تكن لتتوقع هذه الاحتياجات أو أن تكون هناك ملاحظة من طرفها.

كما يمكن اللجوء إلى أسلوب التراضي إذا وجد ما يبرر ذلك ككون المشروع يعتبر بالنسبة للدولة الجزائرية ذو أولوية وقيمة خاصة لها، لكن سيشترط فيها بعض الشكليات الضرورية والمرتبطة بالأساس بالموافقة سلفاً من قبل مجلس الوزراء بشرط أن يتعدى مبلغ الصفقة فيها حاجز (10.000.000.000 دج)، وإلى اشتراط موافقة مجلس الحكومة فقط إذا كان المبلغ المخصص للصفقة يقل عن ذلك المبلغ المذكور آنفاً، كما يمكن للإدارة المتعاقدة أن تتجه إلى أسلوب آخر في عقد الصفقة وفق إجراءات التراضي كذلك لكن بعد الاستشارة إذا ما اتضح لها عدم جدية الدعوة إلى المنافسة أو أن الصفقة في حد ذاتها غير مشترط فيها اللجوء إلى المناقصة (طلب العروض حالياً) وذلك بعد تحديد قائمة اللوازم والخدمات وفقاً لقرار وزاري مشترك بين كل من الوزير المكلف بالمالية ووزير القطاع المعني².

2- إقصاء المتعاملين من الدخول في المنافسة:

إن من شأن فسخ مجال المنافسة أمام الجميع دون إحاطتها بمجموعة من الشروط القانونية أن يؤدي إلى التعسف في استعمال الحق في المنافسة بما يضر المنافسة في حد ذاتها، وهذا ما يفسر حرص المشروع

¹- لميز أمينة، لعرج سمير، الإجراءات المكيفة في إبرام الصفقات العمومية وأثرها على مبدأ حرية المنافسة على ضوء المرسوم الرئاسي 15/247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2021، ص 267.

²- المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

على إحاطة مبدأ حرية التنافس وتقديم العروض عند إبرام الصفقات العمومية بمجموعة من الضمانات والشروط والمذكورة بنص صريح في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن يترتب على عدم احترام هذه الشروط إقصاء المتعامل الاقتصادي من مجرد المشاركة في تقديم العروض المرتبطة بالصفقة العمومية فيكون هذا الإقصاء في بعض الأحيان مؤقتا وفي أحيان أخرى نهائيا لعدة أسباب سواء كانت لعدم وفاء المتعاملين بالالتزامات المتعلقة بعروضهم أو للغش أو لوضعيتهم المالية المعقدة كالمتعاملين المتواجدين في حالة إفلاس أو تصفية أو محل تسوية قضائية أو بسبب أنهم كانوا مسجلين ضمن البطاقة الوطنية المخصصة لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع في مجال الجباية والجمارك والتجارة وغير ذلك من الحالات التي ذكرها المشرع في نفس المادة.

إن من شأن إقصاء بعض العارضين من المشاركة في الصفقات العمومية -سواء كان لأسباب قانونية أو تنظيمية- أن يكرس المنافسة الشريفة بينهم خاصة في مجال الصفقات العمومية، فتكون للإدارة المتعاقدة حينئذ السلطة التقديرية في إصدار مقرر الإقصاء من الصفقة إذا ما توافقت مع حالة من الحالات المنصوص عليها ضمن قانون الصفقات العمومية، وكذا مع القرار الذي يحدد ترتيبات الإقصاء من الحق في المشاركة في تقديم العروض المتعلقة بالصفقات العمومية¹.

نظرا للخطر الذي يمكن أن يشكله قرار إقصاء المتعاملين من المشاركة في تقديم عروضهم على النحو الذي قد يؤدي معه إلى المساس بالمنافسة في حد ذاتها، خاصة أننا لما نرجع إلى قانون الصفقات العمومية والقرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية لم نجد فيه أي توضيح حول مختلف الإجراءات التي تُجبر الإدارة المتعاقدة بإتباعها من أجل إقصاء المتعاملين الاقتصاديين سواء من حيث الكيفية التي تتم بها عملية تبليغ المتعامل وكذا من حيث الآجال الواجب احترامها أو من حيث تمكين المتعامل المقصى من تقديم مبرراته وملاحظاته حول قرار إقصائه من الصفقة، هذا ما يجعل من رقابة القاضي الإداري على هذه القرارات تكون أكثر من ضرورية، حتى ولو لم تكن هناك أي إشارة إلى إمكانية الطعن ضمن قانون الصفقات العمومية والقرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات، لكن حق الشخص في اللجوء إلى القضاء يبقى مكرسا دستوريا فيسمح لكل من يجد نفسه متضررا من قرار

¹ - قرار وزاري، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ج ج رقم 17، الصادرة في: 16-03-2016،

الجزائر.

الإدارة اللجوء إلى الجهات القضائية صاحبة الاختصاص بالنظر في هذا النوع من المنازعات، فهو الذي يظهر بوضوح في قرار الإقصاء الذي يعتبر جزءا إداريا مؤثرا بالسلب على المركز القانوني للمتعامل الاقتصادي سواء عند رفض قرار ترشحه أو حتى عند مجرد عدم الرد على ترشحه بالسكوت والمفسر بالرفض¹، فتكون رقابة القاضي في هذه الحالة رقابة مستندة إلى مدى احترام الإدارة المصدرة لقرار الإقصاء لوجود حالة من الحالات الإقصاء المنصوص عليها قانونيا، ثم يتم الانتقال إلى البحث في مدى صحة التكييف القانوني الذي اعتمدته الإدارة للواقعة والتي بُني عليها القرار، فتكون مراقبة القاضي إذن لمدى صحة القرار في حد ذاته من الجانب القانوني، وذلك من حيث ما إذا كان معيبا بإحدى عيوب المشروعية كأن يكون القرار معيبا من حيث انعدام التسبب أو وجود انحراف في استعمال السلطة، وما يجب الإشارة إليه أيضا أن المشرع قد سمح بصريح العبارة للمتعامل المتعاقد الذي أقصي تلقائيا من الصفقة من الطعن أمام القضاء وذلك بموجب القرار المتعلق بتحديد كفاءات التسجيل والسحب من القائمة المعدة خصيصا للمتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية².

ثانيا- القيود الواردة على مبدأ المساواة:

بالرغم من الأهمية التي يكتسبها مبدأ المساواة المعتبر كمبدأ من المبادئ الأساسية المجسدة لقيام المنافسة وفق الأطر العادلة في السوق وهذا في مجال الصفقات العمومية، إلا أن المشرع قد أورد عليه بعض الاستثناءات والتي تفرضها بعض الظروف الواقعية والمنطقية سواء بحجز بعض الصفقات لبعض المؤسسات أو من حيث منح أفضلية للمؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية.

1- مبدأ الأفضلية الوطنية:

كقاعدة عامة فإن المشرع الجزائري لم يشكل ذلك الاستثناء الواضح عن ما تناولته مختلف التشريعات المقارنة بالنسبة لمبدأ منح أفضلية لمؤسساتها الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية عبر مختلف تشريعاتها المتعاقبة وذلك بمناسبة إبرام مختلف الصفقات الدولية التي تدعو عبرها الإدارة المتعاقدة الجزائرية

¹- فوزية هاشمي، النظام القانوني للإقصاء من المشاركة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، العدد 1، ماي 2021، ص 879.

²- قرار وزاري، يحدد كفاءات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ج ج رقم 17، الصادرة في: 16-03-2016.

المتعاملين الراغبين في المشاركة فيها للترشح، أما الصفقات الوطنية فلا تجد مجالا للتطبيق لها هنا لأن المقصود بالأفضلية يكون بين المؤسسات الوطنية والأجنبية وبالتالي سيخرج من هذا المبدأ كل المؤسسات الوطنية فيما بينها كأصل عام.

لقد أعطى المشرع من خلال المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247، هامشا من الأفضلية يقدر 25 % للمنتج الذي يكون ذو منشأ جزائري أو المؤسسات التي يعتبرها المشرع جزائرية بحيث يمتلك الجزائريون المقيمون فيها أغلبية رأسمالها، فلا يمكن للمؤسسات الأجنبية الاستفادة من هامش الأفضلية إلا في حالة أن قامت هذه الأخيرة بإنشاء تجمع مع مؤسسة جزائرية مع ضرورة وضع كل المبررات التي تبين حصص ومبالغ كل من المؤسسة الوطنية والمؤسسة الأجنبية.

لقد وضع المشرع ضمانة حمائية أخرى للمنتج المحلي على حساب المنتج المستورد حينما ألزم المصلحة المتعاقدة على إدراج تدابير في دفتر شروطها تضمن من خلالها الاستعانة بالمنتج المحلي الذي يكون معادلا للمنتج الأجنبي من حيث النوعية والجودة، مع عدم اللجوء إلى المناولة الأجنبية إذا كان في استطاعة المؤسسات الجزائرية تلبية احتياجات الإدارة المتعاقدة وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 85 الفقرة الأخيرة، بشرط أن لا تتجاوز المناولة الجزائرية 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة بحيث لا يحجب قيام المناول بالخدمات باعتباره فرع على الخدمات المقدمة من الأصل¹، فكل هذا من شأنه أن يكرس توجه المشرع إلى حماية المنتج الوطني وتدعيم المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية.

2- الصفقات المحجوزة:

لم يكتف المشرع الجزائري بمنح هامش أفضلية للمؤسسات ذات المنشئ والطبيعة الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية من أجل خلق حماية أكثر للمؤسسات الوطنية، بل اتجه كذلك إلى حماية بناء مؤسسات القطاع الخاص عبر سهر المصالح المعنية في الدولة على تخصيص بعض من صفقاتها للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة² وذلك كتشجيع منها لبعث الاقتصاد والنهوض به بصفة عامة وضمانا لاستمرارية هذه

¹-مقداد زينة، النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 1، سنة 2021، ص 371.

²-المادة 25 من قانون رقم 17-02 المؤرخ في: 10-01-2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج ر ج رقم 2 الصادر بتاريخ: 11-01-2017.

المؤسسات بصفة خاصة، وذلك عبر دعمها وتحفيزها على الدخول إلى السوق بالرغم من المقومات البسيطة التي تحوزها والتي تجعلها في غالب الأحيان غير قادرة على المنافسة خاصة أمام المؤسسات الضخمة صاحبة الإمكانيات المادية والتقنية الكبيرة، فمن شأن إحداث التوازن بين المؤسسات في السوق أن يبرر مشروعية تقوية المؤسسات الصغيرة ويجعلها تتمتع بأفضلية اتجاه المؤسسات الأخرى¹، بحيث قام المشرع بتمكينها من بعض الصفقات التي في قدرتها القيام بها وذلك في حدود 20% على أكثر تقدير من حجم الطلب العام دون أن تتجاوز المبالغ السنوية التي يتم منحها للمؤسسات الصغيرة حجم المبالغ التي حددتها المادة 87 في فقرتها الرابعة من المرسوم الرئاسي 15-247، ولضمان تحقيق ذلك فقد ألزم المشرع المصالح المتعاقدة بإبلاغ المصالح المختصة إقليمياً والمتمثلة في كل من الوكالة الوطنية المخصصة لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني الذي يعنى بالتأمين على البطالة والوكالة الوطنية المعنية بتطوير الاستثمار بمختلف الصفقات التي تم منحها للمؤسسات الصغيرة وذلك كل ثلاثة أشهر حسب كل حالة، على أن ترسل المعلومات الخاصة بكل حالة مع إشعار بالاستلام².

كما مكن المشرع الحرفين وفقاً للمادة 86 من المرسوم الرئاسي 15-247، من بعض حصص الخدمات والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بنشاطاتهم الحرفية والفنية ويتم تليبيتها بصفة حصرية، من طرفهم على أن يكون هذا الحرفي مسجلاً في سجل أعد خصيصاً للصناعات التقليدية والحرفية وأن يكون هذا الحرفي قد تولى بنفسه تنفيذ عمله وإدارة نشاطه وتسييره وفقاً لما ذهب إليه المشرع في المادة 10 من الأمر 01-96 المتعلق بالقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف.

خاتمة:

إن تمديد تطبيق قانون المنافسة ليشمل الصفقات العمومية لا يتم بشكل مطلق بل جعل لذلك حدود معينة مرتبطة بالأساس بالحفاظ على امتيازات السلطة العامة الممنوحة للإدارة العامة والناجمة عن سعيها

¹-بوحلايس إلهام، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ضمن قانون المنافسة وضعية أفضلية ذات تأثير مزدوج، مجلة العلوم الإنسانية، عدد46، المجلد ب، ديسمبر 2016، ص201.

²-عشاش حمزة، خضري حمزة، دور تنظيم الصفقات العمومية في النهوض بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، جوان 2021، ص1271.

لتحقيق المصلحة العامة وكذا للاعتبارات اقتصادية تتعلق بالنهوض بالاقتصاد الوطني عبر ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودعم قدرتها على المنافسة.

إن تنظيم عملية التنافس بين المتعاملين في مجال الصفقات العمومية يجب أن يساهم في الحفاظ على المال العام عن طريق منح الصفقات للمؤسسات التي تضمن حسن التنفيذ، وهذا لن يتأتى إذن إلا عبر اعتماد المنافسة كوسيلة مرتبطة من الجانب العملي بالتنسيق المضبوط للصفقات العمومية.

ولعل أهم التوصيات التي يمكن اقتراحها في هذا الشأن تتمثل في ضرورة تكريس تدخل قانون المنافسة بصورة بعدية أي بعد المنح النهائي للصفقة العمومية مما يُكسب هذا التدخل ذلك الطابع العلاجي، وبالتالي عدم الاكتفاء بالتدخل القبلي لقانون المنافسة لأنه يكتسب دور وقائي فقط يتم أثناء التحضير للصفقة إلى غاية المنح النهائي لها دون الانتقال إلى ما بعد الحصول على الصفقة.

ضرورة تبسيط الإجراءات في مجال الصفقات العمومية بالشكل الذي يضمن أكبر مشاركة من طرف العارضين وبالتالي خلق جو استثماري تنافسي تُحترم فيه القوانين والأعراف المعمول بها سواء من حيث تصرفات الإدارة نفسها أو المترشحين للصفقة.

قائمة المصادر والمراجع:

باللغة العربية:

أولاً-النصوص القانونية:

¹ - المرسوم الرئاسي 15-247 مؤرخ في 16-09-2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج رقم 50 الصادرة بتاريخ 20-09-2015.

² - قانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12-07-2022 ج ر ج رقم 48 الصادرة في 17-07-2022.

³ - قانون 08-12 المؤرخ في 25-06-2008، ج ر ج ج 36، الصادرة بتاريخ: 02-07-2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة ج ر ج رقم 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

⁴ - قرار وزاري، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ج رقم 17، الصادرة في: 16-03-2016، الجزائر.

⁵ - قرار وزاري، يحدد كفايات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ج رقم 17، الصادرة في: 16-03-2016.

⁶ - أمر 96-01 المؤرخ في 10-01-1996، المتعلق بالقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف ج ر ج العدد 3 الصادر في: 22-08-1996.

ثانياً-الكتب:

¹-النوي خوشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2018.

²-عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، -دراسة تشريعية وقضائية وفقهية-، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2007.

ثالثاً-الرسائل والمذكرات:

¹-جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة نيزي وزو، سنة 2012.

²- نصيرة قيراطي، تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، سنة 2015.

³- طالب محمد كريم، تقييد المنافسة عن طريق الأسعار، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017.

⁴- بوبكر سعيدة، مبررات التجريم في الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة نيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، سنة 2020.

⁵-عبد الوهاب دراج، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سنة 2020.

⁶-بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008.

رابعا-المقالات:

¹-فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي العدد 5، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، سنة 2009.

²- حاجي ابتسام، الضمانات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة الحرة في مادة الصفقات العمومية-دراسة على ضوء قانون المنافسة 12/08 وقانون الصفقات العمومية 247/15-مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8 العدد 2، جوان 2022.

³- سلطان نجوى، بوصنورة خليل، تأثير قانون المنافسة على المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22) افريل 2020.

⁴-محمد أمين بوالجديري، بوسعدية رؤوف، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكمل له في المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الخامس، سنة 2019.

⁵-لميز أمينة، لعرج سمير، الإجراءات المكيفة في إبرام الصفقات العمومية وأثرها على مبدأ حرية المنافسة على ضوء المرسوم الرئاسي 15/247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2021

⁶- فوزية هاشمي، النظام القانوني للإقصاء من المشاركة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، العدد 1، ماي 2021.

⁷-مقداد زينة، النظام القانوني للمناولة في الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 1، سنة 2021.

⁸-بوحلايس إلهام، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ضمن قانون المنافسة وضعية أفضلية ذات تأثير مزدوج، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 46، المجلد ب، ديسمبر 2016.

⁹-عشاش حمزة، خضري حمزة، دور تنظيم الصفقات العمومية في النهوض بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، جوان 2021.

باللغة الفرنسية:

¹Menouer Mustapha, Droit de la concurrence, Edition Berti Alger, Algérie 2013.