جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

إحترام مبدأ المنافسة الحرة في ظل إبرام الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة قانون الأعمال

تخصص القانون العام للأعمال

تحت إشراف الأستاذة:

براهمي فضيلة

من إعداد الطالبين:

قبيس ياسين

زقاع إلياس

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ ..... رئيساً

الأستاذة براهيمى فضيلة ..... أستاذة محاضرة ..... مشرفاً

الأستاذ ..... ممتحناً

السنة الجامعية

2013-2012

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من أعانني بكثير أو بقليل
لإنجازه:

إلى

الوالدين أطال الله في عمرهما.

إلى كل إخوتي وأخواتي.

كل الأهل والأقارب.

كل الزملاء والزميلات.

إلياس

إهداء

قد تعجز الكلمات عن إهداء هذا العمل المتواضع إلى كل من يستحقه، لذا أرجو أن لا أكون قد نسيت ذكر أحد قد ساهم بقليل أو بكثير في إعداد هذا العمل من كل نواحيه المادية و المعنوية

أهدي ثمرة جهدي وتعبي إلى:

الوالدين العزيزين أطال الله في عمرهما.

إلى كل إخوتي.

كل الأهل والأقارباء.

كل الزملاء والزميلات.

شكر وعرّفان

بادئ ذي بدء، نحمد الله عزّ وجلّ الذي أعاننا في إتمام هذه
المذكرة، ولنا الشرف أن نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذة
المحترمة "براهمي فضيلة" التي أشرفت على إعداد هذه المذكرة،
وساعدتنا في إنجازها بنصائحها وإرشاداتها القيمة، ولا شيء إلا
لجعل هذا العمل متكاملًا وفي مستوى المطلوب.
كما لا ننسى أن نخص بأسمى عبارات الشكر إلى كل من مد لنا
العون لإنجاز هذا العمل.

إلياس/ياسين

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

المختصر	المعنى
ب.س.ن	بدون سنة نشر
ج.ر	جريدة رسمية
د.س.م	بدون سنة مناقشة
د.م.ج	دار المطبوعات الجامعية.
ع	عدد
ص-ص	من الصفحة إلى الصفحة
ص	صفحة
ط	طبعة

ثانياً باللغة الفرنسية

Abréviation	Signification
N°	Numéro
Ed	Édition
Op.cit	Ouvrage précédemment cité
P	Page
p.p.	De la page à la page
Idem	Même ouvrage
Ibid	Même ouvrage de la même page.

مقدمة

تعتبر المنافسة الحرة من سنن الفطرة الكونية للبشر، الهدف منها التفوق في مجالات الأعمال والأنشطة أيا كانت طبيعتها، فالمنافسة لا زمت النشاط الإقتصادي حتى اتصفت بكونها أحد الشروط اللازمة لاحترافه.

والحقيقة التي لا نزاع فيها، أن المنافسة نوع من الحرية في مزاوله النشاط الإنساني بصفة عامة والنشاط الاقتصادي بصفة خاصة، فهي تعبير عن حرية الصناعة والتجارة التي يقصد منها حرية كل شخص في مزاوله أي نشاط من اختياره ودون رقابة أو ترخيص مسبق، بالتالي باتت المنافسة أمراً طبيعياً ومبدءاً أساسياً في عالم الاقتصاد، وهذا بعد أن تأكد أن حرية التجارة وحرية المنافسة وجهان لعملة واحدة. فإذا كانت المنافسة في حد ذاتها أمراً ضرورياً ومشروعاً فإن المنافسة لها حدود وقبود ينبغي على المتعاملين الاقتصاديين احترامها، وذلك بمراعاة أن تكون المنافسة في حدود القانون والعادات التجارية دون التعدي والمساس بحقوق المتنافسين الآخرين.

إن أغلبية الأنظمة القانونية تأخذ بمبدأ حرية المنافسة التي أخذت بتشريعات مناهضة للاتفاقيات
Législations anti-Trusts

إذ يقوم على ثرا فقهي قضائي تمتد جذوره إلى أواخر القرن 19، إبان صدور قانون شيرمان 1990 وما تلاه من تشريعات أهمها قانون كلايتون لسنة 1914، وبعد ذلك فإن العديد من الدول ذات الاقتصاد الحر إتبعن نفس المسار والتي أخذت بمثل هذه التشريعات مثل بريطانيا وألمانيا وغيرها، إلا أن المشرع الفرنسي قد تأخر في تنظيمه للمنافسة التجارية بشكل يواكب ما وصل إليه هذا العلم في دول النظام الأنجلوأمريكي، بحيث لم يحدث ذلك إلا بعد صدور مرسوم 09 أوت 1953 الذي أعد نظام أولي ومحدود.¹

إن ما تشهده الجزائر خلال السنوات الأخيرة من تحولات اقتصادية وسياسية لأسباب داخلية وخارجية، وتحولها من نظام اشتراكي مبني على الملكية العامة لوسائل لإنتاج ومركزية التخطيط إلى نظام اقتصاد حر يقدر الملكية الخاصة وحرية المنافسة بين المبادرات الفردية، أوجب على الجزائر إعادة النظر في مختلف مفاهيمها الاقتصادية وإيجاد الأطر الكفيلة لمسايرة هذه التحولات.²

¹-ناصرى نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 و الأمر 03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، جامعة مولود معمري، تيزيوزو، 2004، ص ص 1-2.

²-بوالخضرة نورة، مبدأ المنافسة الحرة في القطاع المصرفي الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون (فرع قانون إصلاحات إقتصادية)، جامعة جيجل، 2006، ص 1.

ولعل المنتبغ للحركة التشريعية في الجزائر بإمكانه ملاحظة إنعكاس هذا التحول، من خلال مجمل القوانين والأوامر الصادرة وذلك استجابة للانتقال من اقتصاد موجه إلى اقتصاد سوق يقوم على مبدأ حرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة.³

فتطبيق هذه الإصلاحات من طرف الجزائر أدى إلى بروز فرع جديد من فروع القانون العام، ألا وهو قانون المنافسة الذي تضمنه الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالمنافسة، فهذا الأمر جاء لوضع قواعد وأسس قانونية بدل التشريع القديم الخاص بالأسعار، بحيث تنص المادة الأولى منه على تنظيم وترقية المنافسة الحرة، وتبرز أهمية هذا القانون في كونه السبب الرئيس في الانتقال من نظام لتركز على الاقتصاد الموجه إلى نظام اقتصاد أين تسود فيه حرية المبادرة الخاصة، إذ يعدّ من النصوص الرسمية التي اعترفت ضمناً بمبدأ حرية المبادرة Liberté d'entreprendre قبل أن يكرسها دستور 16 نوفمبر 1996 بصفة صريحة، حيث تنص المادة 37 منه على أنه: «حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون».⁴ كما تم تدعيم هذا البرنامج الإصلاحي بإصدار أمر جديد متعلق بالمنافسة رقم 03/03 والذي يتضمن أسس قانون المنافسة وتنظيم قواعد حمايته، وجاء بعد ذلك تعديل قانون المنافسة لسنة 2008 و2010.⁵

وبذلك فقد رافقت عملية سن سياسة المنافسة الحرة في الجزائر تغيير جذري في مميزات الاقتصاد الجزائري، ومن بينها التغيير الذي أحدثه المضرع في مجال الصفقات العمومية، الذي أدرجه ضمن قواعد قانون المنافسة وذلك بنص المادة 2 من قانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة في نصه: «تطبق أحكام هذا الأمر على... الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة»، وهو المجال الذي يهمننا في هذه الدراسة.

إن أعمال المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية باستخدام الموارد العمومية استخداماً عقلانياً ورشيداً، ويضفي على طلباتها قدراً من

³ - لخضاري أعمار، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافية في القانونين لجزائري و الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (فرع قانون الأعمال)، جامعة تيزي وزو، 2004 ص2.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 483/96 مؤرخ في 07 نوفمبر 1996، يتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر ع 09.

⁵ - جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون أعمال)، جامعة تيزي وزو، 2012، ص4.

الشفافية، وهي كذلك بما تتيحه للمؤسسات من فرص الوصول لتلك الطلبات تعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقها المشروعة في ممارسة حرية التجارة والمنافسة.⁶

وعليه فقد أولى المشرع لموضوع احترام مبدأ المنافسة الحرة في عملية الصفقات العمومية الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالمنافسة والتسابق لنيل الطلبات العمومية، وقانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين.

وبالرغم من أن النصين القانونيين معا لم يتضمنا أي مقتضى للربط بين أحكامهما إلا أنه 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 العمومية مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل قانون خاص بالنشاط الاقتصادي، وفي مقابل هذا فقد عمد المشرع إلى ادراج أحكام تنتمي إلى القانون العام في صلب قانون المنافسة الذي يحكم النشاط الاقتصادي والتجاري بقصد اضافة المزيد من الحماية بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية.⁷

وجاءت مختلف الأهداف التي جذبتنا لاختيار دراسة مبدأ المنافسة الحرة وضمان احترامه في إبرام الصفقات العمومية في عدة نقاط أهمها:

أولاً: كون احترام مبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية يدل على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق آليات السوق والحرية الاقتصادية، وهذا بتكريسها في أجهزة الدولة وإدخالها في المجال الإداري، ومن ثمة إلزام الأشخاص العامة باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية.

ثانياً: الاستغلال العقلاني للأموال والنفقات العامة، ولا يكون ذلك إلا عن طريق حظر الإخلال بتنظيم الصفقات العمومية سواء كان بفعل المقاولات أو الشخص العام الإداري.

ثالثاً: استجابة تدخل المحاكم الإدارية والقضاء ومجلس المنافسة بقمع هذا الإخلال.

⁶- كـتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2، 2010، ص ص73-101.

⁷- كـتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص ص73-101.

على أساس ما تقدم، وبالنظر إلى أهمية كل هذه الأهداف، توصلنا إلى طرح إشكال حول إلزامية المصلحة المتعاقدة في احترام مبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية والآثار المترتبة في حالة الإخلال بذلك؟

وفي هذا الصدد لجأنا في دراستنا إلى تقسيم مذكرتنا إلى فصلين، إذ خصصنا الفصل الأول في تطبيقات مبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية وذلك بتبيان الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة، وبعد ذلك دراسة مختلف المراحل والإجراءات التي تمر بها الصفقة العمومية.

أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية، سواء كان عن طريق الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة أو عن طريق جرائم الفساد في إبرام الصفقات العمومية، وتبيان مختلف القوانين والأجهزة التي تقمع هذا الإخلال.

الفصل الأول:

تطبيقات مبدأ المنافسة الحرة في إبرام

الصفقات العمومية

تعتبر المنافسة الحرة نوع من الحرية في مزاوله النشاطات الإنسانية عامة والاقتصادية خاصة، ومن أجل ذلك اعترف بها القانون وعمل على حمايتها.

فأغلبية الأنظمة الحديثة تتبنى الاقتصاد الليبرالي القائم على حرية العرض والطلب والذي يترتب عنه الأخذ بمبدأ حرية المنافسة في الأسواق الاقتصادية، وبذلك تعتبر المنافسة الوسيلة الأساسية التي تدفع بإقتصاد السوق إلى أعلى مقاماته بغية إزالة كل العقبات والعراقيل التي تحول دون الدخول إلى مختلف الميادين والقطاعات الاقتصادية.⁸

إن ظهور مبدأ المنافسة الحرة وتكريسه في مختلف تشريعات الدول المعاصرة أدى إلى إستدراجه في عدة مواضيع ومجالات ومن بينها مجال الصفقات العمومية، فإعمال هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية.

وقد ركّزنا في دراستنا في هذا الجزء من البحث على كيفية إدراج مبدأ المنافسة الحرة ضمن إطار الصفقات العمومية (مبحث الأول)، بالإضافة إلى تبيان مظاهر إحترام هذا المبدأ في إطار إبرام الصفقات العمومية (مبحث الثاني).

⁸- بو الخضرة نورة، المرجع السابق، ص 9

المبحث الأول: علاقة الصفقات العمومية بمبدأ المنافسة الحرة

تتجلى علاقة الصفقات العمومية بمبدأ المنافسة الحرة من خلال تكريس مبدأ المنافسة الحرة في مختلف المراحل التي تمرّ بها الصفقات العمومية، ولا يتحقق هذا الأمر إلا من خلال البحث في مدى خضوع هذه الأخيرة لمبدأ المنافسة الحرة، وبهذا الصدد سوف نحاول أن نتناول مفهوم المنافسة الحرة والصفقات العمومية (مطلب أول)، ومن ثمة نتطرق إلى مدى خضوع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم مبدأ المنافسة الحرة والصفقات العمومية

أصبحت المنافسة الحرة صبغة يصعب بها عامل الأعمال بمختلف أنشطته وميادينه وأيا كانت طبيعته، والصفة العمومية هي عقد إداري يمارسه وفق مراحل وإجراءات لا بد أن تكون ممارسة وفقاً لمبدأ المنافسة الحرة.

وللإحاطة بمفهوم مبدأ المنافسة الحرة والصفقات العمومية لا بد من وضع تعريف لمبدأ المنافسة الحرة (فرع أول) وكذلك تعريف الصفقات العمومية (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف مبدأ المنافسة الحرة

لقد باتت المنافسة الحرة أمراً طبيعياً أساسياً في عالم الإقتصاد بعد أن أصبحت معبّرة عن ديمقراطية النشاط الإقتصادي، لذلك سوف نبين اهتمام القانونيين والإقتصاديين بهذا المبدأ (أولاً)، ثم نتطرق إلى نظريات تقليدية وحديثة تبين التطور الذي مرّ به هذا المبدأ (ثانياً) والنظم⁹ إليها كهدف وغاية يعمل على تحقيقه (ثالثاً).

أولاً: التعريف القانوني والإقتصادي

المنافسة نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التفوق والمنافس تقابل التنافس، ففي القرآن الكريم بعد التصوير القرآني للنعم التي يلقاها المؤمنون حثهم الله سبحانه وتعالى - على التنافس في عمل الخير حتى ينالوها، فنقول الآية الكريمة: «خاتمه مسك وفي ذلك فليتنافس المتنافسون»¹⁰، وفي ذلك اختلفت التعاريف في شأن مفهوم المنافسة لتصب في أن المنافسة عبارة عن تلاحم أو تضارب للمصالح لنجدها في نهاية الأمر مقسمة بين اتجاهين أحدهما قانونيو الآخر اقتصادي.

⁹- بو الخضرة نورة، المرجع السابق، ص10.

¹⁰- الآية: 26 من سورة المطففين.

1. التعريف القانوني

استعمل مصطلح المنافسة في بادئ الأمر في التعبير القانوني الكلاسيكي بمعنى التسابق، أي تسابق الدائنين في ترتيبهم لاستيفاء ديونهم لدى المدين المفلس، ولم يعرف النور بشكله الحالي إلى في بدايات القرن الـ19م، حيث اضطرت بعض الدول للتدخل أمام المؤسسات الاقتصادية الكبيرة نظراً لتعسفها في الهيمنة، وهو الأمر الذي قامت به الولايات المتحدة الأمريكية البائدة إلى وضع قانون Shanon-act سنة 1890 وقانون Clatyonact سنة 1914، وذلك بهدف ضمان السير الحسن للسوق.¹¹

كذلك صدور الأمر المؤرخ في 09 أوت 1953 فرنسا وانتشرت بعد ذلك مختلف التشريعات المتعلقة بحماية المنافسة لتصبح على ما هو عليه اليوم في مختلف دول العالم.¹²

أما التشريع الجزائري فقد تناول موضوع المنافسة الحرة أول مرة من خلال قانون 89-12 المتعلق بالأسعار لسنة 1989، فبالرغم من أنه لا يعرف المنافسة بشكل صريح إلا أنه نظم جميع المخالفات المتعلقة بقانون المنافسة¹³، بعد ذلك جاء أول قانون للمنافسة في 25 جانفي 1995 والذي نظم المنافسة الحرة بصفة صريحة¹⁴، إلى أن جاء دستور 1996، حيث نصت المادة 37 منه على: «حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون»، فالمشرع منح حرية المنافسة للأشخاص مع مراعاة قوانين التجارة والضبط الاقتصادي، وبد ذلك جاءت عدة تعديلات لقانون المنافسة لسنوات 2003-2008-2010¹⁵، وتبقى في مدلولها القانوني العام تعني المزاحمة القائمة على الملكية الخاصة وحرية التجارة والصناعة.

يتبين لنا بأن المنافسة الحرة لم يقدم لها تعريفاً قانونياً جامعاً ومانعاً وإنما كانت الإشارة إليها بالمفهوم العكسي والسلبى ويتضح ذلك من خلال معاقبة مختلف التشريعات للممارسات المقيدة والمنافية للمنافسة.¹⁶

2. التعريف الإقتصادي

لقد أثار مبدأ المنافسة الحرة منذ القرن 19 اختلافاً وجدالاً واسعاً بين مختلف المدارس الاقتصادية،

¹¹ - بو الخضر نورة، المرجع السابق، ص ص 10-11.

¹² - المرجع نفسه، ص ص 12-13.

¹³ - قانون رقم 89-12 مؤرخ في 5 جويلية 1989 يتعلق بالأسعار، ج ر ع 29 مؤرخ في 19 جويلية 1989، ملغى.

¹⁴ - أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 9 مؤرخ في 22 فيفري 1995، ملغى.

¹⁵ - ZOUAIMIA Rachid, Remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien, revue El Mouhamat, n°2, décembre 2004, p35.

¹⁶ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص ص 08.

فهناك من ينظر إلى المنافسة من خلال أشخاصها، وهناك أيضا من ينظر إليها من حيث موضوعها.

ولقد عرف "أدم سميث Adam Smith" المنافسة الحرة بأنها: «تعبير عن نوع معين من السلوك أو بالأحرى استعداد ذهني لتكون بذلك المنافسة مفيدة في حد ذاتها فتؤدي آثارها بصفة طبيعية إلى استفادة الجميع، لتحقيق المنفعة العامة والصالح العام في نهاية الأمر».¹⁷

واستناداً إلى قول "أدم سميث" «دعه يعمل أتركه يمر»، فعلى الدولة ألا تتدخل من أجل تنظيم الاقتصاد كوضع قواعد قانونية تعيق المبادرة الفردية وحريتها، إلا أن ذلك لا يمنع الدولة من وضع بعض القيود العامة كـ بعض القوانين التي تكون ضد المنافسة غير المشروعة لضمان التعامل النزيه في مختلف النشاطات الاقتصادية.¹⁸

إن تحقيق المنافسة الحرة لا بد أن يكون مرغوبا فيه بشدة، فالدولة التي تنتج النظام الرأسمالي تقوم بغرض قوانين تتدخل من خلالها لتنظيم قواعد المنافسة الحرة، وبناء على ذلك ظهر اتجاه حديث من علماء الاقتصاد ينادي بضرورة تقييد المنافسة بجملة من الشروط تهدف إلى منع الإساءات المترتبة عن الاستعمال غير المشروع لهذه المنافسة، مما أفقدها خاصية المزاحمة والتسابق وبذل الجهد للتفوق على المتنافسين الآخرين.¹⁹

ثانياً: تطور مبدأ المنافسة الحرة

تبدو فكرة المنافسة واضحة حينما ينظر إليها كسلوك أو أداء من أجل التفوق في مجالات الأعمال والأنشطة الاقتصادية، فكان ينظر إليها في القرن 18 على أنها أحد الشروط اللازمة لاحتراف النشاط الاقتصادي، إلا أن الاقتصاديون المعاصرون قد نادوا بضرورة التمسك بالمفهوم الديناميكي والفعال للمنافسة، ليشكل هذا الطرح محور بحث مستمر لدى عدد كبير من علماء الاقتصاد.

1. المنافسة التامة أو الكاملة

على الرغم من اختلاف فقهاء الإقتصاد حول إمكانية وجود ما يسمى بالمنافسة التامة في الحياة الكاملة، إلا أنها تعتبر من إحدى الأركان العامة في اقتصاديات السوق فهي تتسم بافتراض وجود عدد كبير من البائعين والمشتريين ببعضهم البعض، فحتى تتم المنافسة التامة يجب أن تتجه جميع²⁰

¹⁷ - بو الخضرة نورة، المرجع السابق، ص 14-15.

¹⁸ - حسين عبد الحميد، أحمد رشوان، (الإقتصاد، دراسة في علم الاجتماع الإقتصادي)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002، ص 163.

¹⁹ - MOUSSERON (JM)-SELINNSKY (V), le droit Français nouveau de la concurrence, 2^{ème} éd, Paris, 1988, p7.

²⁰ - بو الخضرة نورة، المرجع السابق، ص 17-18.

المؤسسات الإنتاجية إلى إنتاج سلع متجانسة أو خدمات متشابهة، وبذلك لا يشعر المستهلك بوجود أي فارق بين سلعتين مثلاً، ما يجب أن يتعرف المتعاملين في السلعة بظروف السوق وحرية انتقال المواد الإنتاجية وانعدام نفقات نقل السلع²¹، وبهذه الظروف نستبعد ظهور فروق أسعار أو اختلاف أسعار المواد الإنتاجية بين المنشآت أو ظهور نفقات السلع، وعلى هذا الأساس يمكن الوصول إلى تحقيق منافسة كاملة خالية من العيوب.²²

2. المنافسة الفعلية أو الفعالة

المنافسة الفعلية أو الفعالة هي عبارة عن منافسة في سوق تبقى مفتوحة، حيث تترجم فيه تعديلات العرض والطلب والأسعار، وحيث لا يكون الإنتاج والمبادلات محددة إصطناعياً، وممارسة النشاط الإقتصادي في ظروف مماثلة حيث تكون المنافسة ممكنة للجميع، فالمنافسة الفعالة تتصف بحرية النشاط وسرعة اتخاذ القرارات لملاحظة المتغيرات المحلية والعالمية والإقتصادية والإجتماعية²³، لهذا وجب النظر إلى المنافسة نظرة ديناميكية متطورة، ففهم المنافسة الحرة كما تتادي به نظرية المنافسة التامة أمر يخالف الحقائق الإقتصادية المتعارف عليها.²⁴

ومعايير المنافسة الفعلية باعتبارها متطورة تتمثل حسب ما يراه مجلس المنافسة الفرنسي في احترام شرط استقلال قرارات المؤسسات المتواجدة في السوق، واحترام شرط عدم علم المنافس بقرارات الإستراتيجية، وعدم إقامة حواجز أمام الراغبين في الدخول إلى السوق.²⁵

ويترتب على اعتبار المنافسة مساراً متطوراً لجوء السلطات المكلفة إلى منع بعض الممارسات الصادرة عن المؤسسات بصورة مطلقة وآلية حتى وإن بدت لا تتماشى مع مقتضيات السوق التنافسي، ذلك أن الواقع قد يجبر المؤسسات على إقامة علاقات تنظيمية جد معقدة فيما بينها كعلاقات التعاون والإندماج.

غير أنه لا ينبغي أن تشكل درجة التركيز عائقاً أمام دخول المتنافسين إلى السوق²⁶

²¹ - بوالخضرة نورة، المرجع السابق، ص ص 17-18.

²² - Marie-Anne FRISON-Roche, MARIE-STEPHANE PAYET, droit de la concurrence, édition DALLOZ, Paris, 2006, p31.

²³ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 37.

²⁴ - بوالخضرة نورة، المرجع السابق، ص 20.

²⁵ - MALAURIE-VIGNAL (M), droit interne de la concurrence, ArmondCollin, Paris, 1996, p26.

²⁶ - بوالخضرة نورة، المرجع السابق، ص 20.

ثالثاً: أهداف المنافسة الحرة في التشريع الجزائري

بالرجوع إلى المادة الأولى من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على هدفين أساسيين للمنافسة الحرة وهما زيادة الفعالية الاقتصادية وهو هدف اقتصادي وتحسين معيشة المستهلكين وهو هدف اجتماعي "يهدف هذا الأمر إلى تنظيم المنافسة الحرة وترقيتها وإلى تحديد قواعد حمايتها قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين"²⁷، فالمنافسة حسب هذه المادة ما هي إلا وسيلة لبلوغ الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين، وهي ليست الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذه الأهداف، بل هناك وسائل أخرى تساهم بدورها في تحقيق ذلك بدليل أن المشرع استعمل عبارة زيادة الفعالية الاقتصادية وذلك للإشارة إلى أن تحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين مستوى معيشة المستهلكين لا تتوقف على المنافسة وحدها بل يمكن أن تساهم عوامل أخرى في التنمية الاقتصادية ورفاهية المستهلكين.²⁸

ويلاحظ أن المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة قد جاء بتعديل طفيف للمادة الأولى من قانون 95-06، حيث نص على أنه: «يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل الممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين».²⁹

وفي الأخير نلاحظ أن تحديد أهداف المنافسة بواسطة القانون يقضي على الخلاف الفقهي حول الأهداف الأولى للمنافسة، حيث أن هناك من الفقه من يعتبر أن هدفها الأول اقتصادي وهناك أيضاً من الفقه يرى أن هدفها الأول اجتماعي، غير أن الغاية النهائية للتقدم الاقتصادي هو تحسين معيشة المستهلكين.

²⁷ - أمر رقم 95-06، المرجع السابق، ملغى.

²⁸ - بوالخضرة نورة، المرجع السابق، ص56.

تجدر الإشارة إلى أن بو الخضرة نورة قد أشارت في مذكرتها إلى رأي الاستاذ الدكتور كتو محمد الشريف الذي يرى أن هذه الأهداف لا تخرج عن الأهداف العامة التي حددتها المادة 31 من الدستور والتي يجب تسعى مؤسسات الدولة إلى تجسيدها: «تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة المؤسسات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية».

أنظر: بو الخضرة نورة، نفس المرجع، ص56.

²⁹ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43.

وعلى أي حال فهما اختلفت الأهداف المنتظرة من المنافسة الحرة فإن غالبية الدول تقرّ بأهمية المنافسة الساعية إلى تحقيق التقدم الاقتصادي، وذلك يتوقف على الإقرار بمبدأ أساسي وهو مبدأ حرية التجارة والصناعة.³⁰

الفرع الثاني: تعريف الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع المهمة بالنسبة للمؤسسات العمومية التي تحكمها العديد من الشروط المحددة من طرف الدولة، ويهدف التحكم في مصطلح الصفقات العمومية لابد من إعطاء تعريف لها، ويتضح لنا تعريف الصفقات العمومية من خلال التطرف إلى تعريف المشرع الجزائري للصفقات العمومية (أولا)، ثم تمييزها عن بعض العقود الأخرى (ثانيا).

أولا: تعريف المشرع الجزائري للصفقات العمومية

لقد نصت المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم على أن: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة».

إن الصفقة العمومية هي عقد مكتوب بين طرفين أو أكثر يلتزم فيه الأطراف بتنفيذ ما تم الإتفاق عليه، والعقد شريعة المتعاقدين فهو القانون الذي يحكم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، هذا كما ينص عليه القانون المدني الجزائري.³¹

فحسب المادة 4 أعلاه الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، فالمشرع الجزائري اشترط الكتابة عند إبرام الصفقات العمومية، وتبرم وفق شروط محددة ومنصوص عليها في المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، وذلك بهدف انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات وهذا لحساب المصلحة المتعاقدة.³²

³⁰-BINAGNIE (A), Principes de concurrence, Economica, Paris, 1998, p 316 et s.

³¹- نسيخة فيصل، "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها"، مجلة الإجتهد القضائي، عدد 5، ب س ن، ص 110-130.

³²- أنظر المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 28 شوال 1431، الموافق لـ 7 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 2 معدّل ومتمّم.

ثانياً: تمييز الصفقات العمومية عن باقي العقود الأخرى

مما لا شك فيه أن الصفقات العمومية تختلف عن سائر العقود الأخرى سواء كانت عقود إدارية أو عقود خاضعة للقانون الخاص، إذ ما يعدّ صالحاً للأفراد لا يكون كذلك لجهات الإدارة، كما أن الصفقات العمومية تكلف خزينة الدولة أصولاً وأعباء كبيرة، لذا يجب أن تخضع لأحكام مقيدة.³³

1. تمييز الصفقات العمومية عن العقود الإدارية الأخرى

يمكن تمييز الصفقات العمومية عن العقود الإدارية الأخرى من خلال التطرق إلى عدة معايير.

✓ أول معيار يمكن من خلاله التطرق إلى هذا التمييز هو المعيار العضوي، فحسب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10: «لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية³⁴ ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"». ³⁵

✓ ثاني معيار هو المعيار الموضوعي الذي يقصد به الرجوع إلى محل أو موضوع العقد، ويقصد بمحل الصفقة العمومية موضوع الخدمة التي يقدمها المتعاقد للإدارة المتعاقدة، حيث أن موضوع الصفقات العمومية حسب هذا المعيار هو انجاز أشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الدراسات.³⁶

✓ ثالث معيار هو المعيار المالي، الذي يمكن الإعتماد عليه من أجل تحديد القيمة المالية الدنيا للصفقة، وذلك من أجل تمييز الصفقات العمومية عن باقي العقود الإداري الأخرى على اعتبار أنه ليست كل العقود الإدارية التي تبرمها الهيئات الإدارية صفقات عمومية على أساس أن المشرع الجزائري يشترط أن تكون قيمة الصفقة كما حددتها المادة 6 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم وهو

³³ - بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، ص 37.

³⁴ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 110-130.

³⁵ - أنظر المادة (2) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، المرجع السابق.

³⁶ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 110-130.

كما يلي: «كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000.00 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار (4.000.000.00 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوباً إبرام الصفقة في مفهوم هذا المرسوم...»³⁷.

✓ رابع معيار هو المعيار الشكلي، حيث أن المشرع الجزائري قد ثبت على مبدأ واحد وهو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة.

ونجد أن سر اشتراط الكتابة يعود لسبب أن الصفقات العمومية تعتبر أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، كما أن الأعباء والمبالغ الضخمة بعنوان الصفقات العمومية تتحملها الخزينة العامة لذا وجب أن تكون الصفقات العمومية عقود مكتوبة.³⁸

2. تمييز الصفقات العمومية عن العقود الخاضعة للقانون الخاص

نجد أن العقود الخاضعة للقانون الخاص يحتل أطرافه مرتبة واحدة لأن أي تمييز حتماً يؤدي إلى تزييف نظرية العقد في مجال القانون الخاص عامة، بينما العقد الإداري يحتوي عضواً على إدارة عامة التي تكون في مرتبة أسمى من الفرد، ونجد أيضاً أن الغدارة أو الهيئة العامة تخضع عند إبداء رغبتها في التعاقد لطرق محددة إذ هي ملزمة كأصل عام بإعلام الجمهور ونشر إعلان مناقصة أو مزايمة، فالإدارة العامة ليست حرة في اختيار المتعامل المتعاقد، فهي مجبرة على التعاقد وفق إجراءات معينة بينما العقود الخاضعة للقانون الخاص يتحكمه مبدأ الحرية التامة في اختيار الطرف المتعاقد.

أما الجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاع فيُعقد الإختصاص بالنظر في الخصومات الناتجة عن العقود الخاضعة للقانون الخاص لجهة القضاء العادي، بينما منازعات الصفقات العمومية، فالإختصاص يكون للقضاء الإداري كأصل عام، أو لجهة محددة تشريعياً.³⁹

وفي الأخير، نجد أن القاضي المدني يسيره الخصوم، بينما نجد أن القاضي الإداري فالأصل أنه لا يجوز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة إلا استثناء فيمكن له توجيه أوامر فيما يتعلق باختصاصات القاضي الإستعجالي وذلك حسب المادتين 919 و 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁴⁰

³⁷ خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون (فرع القانون العام)، جامعة بسكرة، 2005، ص 8.

³⁸ بوضياف عمار، المرجع السابق، ص ص 47-48.

³⁹ المرجع نفسه، ص 62-64.

⁴⁰ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: مدى خضوع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة

قبل تحديد مدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، لابد من التطرق إلى موضوع تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام، وفي هذه النقطة بالتحديد نجد أنه كان تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام أمر مستبعد لفترة معينة من الزمن، وذلك بحجة أن قانون المنافسة يتحدد مجال تطبيقه في النشاط الإقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام، لكن هذه النظرة قد تغيرت وذلك بتدخل عوامل كثيرة ساهمت في إدراج قواعد قانون المنافسة في الشرعية الإدارية.⁴¹

الفرع الأول: المبدأ العام في تطبيق قانون المنافسة

أصبح الأشخاص العامة الذين يتمتعون بامتيازات السلطة العامة خاضعين لتطبيق قانون المنافسة مثلهم مثل الأشخاص الخاصة، فلا يمكن إنكار ما للنشاط الإداري للشخص العام من مساس بالمنافسة في السوق، وذلك من خلال قراراته وتصرفاته، لذلك أصبح من الممكن حصر مجال التدخل التنافسي للأشخاص العامة.⁴²

أولاً: نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والإستيراد

لكي يخضع الأشخاص العامة للحضر المقرر على الإتفاقات المنافية للمنافسة، يجب أن تمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات. بما في ذلك الاستيراد، ومن حيث الأصل فلا تعد مثل هذه الأنشطة داخلة في صمامها، ولذلك فهي تخضع لمتابعة مجلس المنافسة والمحاكم القضائية، لكن لا تخضع هذه الأشخاص عندما تستعمل امتيازات السلطة العامة المرتبطة بوظيفة المرفق العام لمجلس المنافسة والمحاكم العادية بل تخضع للمحاكم الإدارية التي تفصل فيما يثار من نزاعات طبقاً لقانون المنافسة.⁴³

تنص المادة 2 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب القانون رقم 12/08 أنه: «تطبق أحكام هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الإستيراد...»، إلا أنه

تنص المادة 919 على: «عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، فيكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز للقاضي الإستعجال، أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الإستعجال تبرر ذلك، ومن ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

تنص المادة 946 على: «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

⁴¹ - كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص 73-101.

⁴² - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل دكتوراه، كلية الحقوق (فرع القانون العام)، جامعة تيزي وزو 2005، ص ص 95-97.

⁴³ - المرجع نفسه، ص 97.

وبعد تعديل الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بموجب صدور الأمر رقم 05/10 المتعلق بالمنافسة أصبحت المادة 2 منه تنص على ما يلي: «نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعات التقليدية والصيد البحري...».

لقد جاءت المادة 1 من قانون المنافسة في التعديل الذي طرأ عليها في سنة 2010 أكثر وضوحاً وشمولاً مما كانت عليه في الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وبالتالي فإن مجال تطبيق قانون المنافسة يتحدد بمجموعة النشاطات التي حددها القانون المتعلق بالمنافسة.⁴⁴

وفي الإطار نفسه عرفت المؤسسة بما أنها تلعب الدور الأساسي في ساحة السوق التنافسية وذلك تطبيقاً للمادة 3 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنها: «كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات» والملاحظ في المادة 3 المعدلة سنة 2008 هو إضافة كلامه «... والإستيراد».⁴⁵

بالإضافة إلى نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والإستيراد، فقد أقامت وأخذت المادة 2 المعدلة سنة 2008 أن الصفقات العمومية تخضع أيضاً لمبدأ المنافسة الحرة.

ثانياً: الصفقات العمومية

بعدما كانت مسألة خضوع الأشخاص العامة لقواعد قانون المنافسة منحصرة في ظل الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، المشرع الجزائري استدرك الأمر وذلك بتوسيعه من دائرة النشاطات الإقتصادية ليمس نشاط الإستيراد وكذلك مجال الصفقات العمومية من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، ففي إطار الصفقات العمومية تمثل وضعية الأشخاص العامة إزاء السوق كطالبة للسلاح والخدمات حسب تقرير مجلس الدولة الفرنسي سنة 2002 حول الجماعات المحلية والمنافسة.⁴⁶

إن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يثير أي إشكال بعد إدخال قواعد قانون المنافسة في الشرعية الإدارية، فالتعديلات المتعلقة بقانون الصفقات إنما كانت من أجل حماية مبدأ المنافسة في تلك

⁴⁴ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 13.

⁴⁵ - GILLES Mathier, l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques recueil cahier chronique, 5ème Ed, Dalloz Sirey 1995, p27.

⁴⁶ - كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص 73-101.

الصفقات⁴⁷، فالمادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية أوردت المبادئ التي يجب على المصلحة المتعاقدة احترامها وذلك مراعاة لمبدأ المنافسة الحرة.⁴⁸

وقد أضاف أيضاً المشرع الجزائري فقرة جديدة إلى المادة 2 من القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة نصت على تطبيق أحكام قانون المنافسة الصفقات العمومية، فتتص المادة على: «الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة».⁴⁹

الفرع الثاني: شروط خضوع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة

لقد ادخل المشرع الجزائري التعديلات الضرورية في قانون الصفقات العمومية من أجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في تلك الصفقات، وأن أي إخلال بحرية المنافسة في الصفقات من طرف الدارة المتعاقدة يتولى القضاء الإداري الفصل فيه ولا يكون لمجلس المنافسة صلاحية متابعة هذا الإخلال.⁵⁰

وما يلاحظ أن قانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة هو إضافة المشرع لفقرة جديدة إلى المادة 2 وأين يفهم منها أن قواعد قانون المنافسة الموضوعية والإجرائية تطبق على إجراءات تنظيم الصفقات من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة⁵¹، غير أن المشرع استدرك الأمر وذلك بنصه على أنه: «يجب ألا يعلق تطبيق الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية»، مما يعني استبعاد تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة من مراقبة الصفقات العمومية لكونها نشاطاً إدارياً للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة السلطة العمومية.⁵²

أولاً: عدم إعاقه ممارسة امتيازات السلطة العامة

عندما يتصرف الشخص العام في ممارسته لمهامه باعتباره سلطة عامة، فإن هذا الأخير لا يمكنه إخضاعه لقانون المنافسة، كما هو الأمر في ممارسة الدولة للأنشطة التقليدية أو التنظيمية كالعدالة والدفاع، صك النقود... الخ، فهذه الأنشطة تختص بها الدولة فقط باعتبارها تدرج ضمن صلاحيات

⁴⁷ - كثر محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص 73-101.

⁴⁸ - تتص المادة (3) على: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم».

⁴⁹ - قانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق لـ 25 يونيو 2008، ج ر ع 36 مؤرخ في 2 يوليو 2008.

⁵⁰ - كثر محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص 73-101.

⁵¹ - تتص المادة (2) على: «الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة».

⁵² - كثر محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص 73-101.

السلطة العامة، حيث أن هذه الأنشطة لا تندرج ضمن طائفة الأنشطة الاقتصادية التي ذكرها المشرع في قانون المنافسة والمتمثلة في الإنتاج، التوزيع والخدمات والإستيراد.

وكمثال عن الأنشطة التي تندرج ضمن صلاحيات السلطة العامة نجد سلطة وضع التنظيمات حتى ولو كانت ذات صبغة اقتصادية، أي تتعلق بتنظيم مجاله الاقتصادي، كأن تضع تنظيمات يحدد أسعار بعض الخدمات، فهذا التنظيم يعد بمثابة عمل إداري صادر عن سلطة إدارية عامة ضمن صلاحياتها كسلطة عامة.

هذا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة الثانية المعدلة لقانون المنافسة الجزائري، أنه لا يجوز أن يعيق تطبيق قانون المنافسة أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، سواء تم تطبيق هذه الأحكام على الإدارة بصفتها سلطة عمومية أو بصفتها عون اقتصادي.⁵³

ثانياً: عدم المساس بمهام المرفق العام

يعرف مصطلح المرفق العام صعوبة لتحديد تعريفه، إلا أنه يمكنه تعريفه بربطه بفطرة أخرى هي فكرة المصلحة العامة التي يجب إشباعها لدى كل الأشخاص، وبالتالي يمكن تعريفه المرفق العام بأنه كل نشاط يبشره شخص عام بقصد إشباع مصلحة عامة، إلا أنه نجد أن الأشخاص الخاصة أيضاً يمكنه لها تسيير المرافق العامة في إطار ما يسمى بتفويض تسيير المرفق العام *délégation du service public*، ومنه أمثلة المرافق العامة القومية التي تديرها الدولة، نجد مرفق الدفاع أو القضاء، موازاة مع المرافق العامة المحلية التي تديرها الهيئات المحلية كتوزيع الكهرباء والماء.

وأهم ما يمكن الإشارة إليه هو أن خدمات تحقيق المصلحة العامة يستحيل أو على الأقل يصعب على الأفراد إشباعها إلا في إطار عقود تفويض تسيير المرفق العام، خاصة مع تمييز المرافق العامة بمبادئ الإستمرارية، المساواة، التغيير أو التحول والحياد، صف إلى ذلك أن هذه المرافق عادة ما تتطلب مبالغ ضخمة لإشباعها، ويستحيل معها تحقيق الربح الذي يسعى إليه الأفراد أساساً.

وبالتالي تستثني المرافق التي لا تستهدف تحقيق أرباح من ممارسة نشاطاتها وتقتصر على تغطية نفقات فقط وذلك حسب الفقرة الثانية من المادة الثانية المعدلة لقانون المنافسة.⁵⁴

المبحث الثاني: مظاهر مبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع المهمة بالنسبة للمؤسسات العمومية التي تحكمها العديد من الشروط المحددة من طرف الدولة والمراسيم التنفيذية وذلك من أجل إعطائها الشفافية الكاملة والإطار

⁵³ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 20.

⁵⁴ - جلال مسعد، المرجع نفسه، ص 20.

القانوني المناسب لها، وللجانبة القانوني أهمية بالغة وذلك لما سنت من قوانين تساهم في احترام مبدأ المنافسة الحرة في مختلف طرق إبرام الصفقات العمومية (مطلب أول).

وكذلك لما يتضمن من قوانين تساهم في احترام مبدأ المنافسة الحرة في مختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية. (مطلب ثاني)⁵⁵

المطلب الأول: طرق إبرام الصفقات العمومية

مقارنة بال عقود الخاصة التي يسودها مبدأ سلطان الإرادة أساساً، فإن حرية الإدارة تتسم بالتقييد، حيث أن الإدارة العامة ملزمة مسبقاً، فتتص المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم على: «تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي».

فمن خلال هذه المادة تبرم الصفقات العمومية وفق إجراء المناقصة كقاعدة عامة (فرع أول)، أو وفق إجراء التراضي كاستثناء. (فرع ثاني)

الفرع الأول: إجراء المناقصة

لقد أولى المشرع الجزائري إجراء أو طريقة المناقصة أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، فخصص لها دون غيرها كمّاً معتبراً من المواد وهذا أمر في غاية طبيعته من منطلق أن أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية.

أولاً: تعريف المناقصة

وفقاً لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية⁵⁶ يمكن القول بأنها إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة وذلك قصد الحصول على عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض، فالمناقصة تعد الوسيلة الأساسية والأسلوب الذي يشكل القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية، فهي تمثل دعوى للمنافسة.

والمناقصة قد تخص متعهدين وطنيين أو شركات مقيمة في الوطن فتكون بصدد مناقصة وطنية، كما قد تخص متعهدين دوليين أو شركات أجنبية فقط، فنكون بصدد مناقصة دولية، وكما يمكن أن تكون بصدد مناقصة وطنية ودولية وذلك عندما تخص المناقصة بالشركات سواء كانت وطنية أو دولية.

⁵⁵ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص 110-130.

⁵⁶ - أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية، المرجع السابق.

والميزة السياسية التي تتمتع بها المناقصة هي اعتمادها على الإشهار الذي يعد إجراء إلزامي، كما أنه بموجبها يتم تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض.⁵⁷

ثانياً: أشكال المناقصة

كما رأينا سابقاً يمكن للمناقصة أن تكون مناقصة وطنية أو دولية ويمكن أيضاً أن تكون مناقصة دولية معاً، لذا المناقصة يمكن أن تتم حسب احد الأشكال التالية.

1. المناقصة المفتوحة

تنص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم: «المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً».

إذن، المناقصة المفتوحة هي تلك المناقصة التي يعلم عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، والمناقصة المفتوحة إما أن تكون مناقصة محلية أو وطنية وإما أن تكون مناقصة دولية، كما يمكن أن تكون مناقصة وطنية ودولية.⁵⁸

ويخص هذا الإجراء عادة المشاريع التي لا تتطلب إمكانيات مادية وبشرية أو مالية كبيرة، كما أن هذا الإجراء يسمح بالحصول على عدد كبير من المتنافسين، مما يكرس مبدأ المنافسة الحرة.⁵⁹

2. المناقصة المحدودة

تنص المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم على: «المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهدا إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً.⁶⁰

فالمناقصات أو الأشخاص معروفون من حيث القابلية الفنية والمقدرة على تنفيذ أنواع معينة من الأفعال موضوع التعاقد⁶¹، فالمصلحة المتعاقدة تقوم باختيار الأشخاص المعنيين مسبقاً كالمقاولين الذين لهم خبر 10 سنوات أو امتلاك إمكانيات معينة وذلك نظراً لأهمية وضخامة وصعوبة العملية التي تتطلب مبدئياً الخبرة والإمكانيات اللازمة، أو تتطلب السرعة في الإنجاز.

⁵⁷ - أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية، المرجع نفسه.

⁵⁸ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص 110-130.

⁵⁹ - بوخندة لزهري، بركاني شوقي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء (المدرية العليا للقضاء)، 2008، ص 7.

⁶⁰ - أنظر المادة (30) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية، معدّل ومتمم.

⁶¹ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص 110-130.

كما يجب على الإدارة أن تعامل المتقدمين للتعاقد معها من توافرت فيهم شروط الإشتراك في المنافسة على قدر المساواة، فمبدأ المساواة يعتبر مبدأ عام في أنواع المناقصات.⁶²

3. الإستشارة الإنتقائية

تنص المادة 31 من مرسوم الرئاسي رقم 23/12 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم على : «الإستشارة الإنتقائية هي إجراءات يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه المدعون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي».⁶³

إذن يتمثل هذا الشك من المناقصة في انتقاء أولي تقوم به المصلحة المتعاقدة من خلال إجراء التنافس بين مجموعة من المترشحين، وبعد اختيار وانتقاء عدد منهم يرخص لهم بتقديم عروضهم وتعهداتهم للتعاقد، حيث تلجأ إليها الغدارة في العمليات المعقدة أو ذات أهمية خاصة، فالصفقة المبرمة عن طريق الإستشارة الإنتقائية بمرحلة أولى تتولى فيها مباشرة الأفعال بمجموعة من العارضين كما سبق الذكر.⁶⁴

يجب أن توجه الدعوى إلى ثلاثة مترشحين على الأقل تم انتقاءهم الأولي، وفي حال ما إذا كان عددهم أقل من ثلاثة وجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوى إلى انتقاء أولي جديد، كذلك يجب النص على كيفية الإنتقاء الأولي والإستشارة في دفتر الشروط.⁶⁵

4. المزايمة

تنص المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم على: «المزايمة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمناً، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري».⁶⁶

تسلك الإدارة طريق المزايمة في إبرام العقود الإدارية المتعلقة ببيع الأشياء التي تستغني عنها الإدارة أو التي يتقرر بيعها وفقاً للقانون، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين والأجانب المقيمين في الجزائر.⁶⁷

⁶² - بوخندة لزهري، بركاني شوقي، المرجع السابق، ص 8.

⁶³ - أنظر المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 23/12 مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق لـ 18 يناير 2012 والمتضمن الصفقات العمومية، ج ر ع 4 المؤرخ في 26 يناير 2012، معدل و متمم.

⁶⁴ - بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 93.

⁶⁵ - المرجع نفسه، ص ص 92-93.

⁶⁶ - أنظر المادة (33) من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية، المرجع السابق.

⁶⁷ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص 110-130.

5.5. المسابقة

تتص المادة (34) من قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 على: «المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة».⁶⁸

فالمسابقة إذن هي إجراء يضع أصحاب ورجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية متميزة وخاصة مثل وضع لحن لنشيد لمناسبة وطنية معينة، تصميم وإعداد أوراق نقدية، تور وإعداد شارات ورموز فنية.. الخ.⁶⁹

الفرع الثاني: إجراء التراضي

التراضي هو الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية، حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، ولذلك فهو يعتبر استثناء يختلف عن المناقصة التي تشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، فالمناقصة تستند إلى مبدأ المنافسة.⁷⁰

أولاً: التراضي البسيط

نصت المادة 43 من قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 على حالات التراضي البسيط المحددة كالآتي:⁷¹

✓ عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 7 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، كذلك عندما يتحتم تنفيذ خدمات إستعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات، شرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال هذه.

✓ عندما لا يمكن تنفيذ الخدمة إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل ويستأثر بوضعية إحتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، كذلك عند الخطر المداهم في حالات الاستعجال الملح والمعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار، فقد يتجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة التنبؤ بالظروف الإستعجالية وألا

⁶⁸ - أنظر المادة 34 من قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁶⁹ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص110-130.

⁷⁰ - المرجع نفسه، ص ص110-130.

⁷¹ - أنظر المادة 43 من قانون الصفقات العمومية، معدّل ومتمّم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، المرجع السابق.

تكون حالة الإستعجال ناجمة عن ممارسات احتيالية من طرفها أي تكون خارج إرادتها.

✓ حالة تمويل مستعجل مخصصة لضمان سير الإقتصاد أو توفير حاجيات السكان الأساسية، وفي حالة الأهمية الوطنية عندما يتعلق الأمر ذي أولوية وأهمية وطنية، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى التراضي كشلل استثنائي لإبرام الصفقات العمومية للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.⁷²

ثانياً: التراضي بعد الإستشارة

نصت المادة 44 من قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 على حالات التراضي بعد الإستشارة المحددة كالاتي:⁷³

حالة ما اتضح أن الدعوة إلى المناقصة غير مجدية، كذلك في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخالصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة، وتحدد قائمة الخدمات واللوازم بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت بطبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة، كذلك حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية يتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص إتفاقات التمويل المذكورة على ذلك وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الإشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.⁷⁴

يجب أن يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الإشارة في المجالات المنصوص عليها في المادة 44 السالفة الذكر على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الإستشارة لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة.

المطلب الثاني: مراحل إبرام الصفقات العمومية

إن معرفة المراحل والكيفيات التي يتم بها اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية تكسب أهمية بالغة بالنسبة للقضاء الإداري باعتباره الجهة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، فالإدارة تتفق أموالاً طائلة لذا أوجبها الأمر أن تستجيب لمختلف الضروريات

⁷² - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص 110-130.

⁷³ - أنظر المادة (44) من قانون الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، المرجع السابق.

⁷⁴ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص 110-130.

والمتطلبات وأن تضمن تكافؤ الفرص أمام الجميع وهذا من خلال شفافية التنافس وحسن استعمال المال العام، ويظهر ذلك جلياً في تقييد حرية الأطراف بإجبار الإدارة على إقامة التنافس.

الفرع الأول: مرحلة الإعلان

يهدف الإعلان عن الصفقة إضفاء الشفافية على العمل الإداري، حيث يتم إعلان المعنيين من مقاولين وموردين، مما يفسح مجال المنافسة فيما بينهم ويضمن احترام مبدأ المساواة ويسمح للإدارة باختيار أفضل العروض والمرتشحين.⁷⁵

أولاً: مضمون والزامية الإعلان

يجب اللجوء إلى الإشهار الصحفي في حالات المناقصة المفتوحة والمزايدة والمناقصة المحدودة والدعوة إلى الإنتقاء الأولي والمسابقة والمزايدة، ويكون اللجوء إلى هذه الحالات إلزامياً وجوبياً وهذا ما نصت عليه المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على بيانات عديدة⁷⁶ هي:

تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي كيفية المناقصة وشروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي، موضوع العملية وقائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض ومدة صلاحية الروض، إلزامية كفالة التعهد وذلك عند الإقتصاد والتقدم في طرف مزدوج تكتب عبارة "لا يفتح" ومراجع المناقصة إضافة إلى ثمن الوثائق عند الإقتضاء.

تكون كل هذه البيانات إلزامية حسب المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية معدّل ومتمّم.⁷⁷

تحتوي الوثائق المتعلقة بالمناقصة أو عند الإقتضاء بالتراضي بعد الإستشارة التي توضح تحت تصرف المترشحين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة كالتالي:

✓ الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة إضافة إلى المقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتوجات أو الخدمات، كذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية عند الإقتضاء.

⁷⁵ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص 110-130.

⁷⁶ - أنظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، المرجع السابق.

⁷⁷ - أنظر المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية معدّل ومتمّم، المرجع السابق.

✓ الشروط ذات الطابع الإقتصادي والتقني والخدمات المالية والمعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعاهدين، اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصحبها مع كفاءات التسديد وكل الكفاءات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة، الأجل الممنوح لتحضير العروض وأجل صلاحية العروض مع آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية والحجّية المعتمدة فيه مع ساعة فتح الأظرفة والعنوان الدقيق لتوزيع التعهدات وذلك حسب المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم.⁷⁸

يحرر الإعلان المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

بدرج الإعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكناً مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

يمكن إعلان المناقصات التي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها خمسين مليون دينار أو يقل عنها وعشرين مليون دينار أو يقل عنها.

وأن تكون محل إشهار محلي فينشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهتين، إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية للولاية وكافة بلديات الولاية وغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة وللمديرية التقنية المعنية في الولاية، وكل هذه الإجراءات نصت عليها المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم.⁷⁹

ثانياً: مبادئ الإعلان

إن عملية الصفقات العمومية تحاط بمبادئ أساسية لا بد من مراعاتها دائماً، من جانب الإدارة والمتعاهدين على حد سواء، فالمادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية⁸⁰ ألزمت المصلحة المتعاقدة عن الإعلان عن الصفقة مراعاة لمبدأ المنافسة وتتمثل هذه المبادئ في:

✓ حرية الوصول للطلبات العمومية، فمراعاة لمبدأ المنافسة لا بد أن تتوفر فيه شروط التقدم للمناقصة من تتسع الفرصة أمام جهات الإدارة لاختيار أفضل المتعاهدين، فلا

⁷⁸ - أنظر المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية معدّل ومتمّم، المرجع نفسه.

⁷⁹ - أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 للمتعلق بالصفقات العمومية معدّل ومتمّم، المرجع نفسه.

⁸⁰ - أنظر المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية معدّل ومتمّم، المرجع نفسه.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنح أيا كان مهما كانت صفته ونوع نشاطه من الدخول إلى المناقصة.

- ✓ احترام مبدأ المساواة بين المترشحين الذي مفاده أنه يجب التعامل مع جميع المتناقصين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة والمواعيد والإجراءات المقررة دون تفرقة بين المتناقصين من جانب الجهة الإدارية، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تعامل جميع المترشحين إلى المناقصة معاملة متساوية دون تمييز.
- ✓ شفافية الإجراءات من خلال الإجراءات التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض التي تكون جلساتها علنية، إضافة للعقد وكيفية الحصول على دفاتر الشروط.

وتتجلى مظاهر احترام مبدأ المنافسة الحرة في الوثائق التي تصبغها المصلحة المتعاقدة بين أيدي المترشحين كدفتر الشروط الذي تضعه المصلحة المتعاقدة تحت تصرف كل المترشحين دون استثناء، إضافة إلى الإعلان عن المناقصة في جريدتين وطنيتين.⁸¹

والجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي رقم 12-23 الذي يعدل ويتم قانون الصفقات العمومية هو الإعلان عن المناقصة بواسطة الأنترنت.⁸²

الفرع الثاني: مرحلة إيداع العروض

بعد الإعلان عن المناقصة المنشور في الجرائد، تأتي مرحلة تقديم المتنافسين لعروضهم وفقاً للشروط المطلوبة والأجل المعلن عنه، ويمكن تعريف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني كما يستطيع المتقدم القيام به وفقاً للصفقات المطروحة في الصفقة.

أولاً: العرض التقني

يتضمن العرض التقني على التصريح بالإكتتاب تعهد تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض وذلك فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية لصفقات اللجان الوطنية والصفقات القطاعي الواجب ذكرها في دفاتر الشروط المتعلقة بالمناقصات.

تصدر كفالة تعهد المتعهدين الجزائريين من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، ويجب أن تصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.⁸³

⁸¹-نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص ص110-130.

⁸²- أنظر المرسوم الرئاسي رقم 12-236 الذي يعدل قانون الصفقات العمومية، المرجع السابق.

العرض التقني يحصر المعنى الذي يتم اعداده طبقاً لدفتر الشروط والمقصود من العرض التقني حصر المعنى جواب المعتمد المتعلق بالمتطلبات التقنية لدفتر الشروط.

مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد، تصريح بالنزاهة وأخذ بعين الإعتبار خصوصية بعض الصفقات العمومية لاسيما تلك التي تنفذ خارج الجزائر ولائي تبرم مع الفنانين أو مع المؤسسات الصغيرة فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تكييف محتوى الملف الإداري المطلوب من المتعهدين.

وتجدر الإشارة أن العرض التقني منصوص عليه في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم.⁸⁴

ثانياً: العرض المالي

يتضمن العرض المالي رسالة تعهد مع جدول الأسعار بالوحدة بالإضافة إلى تفصيل تقديري وكمي.

وتحدد نماذج رسالة التعهد والتصريح بالإككتاب والتصريح بالنزاهة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

وإذا كان القانون الجزائري قد كفل لجميع المترشحين المشاركين في المناقصة وتقديم عروضهم تطبيقاً بمبدأ المساواة بين العارضين فإن ذلك لا يمنع على الإطلاق من فرض شروط منافسة معينة وقصدها على من تتوفر فيهم شروط محددة تعلن الإدارة عنها سلفاً، وبهذا الصدد تؤكد أن حق المشاركة مكفول لكل عارض توفرت فيه الشروط المعلن عنها ما لم يحرم ويبعد بموجب نص خاص قانوناً كان أو تنظيمياً أو بمقتضى قرار قضائي ونهائي.⁸⁵

الفرع الثالث: مرحلة فحص العطاءات

لقد أسندت نصوص قانون الصفقات العمومية الجزائرية مهمة فحص العروض أو العطاءات إلى لجنة فتح الأظرفة (أولاً)، ولجنة تقييم العروض (ثانياً) على مرحلتين منفصلتين.

أولاً: لجنة فتح الأظرفة: La commission d'ouverture des plis

نصت المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم على ما يلي: "تحدث في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة يحدد

⁸³ - أنظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية معدّل ومتمّم، المرجع السابق.

⁸⁴ - أنظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية معدّل ومتمّم، المرجع السابق.

⁸⁵ - بوضياف عمار، المرجع السابق، ص102.

مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها".

لقد حدد قانون الصفقات العمومية قواعد سير لجنة فتح الأظرفة كما حدد مهامها أيضاً، فاللجنة المذكورة بناء على استدعاء صادر عن المصلحة المتعاقدة وتعد جلساتها بصفة علنية وبحضور المتعهدين وبذلك أضيف المشرع في هذه المرحلة شفافية أكثر.

ويتمثل مهام لجنة فتح الأظرفة في إثبات صحة تسجيل العروض على سجل خاص وتعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المفترهات والتحفيزات المحتملة، إضافة إلى ذلك فلها أن تعد وصفاً مفصلاً للوثائق التي يتكون منها كل عرض وتحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاشرين والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.

دعوة المتعهدين عند الاقتضاء كتابياً إلى استكمال عروضهم التقنية بالوظائف الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالإككتاب وكفالة التعهد عندما يكون ذلك منصوصاً عليها.

والعرض التقني يحصر المعني في أجل أقصاه 10 أيام ويكون ذلك تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض، ونصت على مهام لجنة فتح الأظرفة المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم.⁸⁶

ثانياً: لجنة تقييم العروض La commission d'évaluation des offres

حسب المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم⁸⁷ يتبين لنا أن المشرع ألزم كل إدارة عمومية معينة بالخضوع لقانون الصفقات العمومية وأن تحدث على مستواها لجنة لتقييم العروض ولم يحدد قانون الصفقات العمومية تشكيلة لجنة تقييم العروض وحسن ما فعل إذ أوكل هذه المهمة للمسؤول الأول على مستوى الإدارة المحلية وألزمه باختيار العناصر المؤهلة ذات كفاءة نظراً لأهمية هذه المرحلة من مراحل الصفقة العمومية.

وحتى يفصل المشرع مهام لجنة تقييم العروض عن لجنة فتح الأظرفة فرض عدم إمكانية الجمع بين اللجنتين. تتمثل مهمة هذه اللجنة بتقييم العروض ويكن لها أن تقترح بدائل العروض كما يمكنها إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط ويتم تقييم العروض على مرحلتين، أولها يتم خلالها ترتيب العروض أو العطاءات من الناحية التقنية، وثانيها دراسة العروض المالية المقترحة من المتعهدين أو

⁸⁶ -أنظر المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، المرجع السابق.

⁸⁷ - أنظر المادة 125 من المرجع نفسه.

العارضين، وهذا بعد فتح الأظرفة المالية من أجل انتقاء إما العرض الأقل ثمناً إذا تعلق الأمر بالخدمات العاجية أو أحسن عرض من الناحية الإقتصادية إذا تعلق الأمر بخدمات معقدة تقنياً.⁸⁸

الفرع الرابع: مرحلة إرساء واعتماد الصفقة

لقد قسمنا هذه المرحلة إلى إجراءين أساسيين بهما تدخل الصفقة العمومية حيز التنفيذ.

أولاً: إرساء الصفقة

مرحلة إرساء الصفقة حاسمة ينجم عنها اختيار عارض إما بالنظر لتوافر غطاءه أو عرضه على مجموعة من الشروط والمواصفات مما دفع بجهة الإدارة لاختياره دون سواء عن بقية العروض.

ولقد اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعامل المتعاقد مع مراعاة تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية غير أن هذه الحرية محددة بأطر رقابية ووفق معايير نصت عليها المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم⁸⁹، منها الضمانات التقنية والمالي مع السهر والتوعية وأجال التنفيذ إضافة إلى شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية واختيار مكاتب الدراسة، إضافة إلى المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتج والإدماج في الإقتصاد الوطني.

وقد منح المشرع الجزائري هامشاً أفضلية للمنتج الجزائري في جميع الصفقات بنسبة 25% وهذا امتياز في محله والهدف منه هو تشجيع المنتج الجزائري.

وما يتبين لنا في هذه المرحلة أن قانون الصفقات العمومية قد أضفى مرة أخرى شفافية أكثر في إبرام الصفقات العمومية وذلك بإعلان الفائز مؤقتاً مع ذكر معايير الإنتقاء لتمكين المتنافسين من تقديم طعونهم أمام لجنة الصفقات المعنية.⁹⁰

وإذا كان المنح المؤقت للصفقة يمدد من عمر إبرام الصفقات العمومية إلا أنه يحمي المتعاملين ويمكنهم من ممارسة حق الطعن أمام لجنة الصفقات المعنية كما يحمي الإدارة المتعاقدة ويبيدها عن منطقة الشبهات.

⁸⁸ - بوضياف عمار، المرجع السابق، ص ص 106-107.

⁸⁹ - أنظر المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، معدّل ومتمّم، المرجع السابق.

⁹⁰ - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص ص 22-25.

ثانياً: اعتماد الصفقة

رغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة، إلا أنها لا تعد المرحلة الأخيرة بل لا بد من اعتماد المناقصة ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة والإعلان عن اتمام إجراءاتها، فالمنح المؤقت للصفقة رغم فوائدها الكبيرة إلا أنه يظل منح مؤقت.⁹¹

وباعتماد الصفقة وتزكية الانتقاء أو الاختيار تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة لذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ والاعتماد يجعل العقد نهائياً.

ولا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة والمذكورة في المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم.⁹²

إن احترام مبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية ما هو إلا نتيجة للتطور الذي عرفته النصوص القانونية في التشريع الجزائري عموماً وخاصة فيما يتعلق بحماية المال العام في الإنفاق العمومي للدولة أو أحد هيكلها سواء كانت صاحبة سلطة أو بصفتها ضابطة للسوق أو كعون اقتصادي متمرس في السوق.

هذا ما دفع بالمشرع بربط هذا المبدأ لمختلف الأنشطة الاقتصادية سواء كانت ذو علاقة بالشخص العام أو الخاص، من هذا المنطلق يمكن القول بأن مبدأ المنافسة الحرة هو من المبادئ التي يصحب التحكم في الميدان الاقتصادي نظراً لطبيعة الإنسان التنافسية وحب الذات بما يؤدي إلى حدوث تجاوزات في السوق تمس بمبدأ المنافسة الحرة خاصة في الصفقات العمومي.

ذلك لاعتبار مبدأ المنافسة الحرة من أهم المبادئ التي تركز عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، وأي إخلال بها يستدعي تدخل الدولة بأجهزتها الإدارية أو القضائية لمواجهة هذه التجاوزات.

⁹¹ - بوضياف عمار، المرجع السابق، ص ص 110-112.

⁹² - تنص المادة 8 على: «لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، الوزير فيما يخص صفقات الدولة، مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، الوالي فيما يخص صفقات الولاية، رئيس المجلس الشعبي فيما يخص صفقات البلدية، المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مدير مركز والتنمية، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، الرئيس المدير العام او المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية، ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها».

الفصل الثاني:

الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام
الصفقات العمومية

تعد الصفقات العمومية الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لانجاز العمليات المالية المتعلقة بانجاز وتسيير وتجهيز المرافق العامة.⁹³

فاعتمد الاقتصاد الجزائري على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط الاقتصاد يلزم الإدارة المتعاقدة بالمواءمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف، وبين حرية المنافس وذلك بعدم عرقلتها وإساءة استخدام سلطتها في انتقاء واختيار المتعاقد معها، فنظام الصفقات العمومية يعدّ الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العامة.⁹⁴

فقد ركزنا في دراستنا في هذا الجزء من البحث على ما يفرضه قانون الصفقات العمومية كالتزام قانوني على الشخص العام صاحب مشروع الصفقة احتراماً لمبدأ المنافسة الحرة، وذلك بالإمتناع عن ارتكاب الممارسات والجرائم المنافية للمنافسة والمقيدة للمنافسة التي قد يلجأ إليها الأعوان الاقتصاديون لتزييف المنافسة (مبحث الأول)، مع تحديد كفاءات متابعة الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة (مبحث الثاني).⁹⁵

⁹³ - بوخندة لزهر، بركاني شوقي، المرجع السابق، ص 1.

⁹⁴ - شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008، الجزائر العاصمة، ص 1.

⁹⁵ - كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 73-101.

المبحث الأول: الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة

إن إعتقاد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص، وجعلها من ركائز النظام العام الاقتصادي في الدولة يوفر حماية فعّالة للمال العام، حيث يسمح ذلك بالاستعمال العقلاني للموارد الطبيعية ويساهم في القضاء على مظاهر الممارسات والجرائم المخلة بالمنافسة، وذلك تحقيقاً للأغراض المنصوص عليها في قانون المنافسة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.⁹⁶

وبهذا الصدد سوف نتطرق إلى دراسة الممارسات المخلة بمبدأ المنافسة الحرة (المطلب الأول)، وإلى جرائم الفساد المخلة بمبدأ المنافسة الحرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الممارسات المقيدة بمبدأ المنافسة الحرة

لكي تسود منافسة نزيهة بين الأعوان الاقتصاديين لا بد أن يتوفر شرط كثرة المؤسسات وشرط تجانس المنتج، وكذا شرط جدية الدخول إلى السوق مع شرط استقلالية اتخاذ القرار.

فأي فرد أو شركة تتوافر لديها الأموال والرغبة تكون قادرة على الدخول إلى السوق بدون أية عوائق مصطنعة في وجهها، إلا أن هناك بعض الحالات التي تتفق مؤسستان أو أكثر للظفر بدون ذلك (الفرع الأول)، كما يمكن أيضاً الاعتبار أنه يمكن لمؤسسة ما أن تهيمن على السوق بفضل مجهوداتها وتقنياتها المستعملة والتعسف في تلك الهيمنة (الفرع الثاني)، إضافة لذلك يستوجب في بعض الحالات حصول المؤسسة على ترخيص مجلس المنافسة لامتلاكها حصة معتبرة من مبيعات ومشترياته وإلا خضعت لمتابعة مجلس المنافسة (الفرع الثالث).⁹⁷

الفرع الأول: الإتفاقات المحظورة

تنص المادة 6 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة على أنه "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات والإتفاقات 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". فتطبيق نص هذه المادة يثير الكثير من الإشكالات، إذ لا بد من توفر شروط معينة حتى يعتبر اتفاق محذور وإلا فيعتبر ذلك مساساً بحرية أعمال الأعوان الاقتصاديين في مزاولتهم نشاطهم، ومن جملة الشروط التي يجب توافرها حتى يمكن لمجلس المنافسة من متابعة و معاقبة مرتكبيها نذكر:

⁹⁶ - كفو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 73-101.

⁹⁷ - براهيم فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03/03 والقانون رقم 12/08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع القانون العام للأعمال)، جامعة بجاية، 2010، ص 85-86.

أولاً: شرط الإتفاق

يقصد بالإتفاق تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات ولا يقوم الإتفاق في غياب هذا الشرط. يتحقق هذا الإتفاق بمجرد انصراف إرادة كل مؤسسة معينة بسلطة القرار إلى الانضمام أو الإخراط في قالب مشترك يشكل سلوك جماعي لمجموعة من المؤسسات مما قد يؤثر على الإستقلالية المعترف لكل منها⁹⁸ فمن خلال ذلك يمكن أن نعتبر أن شرط الإتفاق يمكن أن نكفيه بلجوء مجموعة من الإرادات المختلفة (إرادات المؤسسات التي تتمتع بالإستقلالية) للبحث عن هدف مشترك بينهم قصد زيادة منافعهم في السوق أو قصد عدم تمكين أعوان آخرين من حرية مزاوله نشاطهم في السوق رغم أن قانون المنافسة يقتضي حفاظ كل عون إقتصادي على استقلاله قراراته سواء من حيث تحديد الأسعار أو الدخول في السوق أو أي من الشروط العامة للبيع⁹⁹. فمن حيث طبيعته يمكن أن يكون تعاقدياً أو في صورة ترتيبات ودية بين الأطراف المتواطئة يجري مراعاتها للقوانين الداخلية للمؤسسات المعنية أو للمواثيق المهنية أو النقابية، ويمكن أيضاً أن يكون الإتفاق صريحاً أو ضمناً¹⁰⁰.

ثانياً: الإخلال بالمنافسة

إلى جانب وجود شرط الإتفاق فإنه لا بد من البحث عن موضوع الإتفاق والذي يكون بمثابة الآثار التي يربتها هذا الأخير، فالإتفاق من حيث موضوعه فقد يكون منصبا على تقييد المنافسة في مجال الإنتاج أو التجارة أو أداء الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين أو الجمعيات، و سواء تم تقييد المنافسة على الصعيد الأفقي أم الرأسي، فبالرجوع إلى أحكام المادة 06 المذكورة سالفا نجد أن موضوع الإتفاق في الحقيقة يقصد به نية الأطراف بحيث يكفي لاعتبار إتفاق ما محظور مجرد إنصراف نية الأطراف إلى إعاقة أو تقييد المنافسة الحرة دون ضرورة تحقيق الأهداف غير المشروعة المناهضة للمنافسة¹⁰¹.

أما بالنسبة لآثار الإتفاق فيقصد به كل من الأثر المحقق وكذا المحتمل، خاصة مع العلم بأن المشرع قد استعمل عبارة "يمكن أن تهدف" حيث أن تأثير الإتفاق سلبيا على المنافسة بمنعها أو الحد منها أو

⁹⁸- زبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، جامعة تيزي وزو، د، س، م، ص 99.

⁹⁹- ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 و الأمر 03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 64.

¹⁰⁰- كـتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، عدد 23، 2002، ص 53-76.

¹⁰¹- المرجع نفسه، ص 53-76.

الفصل الثاني الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية

الإخلال بقواعدها قد يكون متوقعا أو محتملا فقط. بالتالي فإن شرط الإخلال بالمنافسة يعد أساسا لتكثيف إتفاق ما بأنه ممنوع ومحظور، لذلك فإن الاتفاقات التي لا تهدف أولا يترتب عنها مساس بقواعد المنافسة لا تشكل ممارسات منافية للمنافسة¹⁰²

وقد أضاف المشرع الجزائري نموذج آخر من الاتفاقات المحظورة، وذلك بموجب القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وذلك هو الاتفاق الذي يهدف إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة مثل الإتفاق على توحيد العروض أو التقدم بنفس العطاء.

فبموجب قانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة تم إتمام المادة 6، بحيث أصبحت تحظر الإتفاقات التي ترمي إلى «... السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة»¹⁰³.

إضافة لذلك نجد أن قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 المعدل والمتمم، لاسيما المادة 9/125 منه تنص على: «...غير أنه يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العروض المقبولة على السوق، أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت...»¹⁰⁴.

وبتنظيم قانون الصفقات العمومية في سنة 2010 الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 02-250 تم إضافة الفقرة 11 للمادة 125 حيث جاء فيها مايلي¹⁰⁵: «...وإذا كان العرض المالي المتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً يبدو منخفضاً بشكل غير عادي، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن يتطلب كتابياً التوضيحات التي تراها ملائمة، والتحقق من المبررات المقدمة».

وتتخذ العطاءات التواطئية شكل الاتفاقات على تقديم عطاءات متطابقة على أساس أن أصحاب العروض قد قاموا بتبادل المعلومات قبل إيداع عروضهم، كما قد تتم الإتفاقات حول الجهة التي ستقدم العطاء الأدنى، والإتفاقات حول تقديم عطاءات تموهية "عطاءات ضخمة طواعية"، والإتفاق على ألا ينافس أحد عطاء الآخر، والإتفاقات على إستبعاد الغير من مقدمي العطاءات، كذلك الإتفاقات التي تحدد مسبقاً الفائزين بالعطاءات على أساس التناوب أو على أساس جغرافياً أو على أساس تقاسم العملاء وتعتبر العطاءات التواطئية غير قانونية في معظم البلدان لما تنطوي عليه من جوانب غش لاسيما ما يترتب عليها من آثار ضارة سواء على الإتفاق العام أو على مصالح المقاولين، وتجدر الإشارة أن الإثبات المباشر

¹⁰² - زبير أرزقي، المرجع السابق، ص 101.

¹⁰³ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 87.

¹⁰⁴ - أنظر المادة 125 فقرة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

¹⁰⁵ - أنظر المادة 11/125 من القانون رقم 10-05، المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق لـ 15 غشت 2010، ج ر ع 46، المؤرخ في 18 غشت 2010، يتضمن قانون المنافسة، معدل ومتمم.

لمثل هذه الإتفاقات جد صعب ويتم إثباتها بشكل عام عن طريق اكتشاف التقسيم المالي المعد من طرف مؤسسة معينة في مقر مؤسسة أخرى، على أن يثبت أنه تم إبلاغ التقييم المالي مسبقاً قبل تاريخ العروض، أو أن يتم ملاحظة تماثلات غير مبررة تشابهات دقيقة بين عروض المؤسسات المتقدمة بعروضها لنفس المناقصة.

لا يمكن تصور اتفاق محظور في سوق تتعدم فيه المنافسة، ويتم إثبات الإتفاق المقيد للمنافسة بكل وسائل الإثبات المادية والقرائن وتبادل المعلومات بين مختلف هياكل المنافسة لغرض قمع هذه الممارسات.¹⁰⁶

الفرع الثاني: الممارسات التعسفية

لكي تكون منافسة في سوق ما مزيفة لا بد أن توجد ممارسات تعسفية، التي تصدر عن المؤسسات القوية، لأن هذه المؤسسات تتحرر من الضغوطات التي تفرضها عليها عملية المنافسة وتخضع من درجة المنافسة السائدة في السوق، ويحدث ذلك إذا حازت المؤسسة على هيمنة في سوق مادة أو خدمة (أولاً)، كما يقع تزيف المنافسة أيضاً إذا كان لدى المؤسسة هيمنة نسبية على مؤسسة أو مؤسسات معينة يسمح لها بممارسة نفوذ اقتصادي عليها ويتم ذلك بواسطة الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية (ثانياً)، كما يمكن أيضاً تقييد المنافسة عن طريق البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي (ثالثاً).¹⁰⁷

أولاً: التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

إن الحجم الكبير للمؤسسة والذي يسمح باكتساب مركز قوي في السوق غير ممنوع في حد ذاته، وإنما يمنع القانون التعسف في استعمال هذه القوة الاقتصادية خاصة عندما يكون الهدف منها الحد والإخلال بحرية المنافسة الحرة عن طريق إقصاء المتنافسين الآخرين من ممارسة النشاط الاقتصادي في السوق¹⁰⁸. وفي هذا الإطار تنص المادة 7 من قانون المنافسة على أنه: "يمنع كل تعسف ناتج عن هيمنة على سوق أو احتكار له أو على جزء منه".

غير أن المشرع الجزائري قد تأخر في تنظيم هذه الممارسة إلى أن صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، بحيث أشارت المادة 05 منه على أنه: "تحدث هذه الحالة في غياب حل بديل". ولكن لم يتم تنظيم هذه الممارسة المقيدة للمنافسة بصفة واضحة إلا بصدر الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي يعرف وضعية التبعية الاقتصادية ب "العلاقة التجارية التي لا يكون

¹⁰⁶ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 88.

¹⁰⁷ - براهيم فضيلة، المرجع السابق، ص 89.

¹⁰⁸ - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 85.

فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زيونا أو ممونا¹⁰⁹.

إن التعسف الناجم عن الهيمنة على السوق أو على جزء جوهري منه غالبا ما يكون من فعل مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات فالمادة 7 المشار إليها أعلاه تمنع هذا التعسف. فتكون في وضعة هيمنة كل مؤسسة تتواجد في موضع يسمح لها بأن تلعب دورا رئيسيا في السوق ما للسلع والخدمات دون أن يكون بمقدور أي منافس آخر توفير بدائل معتبرة سواء لزبائن أو موردين المؤسسة المتواجدة في هذه الوضعية¹¹⁰.

ومن خلال قراءة نص المادة السابعة من قانون المنافسة أعلاه نفهم بأن وضعية الاحتكار situation de monopole قد تمثل وضعية هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة المعنية تشمل على جميع حصص السوق أو على القسط الأكبر منها الأمر الذي يجعلها لا تخضع إلى أية منافسة، وبالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تمركزا أكيدا للقوة الاقتصادية ففي هذه الحالة فإن الفعل غير الشرعي لا يتجسد في مجرد الهيمنة على السوق وإنما يتمثل في إستغلال هذه الهيمنة، لذلك فإن قانون المنافسة لا يمنع وضعية الهيمنة في حد ذاتها، إنما يمنع التعسف في إستغلالها¹¹¹.

ثانيا: التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية

لقد تعرض المشرع الجزائري للتعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية في المادة 11 من القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة¹¹²، وهذا لم يكن في ظل القانون السابق الملغى (أمر 95-06) حيث كان ينظر إلى هذا النوع من الممارسات كصورة من صور التعسف الناتج عن الهيمنة على السوق، لكن التطور الذي حدث مع مرور الوقت جعل الأمر عكس ذلك مما دفع بالمشرع إلى تخصيص مادة لتبيان الحالات التي يكون فيها العون الاقتصادي في حالة تعسف في إستغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى سواء كانت له بمثابة ممون أو زيون.

فتنص المادة 11 من قانون المنافسة على أنه "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زيون أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة" فتتحقق التبعية الاقتصادية عند ما يكون الزيون في تبعية إزاء الممون وذلك بالنظر إلى العلامة المحكرة منه أو نظرا

¹⁰⁹-أنظر المادة 58 من الأمر 03-03، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹¹⁰- ناصر نبيل، المرجع السابق، ص 81.

¹¹¹- ناصر نبيل، المرجع نفسه، ص 89.

¹¹²- أنظر المادة 11 من القانون 08-12، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

لتقنياته العالية التي يستعملها أو حصته في السوق، وعندما يكون أيضا الزبون في أزمة مالية يفرض عليه الممون عقود طويلة المدى وفي هذه الحالة أيضا تتحقق وضعية التعسف في حالة التبعية الاقتصادية.

وفي الأخير نلاحظ أن المشرع في حالة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية ينظر ويركز على الطرف الضعيف في هذه العلاقة التجارية. فالأصل يكون لكل الطرفين نفس الحقوق عند إبرام العقد، ولكن في هذه الحالة يكون لمؤسسة ما قوة تهيمن بها على باقي المؤسسات الأخرى الآن هذه الأخيرة مجبرة على التعاقد بالشروط التي تفرضها على المؤسسة الأولى، ففي حالة إبرام العقود معها للحصول على السلعة أو الخدمة تكون خاسرة نظرا لما ستدفعه كمقابل، فإذا ما رفضت التعاقد ستوقف الأعمال والمشاريع الاقتصادية التي تقوم بها¹¹³.

ثالثا: البيع بأسعار منخفضة تعسفا

تنص المادة 12 من قانون المنافسة على أنه "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق"¹¹⁴.

فالغرض من حظر مثل هذا النوع من البيوع يعود بالدرجة الأولى إلى الأضرار التي قد تلحق بالمؤسسات الأخرى التي تزاوول نفس النشاط الاقتصادي مع العلم أن القانون المدني لا يمنع من البيع بسعر أدنى من سعر السلعة الحقيقي وهو ما يعرف بالبيع بطريق الوضعية أي بخسارة جزافية أو بخسارة بنسبة مؤوية من رأس المال وبالنسبة للمتدخل فنجد أنه يعتمد البيع بسعر منخفض تعسفا وفي الحقيقة يعتبر بيعا بخسارة لأنه أقل من سعر التكلفة وبالتالي إذا أمعنا النظر في المادة 12 السابقة الذكر نجد أن المشرع ذكر ثلاث أنواع من العمليات التي قد يصيها البيع بسعر منخفض، وهي البيع بسعر أقل من كلفة الانتاج، البيع بسعر أقل من كلفة التحويل، البيع أقل من كلفة التسويق¹¹⁵.

¹¹³-زويبرأرزقي، المرجع نفسه، صص 108-109.

¹¹⁴- أنظر المادة 12 من القانون رقم 08-12 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹¹⁵- هناك من الشراح من يميز البيع بخسارة عن البيع بأسعار منخفضة تعسفا، إلا أننا نقول بأنه إذا كان هذا الخلاف ظاهرا بداية فإنه ليس كذلك نهاية، لأنه بالرجوع إلى الممارسات التي يقوم بها المتدخلين في كل النوعين نجد بأن لها نفس النتيجة وهي الخسارة إما نتيجة إعادة البيع للسلعة على حالها أو الخسارة بالرجوع إلى قيمة التكلفة الخاصة بالانتاج أو التحويل أو التسويق، كما أن المشرع كان صريحا في المادة 12 من قانون المنافسة إذا إعتد سعر التكلفة وليس سعر الشراء الحقيقي، كما أن المادة 19 فقرة 01 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تنص على أنه "يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي" وعليه فلما كان الغرض من هذين النوعين من البيوع هو إضلال المستهلك والاحتيال عليه لزاما إدراجها ضمن فئة إختصاص مجلس المنافسة. أنظر في ذلك: زويبرأرزقي، المرجع السابق، ص 112.

الفرع الثالث: التجميعات الاقتصادية

يتميز اقتصاد السوق بظاهرة اقتصادية تتمثل في تجميع أو تركيز المؤسسات الاقتصادية الذي يساعد على تكوين وإنشاء وحدات اقتصادية ضخمة، بغرض السيطرة والتحكم في النشاط الاقتصادي ومراقبته، فإذا كانت حرية المبادرة الخاصة تخول للأعوان الاقتصاديين الحق في الاندماج وإنشاء المؤسسات المشتركة، فإن التركيز قد ينعكس سلباً على المنافسة الحرة، حيث يؤدي إلى تغيير في بنية وتركيب السوق وزوال إستقلالية الأعوان المجتمعين¹¹⁶.

فحسب المشرع الجزائري فإن عملية التجميع هي إندماج مؤسستين أو أكثر كانت مستقلة من قبل، أو إنشاء مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف المؤسسة الاقتصادية المستقلة، أو إذا حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق شراء أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى¹¹⁷.

ولقد نصت المادة 18 من قانون المنافسة¹¹⁸ على أنه تطبق أحكام المادة 17 كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، فالمشرع وضع حداً أو نسبة مئوية لا يجوز للأعوان الاقتصاديين تجاوزها ألا وهي 40% مما يعني أن العمليات التي تقل عن ذلك لا تخضع للمراقبة. ويمكن أن ينقسم التجميع إلى تجميع يتم بين مؤسستين متنافستين في نفس المجال وهو التجميع الأفقي والتجميع الذي يتم بين منتج وموزع وهو التجميع العمودي، إضافة لذلك فهناك تجميع تنويعي الذي يتم بين مؤسستين ليست متنافستين ولا قد سبق التعامل بينهما¹¹⁹.

المطلب الثاني: جرائم الفساد المخلة بمبدأ المنافسة الحرة

في إطار مكافحة جرائم الفساد، نص المشرع الجزائري من خلال القانون 06-10 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على مختلف الجرائم المتعلقة بالفساد.

¹¹⁶ - كثر محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 98.

¹¹⁷ - أنظر المادة 15 من القانون رقم 08-12، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹¹⁸ - تنص المادة 18 على: "تطبيق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة".

¹¹⁹ - إبراهيم فضيلة، المرجع السابق، ص 94.

ولمّا كانت الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، والوسيلة القانونية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية من أجل تسيير هذه الأموال، فإنها تعدّ بذلك المجال الخصب للفساد بكل صوره.¹²⁰

الفرع الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

نصت على هذه الجريمة المادة 28 فقرة 1 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهي المادة التي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد، ويطلق على هذه الجريمة كذلك اسم جنحة المحاباة *Délit de favoritisme*.¹²¹

أولاً: صفة الجاني

يفترض أن يكون الجاني في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وفقاً لنص المادة 26 فقرة 1 من قانون الفساد المذكور أعلاه، موظفاً عمومياً، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة وفي باقي جرائم الفساد التي بها الموظفون العموميون، لذلك سنوضح تعريف الموظف العمومي وفقاً لقانون الفساد في هذه الجريمة مع الإحالة إليه في باقي الجرائم التي سنتطرق لها والتي تكون فيها صفة الجاني موظفاً.¹²²

وعرف قانون مكافحة الفساد من خلال المادة 2 فقرة 2 منه الموظف العمومي:¹²³

كل شخص يشغل منصبا تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

كل شخص آخر تولى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

كل شخص آخر معروف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

¹²⁰ - بوخذة لزهري، بركاني شوقي، المرجع السابق، ص 23.

¹²¹ - شروقي محترف، المرجع السابق، ص 23.

¹²² - أنظر المادة 26 فقرة 1 من القانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل و متمم.

¹²³ - أنظر المادة 2 فقرة 2 من القانون رقم 06-01، المرجع نفسه.

ثانياً: الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة، أو ملحق أو مراجعة دون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري العمل بها بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير، وإن الركن المادي لهذه الجريمة ينبنى على عنصرين أساسيين.

العنصر الأول يتمثل في السلوك الإجرامي، الذي يتمثل في السلوك المجرم في جنحة المحاباة في قيام الجاني وهو الموظف العمومي على حسب ما هو معرف بنص المادة (2) فقرة 2 من قانون مكافحة الفساد على النحو السابق بيانه، بإبرام أي عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيرته مخالفة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها.¹²⁴

والعنصر الثاني يتمثل في الغرض من السلوك الإجرامي، فلا يكفي لتحقيق الركن المادي للجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية قيام الموظف بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها.

وإنما يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل، هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الجاني، وإلا عدّ الفعل رشوة وهي جريمة قائمة بحدّ ذاتها في مجال الصفقات العمومية، وعليه فلا تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف هو من مخالفة هذه النصوص هو تبجيل محاباة أحد المتنافسين على غيره ويعنصر الغرض يتضح أن الغاية من تحريم هذا الفعل هو ضمان مبدأ المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقة أو العقد، وإرساء لمبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية.¹²⁵

وتجدر الإشارة أنه على القاضي إبراز العنصرين المكونين للركن المادي لهذه الجريمة وذلك بتبيان الإجراء المخالف وربطه بمن رست عليه الصفقة، مبرزاً العلاقة بين الإجراء المخالف وإجراء منح الصفقة لأحد المترشحين، ويتضح له ذلك من خلال ملف الصفقة المدرج بملف القضية.¹²⁶

ثالثاً: الركن المعنوي

جنحة المحاباة هي جريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإدارة، كما تتطلب توافر القصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة.

¹²⁴ - شروقي محترف، المرجع السابق، ص ص 29-30.

¹²⁵ - بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (فرع قانون السوق)، جامعة جيجل، 2008، ص 45.

¹²⁶ - بوخذة لزه، بركاني شوقي، المرجع السابق، ص ص 33-34.

ويمكن التأكد من توفر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال تكرار العملية والوعي التام للجاني بمخالفة القواعد الإجرامية أو من استحالة عدم العلم بها بحكم الوظيفة التي يشغلها، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية، فتقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازات غير مبررة لا يبحث عن فائدته الخاصة وإنما عند فائدة مؤسسة عمومية، كما لا يؤثر في قيامها مدى استقامة ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية.

ومتلما هو الحال بالنسبة للركن المادي، فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بنية الجريمة للمتهم، سواء بالنسبة لقضاة الحكم أو قضاة التحقيق.¹²⁷

الفرع الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

نصت على هذه الجريمة المادة 26 فقرة 2 من قانون مكافحة الفساد،¹²⁸ والتي تقضي بـ: «كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرفية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

وقد كانت هذه الجريمة مدرجة بنص المادة 128 مكرر فقرة 2 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد.¹²⁹

أولاً: صفة الجاني

تقتضي المادة (26) فقرة 2 من قانون مكافحة الفساد أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجر أو صناعي أو حرفي أو متعامل من القطاع الخاص، وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص.¹³⁰

¹²⁷ - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص ص 48-50.

¹²⁸ - أنظر المادة (26) فقرة 2 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالفساد ومكافحته، المرجع السابق.

¹²⁹ - شروقي محترف، المرجع السابق، ص 42.

¹³⁰ - أنظر المادة 26 فقرة 2 من القانون رقم 06-01، يتعلق بالفساد ومكافحته، المرجع السابق.

ويطلق على هؤلاء تسمية الأعوان الاقتصاديين كما يطلق عليهم اسم المتعامل المتعاقد في حالة إبرام صفقة عمومية أو اتفاقية وفقاً لأحكام قانون الصفقات العمومية.

ويتضح من خلال المادة أن المشرع حصر في بداية الأمر صفة الجاني في التاجر أو الصناعي أو المقاول أو الحرفي، ثم عممها على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإبرام صفقة أو عقد مع إحدى الهيئات المذكورة في المادة.¹³¹

والمقصود بالشخص الطبيعي كل شخص يبرم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية ويحوز على صفة تاجر أو حرفي.

أما الشخص المعنوي فيتمثل عموماً في شركات الخدمات والتجهيز ومقاولات الأشغال.

وتجدر الإشارة إلى أن صفة الجاني الذي يمكن مساءلته في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، تقتضي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص دون الأشخاص المعنوية من القطاع العام.¹³²

ثانياً: الركن المادي

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقداً أو صفقة مع الدولة أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة.

وعليه فالركن المادي يقوم على عنصرين هما السلوك الإجرامي الذي يتمثل في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، إضافة إلى السلوك الإجرامي يوجد الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين أو سلطة وتأثير أعوان الدولة التابعة لها، من أجل الزيادة في الأسعار أو التعديل لصالحه نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم.¹³³

ثالثاً: الركن المعنوي

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، جريمة عمدية يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام الذي يتمثل في العلم والإدارة، إضافة إلى القصد الجنائي الخاص الذي يتمثل في نية الجاني للحصول على امتيازات غير مبررة.

¹³¹ - بوخذة زهر، بركاني شوقي، المرجع السابق، ص 43-44.

¹³² - المرجع نفسه، ص 44.

¹³³ - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص 51-53.

وكغيرها من الجرائم على القاضي أن يبيّن في الحكم أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من صفة الجاني وسلطة أو تأثير العون العمومي بالنظر إلى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني، وكذا يتبين الركن المعنوي وتوافر القصد الجنائي لدى الجاني من أجل إدانته.¹³⁴

الفرع الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

نصت على هذه الجريمة المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والتي تنص على: «يعاقب بالحبس من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات تصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.¹³⁵

أولاً: صفة الجاني

تقتضي المادة 27 من قانون الفساد المذكورة أعلاه أن يكون الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية موظفاً عمومياً حسب¹³⁶ ما هو معروف بالمادة 2 فقرة 2 من قانون الفساد وهي نفس الصفة التي يشترط توافرها في جريمة رشوة الموظفين العموميين في صورة الرشوة السلبية.¹³⁷

ثانياً: الركن المادي

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة وفق للمادة 27 على قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها، سواء بنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.

والركن المادي يقوم على عنصرين هما قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة ويكتمل تحقق الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بقبض أو محاولة قبض الجاني لأجرة أو فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء

¹³⁴ - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص 53.

¹³⁵ - أنظر المادة 27 من القانون رقم 06-01، يتعلق بالفساد ومكافحته، المرجع السابق.

¹³⁶ - بوخندة لزهري، بركاني شوقي، المرجع السابق، ص 48.

¹³⁷ - أنظر المادة 2 فقرة 2 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالفساد ومكافحته، المرجع السابق.

مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى المؤسسات العمومية المذكورة في نص المادة 27.¹³⁸

ثالثاً: الركن المعنوي

يشترط لقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني ويتمثل في العلم والإدارة، ويتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى قبض أو محاولة قبض الأجرة أو المنفعة، مع علمه بأنها غير مبررة وغير مشروعة.¹³⁹

الفرع الرابع: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية

نصت على هذه الجريمة المادة 35 من قانون مكافحة الفساد التي تقضي: «يعاقب بالحبس من سنتين 02 إلى عشر 10 سنوات وبغرامة من 2000.000 دج إلى 1000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري، وإما عن طريق شخص آخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديراً لها أو مشرفاً عليها بصفة كلية أو جزئية وكذلك من يكون مكلفاً بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت».

أولاً: صفة الجاني

تشتترط المادة 3 من قانون الفساد أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي، لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو الموظف الذي يكون مكلفاً بإصدار إذن بالدفع في عملية، أو يكون مكلفاً بصفته أمراً.

وعليه فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تشمل الموظف العمومي كما هو معرف بنص المادة 02 فقرة 2 من قانون الفساد على النحو السابق بيانه في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.¹⁴⁰

ثانياً: الركن المادي

يقوم الركن لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية على إقدام الجاني على أخذ أو تلقي فائدة من عمل من أعمال وظيفته تكون له فيها سلطة الإدارة أو الإشراف سواء كانت له أو لغيره وسواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق.¹⁴¹

¹³⁸ - بوخندة زهر، المرجع السابق، ص ص 49-50.

¹³⁹ - شروقي محترف، المرجع السابق، ص 49.

¹⁴⁰ - شروقي محترف، المرجع السابق، ص ص 52-53.

كذلك حددت المادة 35 العمليات التي يحظر فيها على الموظف أخذ أو تلقي فائدة، وهي العقود والمناقصات والمزايدات والمقاولات.

ثالثاً: الركن المعنوي

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية، ذلاً اشترط لقيام الركن المعنوي فيها توافر قصد جنائي عام لدى الجاني والمتمثل في العلم والإرادة.

فتقتضي هذه الجريمة أن يكون الجاني وقت ارتكاب الجريمة عالماً بأنه موظف، وأنه مختص بالإدارة والإشراف على الأعمال التي أقحم عليها المصلحة الخاصة لنفسه أو غيره، وعالماً بأن من شأن فعله تحقيق فائدة أو ربح، وعالماً بأنه في حالة تحقيق هذه الفائدة أن ذلك بدون حق.

كما تقتضي أيضاً هذه الجريمة أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل، فإذا جهل أن اختصاصه يتضمن هذا الفعل ينقضي القصد لديه.¹⁴²

المبحث الثاني: متابعة الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة

لقد اهتم المشرع الجزائري بضرورة مراعاة المنافسة في الشراء العمومي كالصفقات العمومي وتوفير الشفافية والمساواة بين المقاولين في جميع مراحل الصفقة، وقد فرض بعض الالتزامات على الإدارة تتمثل في اتخاذ الحيطة عند اختيار المتعاقد معها.

لذا يمكن القول أنه يتعين على الشخص العام بالكشف عن الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة أثناء دراسة عروض المترشحين وهذا ما رأيناه في السابق، إضافة لذلك فيلتزم الشخص العام المسؤول على الصفقة أن يتأكد عند إجراء صفقة عمومية أن قواعد المنافسة الحرة قد أحترم فعلياً، ويكون ذلك عن طريق إتباع إجراءات المتابعة الإدارية (المطلب الأول)، والمتابعة القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المتابعة الإدارية

إن الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة تكون موضوعاً للإحتجاج عن طريق إخطار مجلس المنافسة، فالممارسات الصادرة إما عن المؤسسات المتنافسة أو الصادرة عن الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع تكون منفصلة عن قرارات السلطة العامة.

¹⁴¹ - زوزوليك، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق (فرع قانون جنائي)، جامعة ورقلة، 2012، ص 130.

¹⁴² - المرجع نفسه، ص ص 135-136.

فتقدّم المؤسسات لنيل الطلبات العمومية دليل على أنها تمارس نشاطا اقتصاديا بغض النظر عن كونها من أشخاص القانون الخاص أو العام.

ولذا فإذا ارتكبت هذه المؤسسات ممارسة مقيدة للمنافسة فإنها تخضع إلى متابعة مجلس المنافسة، فتتص المادة 6 من قانون المنافسة على أنه: «تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى مرحلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهرية منها...السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات»، فرغم اعتماد نظام الصفقات العمومية على ممارسات المشتري العمومي أو الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، إلا أنها تكون خاضعة لقانون المنافسة وبالتالي تخضع لمراقبة مجلس المنافسة.¹⁴³

وبهذا الصدد سوف نتطرق إلى دراسة النظام القانوني لمجلس المنافسة (فرع أول)، ثم سنحاول إبراز اختصاصات مجلس المنافسة (فرع ثاني).

الفرع الأول: النظام القانوني لمجلس المنافسة

إن إحداث المشرع لمجلس المنافسة كان لأول مرة بموجب الأمر رقم 95-06، لكن هذا الأخير لم يكتفِ بالنص على أنه مجلس يكلف بترقية المنافسة وحمايتها، دون التطرق إلى طبيعته القانونية.¹⁴⁴ وبصدور الأمر 03-03 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة وضح هذه المسألة وإعترف صراحة بأن مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة وذلك في نص المادة 23 منه والتي تنص: «تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بشخصية القانونية الإستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة. يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر»¹⁴⁵.

ومن خلال هذه المادة فقد تم تكييف مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة، تتمتع بالشخصية القانونية والإستقلالية المالية و هي تابعة لوزارة التجارة.

أولاً: مجلس المنافسة سلطة

¹⁴³ - كثر محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 73-101.

¹⁴⁴ - ناصري نبيل، المرجع السابق، ص. 130.

¹⁴⁵ - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

إن إضفاء المشرّع مصطلح "سلطة" على مجلس المنافسة، يتعيّن عليه منحه الصلاحيات القانونية الكاملة لتنفيذ مهامه المتمثلة في منع وقمع كل الممارسات التي من شأنها المساس بالمنافسة، ووضع حد للاحتكارات الاقتصادية، والأهم وضع حدّ للنزاعات المترتبة عنها. فعلى غرار السلطات الإدارية المستقلة المستحدثة، تم تكليفها بمهمة ضبط النشاط الاقتصادي، وهي المهمة التي تختص بها أصلاً السلطات الوزارية¹⁴⁶.

من هنا يظهر حلول مجلس المنافسة محل السلطة التنفيذية في مسألة معاينة الممارسات المنافية للمنافسة، وحلولة محل السلطة القضائية في مهمة قمع الممارسات المنافية للمنافسة¹⁴⁷.

ثانياً: مجلس المنافسة سلطة مستقلة

إن فكرة الاستقلالية تقتضي عدم خضوع مجلس المنافسة لأية وصاية إدارية، ولأية سلطة رئاسية كانت. واستقلالية المجلس تظهر أكثر وبصفة واضحة بموجب الأمر 95-06 المتعلّق بالمنافسة، مقارنةً بالأمر 03-03¹⁴⁸.

ولإثبات استقلالية المجلس يُمكن الاعتماد على معيارين، معيار عضوي ومعيار وظيفي¹⁴⁹. بالنسبة للمعيار العضوي، يتبيّن لنا إلى حدّ ما استقلالية أعضاء المجلس اتجاه السلطة المكلفة بتعيينهم، فهم يُعيّنون لمدة قانونية محددة (خمس سنوات قابلة للتجديد).

أما بالنسبة للمعيار الوظيفي، فاستقلالية مجلس المنافسة تتأكّد، على أساس أنّ مجال اختصاصه جاء محصوراً، كما سنرى ذلك لاحقاً.

لكن يُمكن أن تُثير استقلالية المجلس إشكالات قانونية، لاسيما من وجهة نظر القانون الأساسي. فكما نعلم أن سلطات الدولة منظمّة على سبيل الحصر وهي السلطة التنفيذية، والسلطة التشريعية، والسلطة القضائية¹⁵⁰. فمنح الاستقلالية لمجلس المنافسة يمكن أن يؤدي بالبعض إلى اعتباره بمثابة سلطة رابعة.

¹⁴⁶ - ZOUAÏMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendants et la régulation économique », Revue IDARA, N° 28, 2004, pp. 31.

¹⁴⁷ - كـتـو محمد الشريف، « حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة»، مجلة إدارة، عدد 23، 2002، ص 53-76.

¹⁴⁸ - أنظر المادة 16 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، المرجع سابق.

¹⁴⁹ - كـتـو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، المرجع السابق، ص. 268.

¹⁵⁰ - المرجع نفسه، ص. 272.

لا يُمكن التمسك بالاستقلالية المطلقة لمجلس المنافسة، كون أنه يبقى تابع لمصالح الحكومة حسب ما تنص عليه المادة 23 من الأمر 03-03، فمجلس المنافسة على غرار السلطات الإدارية الأخرى يجب أن تعمل تحت مراقبة السلطة التنفيذية، وذلك حتى تتماشى مع الصرح المؤسساتي للدولة. فالمجلس ليس بسلطة رابعة، وإنما هي سلطة إدارية تدخل في عداد إدارات الدولة.

مهما يكن فنطاق استقلالية المجلس يبقى محدود، بحيث تظل الحكومة تحتفظ ببعض وسائل التأثير عليه، لاسيما الإعانات المالية التي تمنحها الدولة إياه¹⁵¹. كما تظهر محدودية هذه الاستقلالية بالرجوع إلى تشكيلته (تعيين الوزير ممثل له في المجلس)، وطريقة تعيين أعضائه، وكذا تحديد نظام سيره¹⁵².

لكن مع كل هذا، يبقى المجلس يتمتع بنوع من الاستقلالية. فتبعية المجلس للحكومة لا يتنافى مع مبدأ الاستقلالية¹⁵³. وتظهر استقلالية المجلس من خلال تمتعه بسلطات معتبرة، تسمح له بممارسة مهامه بعيداً عن كل مراقبة مباشرة من سلطة تلوه. وفي نظرنا لا يطرح إشكال منح مجلس المنافسة الاستقلالية في ممارسة صلاحياته التنافسية، مادامت هذه الصلاحيات مبينة على سبيل الحصر.

ثالثاً: مجلس المنافسة سلطة إدارية

بالرجوع إلى أحكام المادة 23 السالفة الذكر من الأمر 03-03، نستخلص إضفاء المشرع وبصفة صريحة الطابع الإداري لمجلس المنافسة. كما يمكن استنتاج وتأكيد ذلك اعتماداً على معيارين، وهما المعيار العضوي، والمعيار الوظيفي¹⁵⁴.

بالنسبة للمعيار العضوي، يتبين الطابع الإداري لمجلس المنافسة بالرجوع إلى تشكيلته، وطريقة تعيين أعضائه. إذ تتكفل بهذه المهمة السلطات السياسية كرئيس الجمهورية، وكذا تعيين وزير التجارة ممثلاً له.

أما بالنسبة للمعيار الوظيفي، يتأكد الطابع الإداري للمجلس من خلال حلوله محل الإدارة التقليدية للتكفل بمهمة السهر على تطبيق أحكام قانون المنافسة، الذي يتميز بخصائص القانون الإداري. فالهدف من وضع قانون المنافسة هو محاولة التوفيق بين حماية السير الحسن للسوق، وحماية¹⁵⁵ مصالح الأعوان الاقتصاديين.

¹⁵¹ - لباد ناصر، «السلطات الإدارية المستقلة»، مجلة إدارة، عدد 21، سنة 2001، ص.21.

¹⁵² - KHELLOUFI Rachid, « Les institutions de régulation en droit algérien », Revue IDARA, N°28, 2004, pp.96

¹⁵³ - ZOUAÏMI Rachid, « Les autorités administratives indépendants et la régulation économique », op.cit., p.36

¹⁵⁴ - ZOUAÏMI Rachid, « Les autorités administratives indépendants et la régulation économique », idem, p.32

¹⁵⁵ - KHELLOUFI Rachid, « Les institutions de régulation en droit algérien », op.cit., p.75.

وفي الأخير يُمكن الفصل في الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، والتأكيد على أنه بمثابة سلطة إدارية مستقلة، بالرغم من أن المشرع لم يُكيفية على هذا النحو بصريح العبارة¹⁵⁶.

إن تأسيس مجلس المنافسة كسلطة إدارية، الغاية منه هو ترقية وحماية المنافسة. ولتحقيق هذا الهدف، يتصرف بصفته هيئة استشارية من خلال الرد على التساؤلات التي تتقدم بها بعض الأطراف الفاعلة في السوق. والأهم من ذلك تصرفه كسلطة تنازعية، أي اتخاذه لجميع الإجراءات التي تسمح له بوضع حد للمنازعات المتعلقة بالمنافسة.

الفرع الثاني: اختصاصات مجلس المنافسة

باستقراء نصوص قانون المنافسة، فنجد أن المشرع الجزائري أوكل لمجلس المنافسة إختصاصات واسعة، وذلك من أجل تمكينه من ممارسة مهمته الضبطية، فهو مكلف بمهمة ضبط النشاط الاقتصادي، والتي تتمثل أساسا في الاختصاص الاستشاري والتنظيمي من جهة، فيمكن لمجلس المنافسة أن يستشار من طرف الأشخاص المؤهلين كونه خبير في مجال المنافسة، كما يمكن له إتخاذ كل تدبير على شكل نظام أو تعليمة أو منشور، إلا أن هذا الاختصاص خارج عن دراستنا.

ومن جهة أخرى وباعتبار أن مجلس المنافسة سلطة مكلفة بالسهر على تطبيق التنظيمات والقوانين الخاصة بالمنافسة، فإنه يستلزم على المشرع منحه اختصاص قمع كل ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة، ولغرض الكشف عن هذه الممارسات والأفعال المحظورة يحيل مجلس المنافسة القضية إلى التحقيق فيمكن له في بعض الحالات إتخاذ بعض التدابير والتي تهدف إلى مراقبة الناشطين في مجال المنافسة دون إتخاذ تدابير قمعية، وعندما تفرض الضرورة يقوم بالأمر بعقوبات تهدف إلى قمع الممارسات المقيدة لمبدأ المنافسة الحرة.

أولا: الاختصاص الرقابي لمجلس المنافسة

يكمن الاختصاص الرقابي لمجلس المنافسة في مراقبة تصرفات الأعوان الاقتصاديين الناشطين في مجال المنافسة ومدى احترامهم للقوانين والتنظيمات الخاصة بهذا المجال.

فوفقاً للمادة 37 من قانون المنافسة المعدل والمتمم فيمكن لمجلس المنافسة القيام بكل الأعمال المقيدة التي تندرج ضمن اختصاصه لاسيما كل تحقيق أو دراسة أو خبرة للكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة، إضافة إلى إتخاذ كل إجراء مناسب لوضع حد على القيود المترتبة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية.¹⁵⁷

¹⁵⁶-KHELLOUFI Rachid, «Les institutions de régulation en droit algérien», op.cit.,p96

¹⁵⁷- أنظر المادة 49 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

من خلال القانون رقم 12/08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة¹⁵⁸، فقد حدد المشرع الجزائري الأشخاص المؤهلين للقيام بالتحقيقات المتعلقة بتطبيق قانون المنافسة ومعاينة ومخالفة أحكامه¹⁵⁹، وهم ضباط وأعاون الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، والمستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، الأعاون المعنويين التابعون لمصالح الإدارة الجبائية، وكذا المقرر العام والمقررون لدى مجلس المنافسة بعد أداء اليمين في نفس الشروط والكيفيات التي تؤدي بها من طرف المستخدمين وعلى العموم فإن التحقيق يمر بمرحلتين:

مرحلة التحري التي من خلالها يمكن للمقرر فحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنح من ذلك بحجة السر المهني، بحيث أن كل لهم المشرع مجموعة من الصلاحيات¹⁶⁰، وتختتم هذه المرحلة بتحرير تقرير أولي يتضمن عرضاً للوقائع وتحليلاً دقيقاً للسوق المعينة بتلك الممارسات ووصفاً واضحاً لها محدداً تعارض تلك السلوكات مع مبدأ المنافسة الحرة والمأخذ المسجلة على الأطراف المدعي منها.

ومرحلة التحقيق الحضور التي تتضمن أيضاً مرحلتين أساسيتين، حيث أن الأولى تبدأ بإرسال المأخذ وتبليغها إلى الأطراف المعنية الذين يمكن لهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل لا يتجاوز 3 أشهر بعد الإطلاع على الملف كما يمكن للأشخاص الذين استمع إليهم الاستعانة بمستشار¹⁶¹، وحين أن الثانية تكمن بتبليغ التقرير النهائي إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكن لهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين كما يحدد أيضاً تاريخ الجلسة ويمكن للأطراف أن تطلع على الملاحظات المكتوبة قبل 15 يوماً من تاريخ الجلسة، ويمكن للمقرر إبداء رأيه في الملاحظات المكتوبة¹⁶²، كما يمكن للأطراف تعيين ممثلاً عنها أو إحضار معها محامياً أو أي شخص تراه مناسباً¹⁶³، ولا يمكن لمجلس المنافسة بناء قراره على مستندات ووثائق سحبت من الملف¹⁶⁴.

¹⁵⁸ - القانون رقم 12/08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁵⁹ - أنظر المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03/03، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁶⁰ - أنظر المادة 51 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق، وكذا المادة 52 من الأمر رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ع 41 مؤرخ في 27 جوان 2004.

¹⁶¹ - أنظر المادة 52 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

¹⁶² - أنظر المادة 55 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁶³ - أنظر المادة 30 من الأمر نفسه.

¹⁶⁴ - أنظر المادة 30 فقرة 3 من الأمر نفسه.

بالإضافة إلى مرحلة التحقيق تأتي مرحلة ثانية للاختصاص الرقابي لمجلس المنافسة وهي مرحلة آثار التحقيق، حيث يمكن لمجلس المنافسة إتخاذ إجراءات تحفظية وفقاً للمادة 46 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، وذلك عندما يكون الإخطار أصلياً، وتتوفر فيه كافة الشروط الشكلية والموضوعية.

ويجب أن تكون الممارسة تمس بشكل فوري وخطير بالاقتصاد الوطني أو القطاع المعني أو مصالح المستهلكين أو الجهة المشتكية ويجب أن تثبت مساس هذه الممارسات بالمنافسة الحرة بشكل فوري وخطير.¹⁶⁵

ويمكن الترخيص لعمليات التجميع وفقاً للمادتين 17 و 18 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة،¹⁶⁶ إذا توفرت شروط طلب الترخيص بعمليات التجميع المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع¹⁶⁷، ويمكن أيضاً لمجلس المنافسة الترخيص بالاتفاقات المحظورة والممارسات التعسفية استناداً إلى المادة 9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة وكذلك التصريح بعدم تدخله استناداً إلى المادة 8 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، وكيفية تقديم طلب الاستفادة من هذا التصريح بموجب المرسوم التنفيذي رقم 175/05.¹⁶⁸

ثانياً: الاختصاص القمي لمجلس المنافسة

يتمتع مجلس المنافسة بصلاحيات قمع الممارسات المخلة بالمنافسة الحرة، غير أن هذه الصلاحية محددة فقط على محاربة الممارسات المنصوص عليها في قانون المنافسة، وذلك بعدما يتم إخطاره من قبل الهيئات المخول لها قانوناً أو يتم مباشرة ذلك بنفسه.¹⁶⁹

فتقوم الجهات المعنية بإخطار مجلس المنافسة، بعد تأكده من توفر شروطه وكذا وقوع مثل تلك الممارسات، يتخذ المجلس عقوبات إدارية متمثلة أساساً في الغرامات المالية التي من خلالها يمارس المجلس سلطته القمعية.

والإخطار هو إعلام مجلس المنافسة بوقائع معينة من أجل إتخاذ الإجراءات الضرورية التي يخولها القانون، ويمثل الإخطار بداية إتصال مجلس المنافسة بالقضية ويمكن أن يكون الإخطار أصلياً كما يمكن أن يكون فرعياً¹⁷⁰.

¹⁶⁵ - كـتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 297.

¹⁶⁶ - أنظر المادتين 17 و 18 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁶⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 219/05 مؤرخ في 22 يونيو 2005 يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج ر ع 34 المؤرخ في 22 يونيو 2005.

¹⁶⁸ - مرسوم تنفيذي رقم 175/05 مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كـيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات وضعية الهيمنة على السوق، ج ر ع المؤرخ في 18 ماي 2005.

¹⁶⁹ - زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص 173.

لقد وضع قانون المنافسة قواعد إجرائية تنظم سير أعماله تبدأ بمجرد إخطار المجلس كإجراء أولى، حسب ما هو منصوص عليه في المادة 17144¹⁷¹ من قانون المنافسة، وتأتي بعد ذلك المرحلة التالية للإخطار والمقدم لدى مجلس المنافسة لتفتح المجال لهذا الأخير بفتح تحقيق قصد إثبات وقوع ممارسات وأفعال يحظرها قانون المنافسة¹⁷².

ويملك مجلس المنافسة صلاحية القيام بالتحقيقات، فقبول الإخطار من مجلس المنافسة لا يعتبر دليلاً كافياً على وقوع ممارسات منافية للمنافسة، وإنما لا بد عليه أن يباشر تحقيقاً حول الوقائع المراد التحقيق فيها قصد إضفاء المشروعية على أعماله، ويبقى على مجلس المنافسة أن يعمق التحقيق من أجل إثبات بما لا يدع مجالاً للشك لوقوع الممارسات والأفعال المحظورة، وهكذا ندرك أن عبئ إثبات الممارسات يقع على عاتق مجلس المنافسة، وهذا مبدأ تقليدي في قانون العقوبات ونقل إلى مجال تطبيق قانون المنافسة رغم أن هذا القانون ليس له الطابع الجنائي¹⁷³.

يحقق القرار في الطلبات والشكاوي المرفوعة لدى المجلس والتي يسندها له مجلس المنافسة، حيث يتولى مهمة فحص كل وثيقة مهما كانت طبيعتها وله أن يحجز المستندات ويضيفها إلى التقرير أو يرجعها بعد التحقيق. يقوم المقرر بعد جمع وفحص الأدلة المتحصل عليها بتحرير تقرير أولى يدون فيه وقائع القضية التي تم التحقيق فيها، ويبلغ رئيس المجلس هذا التقرير إلى الأطراف وكذا وزير التجارة وإلى كل من له مصلحة في ذلك ولهم أن يبدوا ملاحظاتهم في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر¹⁷⁴.

بعد النهاية من التحقيق الأولي يتم وضع تقرير ختامي للقضية يسجل فيه ما أورده المحقق في التقرير الأول وبين المخلفات المرتكبة ويقترح القرار الذي يتعين اتخاذه ثم يودع لدى المجلس ليبادر بعده الرئيس مهمة تبليغ الأطراف مع تحديد الجلسة للفصل في القضية¹⁷⁵.

ويتمتع مجلس المنافسة بسلطة توقيع الجزاء على الأطراف الذين ثبت إدانتهم نتيجة إنتهاك قواعد قانون المنافسة، حيث يتم ذلك في شكل جلسات تستدعي فيها كافة الأطراف الذين لهم صلة بالقضية وتم

¹⁷⁰ - أنظر المادة 44 فقرة 1 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁷¹ - تنص المادة 44 على: " يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة، و يمكن للمجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر إذا كانت لها مصلحة في ذلك.

¹⁷² - زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص 173.

¹⁷³ - كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 364.

¹⁷⁴ - أنظر المادة 51 و 52 من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁷⁵ - زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص 174.

استدعائهم من قبل رئيس المجلس والتي لا تصح إلا بحضور ثمانية أعضاء على الأقل¹⁷⁶. ولا يشارك في هذه المداولات الأعضاء الذين لهم مصلحة في القضية أو توجد بينهم وبين أحد الأطراف التي لها صلة قرابة إلى غاية الدرجة الرابعة، كما في حال تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس حسبما نصت عليه المادة 28 فقرة 4 من قانون المنافسة. ويتم صدور قرار مجلس المنافسة بعد إجراء المداولة يتمتع المجلس بسلطة اتخاذ مقررات وعقوبات مالية قصد وضع حدّ للممارسات التي توصف بأنها مقيدة للمنافسة، وذلك لإضفاء الصفة الرّدعية الحقيقية عليها لأن العقوبات المالية الحالية تجاوزها الزمن¹⁷⁷.

ويمكن تقسيم الغرامات المالية التي يتخذها مجلس المنافسة إلى غرامات مقررة لقمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة وذلك حسب المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألاّ تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6000.000 دج)¹⁷⁸.

ويتخذ كذلك مجلس المنافسة عقوبات على الشخص الطبيعي الذي ساهم بصفة احتيالية وشخصية في تنظيم وتنفيذ هذه الممارسات وذلك حسب المادة 57 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة التي تنص على: " لا يعاقب بغرامة قدرها مليوني دينار (2000.000 دج) كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها كما هي محددة في هذا الأمر"¹⁷⁹.

وكذا غرامات تفرض على المؤسسة المتحايلة في مرحلة التحقيق حسب المادة 59 من الأمر نفسه على: " يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ ثمانمائة ألف دينار (800.000 دج) بناء على تقرير المقرر ضد المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تنهون في تقديمها، طبقا لأحكام المادة 51 من هذا الأمر، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من طرف المقرر.

¹⁷⁶ - أنظر المادة 28 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁷⁷ - وزارة التجارة، مديرية المنافسة، منشور وزاري رقم 189/و ن/م ع/ض ن ت/م م/08، يتضمن تقديم كفاءات تطبيق قانون رقم 08-08 المعدل و المتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، أنظر في ذلك: براهيم فضيلة، المرجع السابق، ص 73.

¹⁷⁸ - أنظر المادة 56 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁷⁹ - أنظر المادة 57 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

يمكن للمجلس أيضا أن يحكم بغرامة تهديدية لا تقل عن مائة ألف دينار (100.000 دج) عن كل يوم تأخير¹⁸⁰.

وغرامات تهديدية حسب المادة 58 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على: "يمكن لمجلس المنافسة إذا لم تنفذ الأوامر والإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادتين 45 و46 من هذا الأمر في الأجال المحددة، أن يحكم بغرامات تهديدية لا تقل عن مبلغ مائة وخمسين ألف دينار (150.000 دج) عن كل يوم تأخير¹⁸¹.

وإضافة لذلك يقرر مجلس المنافسة غرامات في حالة مزاوله النشاط دون ترخيص لعمليات التجميع¹⁸²، هذا بالإضافة إلى العقوبات التكميلية¹⁸³.

وتكون قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام القرار.

ويرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من قانون المنافسة في أجل عشرين يوما¹⁸⁴.

أما الطعون المرفوعة ضد قراراته المتعلقة بالتجميعات الاقتصادية، فتسند إلى مجلس الدولة طبقا لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، مما يولد إجراءات خاصة وغير مألوفة في الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة الأخرى، فتتص المادة 19 فقرة 3 من القانون رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، أن الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة المتعلقة برفض التجميع يكون أمام مجلس الدولة، "...يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة.

المطلب الثاني: المتابعة القضائية

يقتضي نظام الصفقات العمومية احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في المعاملة وشفافية الإجراءات، كما رأينا سابقاً، وذلك يكون عن طرق تدخل القضاء لاحترام قواعد المنافسة فيمكن لقاضي الإداري أن يتدخل من خلال دعوى الاستعجال التي يمكن رفعها من طرف المقاولات التي تُعرض على طريقة منح الصفقة، وأيضاً من خلال رفع دعوى لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة

¹⁸⁰ - أنظر المادة 59 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة المرجع السابق.

¹⁸¹ - أنظر المادة 58 من الأمر نفسه.

¹⁸² - أنظر المادتين 61 و 62 من الأمر نفسه.

¹⁸³ - أنظر المادة 49 من الأمر نفسه.

¹⁸⁴ - أنظر المادة 63 من الأمر رقم 03-03 من الأمر نفسه.

القابلة للإنفصال عن الصفقة العمومية (الفرع الأول)، كما بإمكان القاضي الجزائري قمع العديد من الجرائم والممارسات المخلة بالمنافسة الحرة من خلال قانون الإجراءات الجزائية ومنه خلال قانون مكافحة الفساد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القضاء الإداري

يتدخل القضاء الإداري في سبيل احترام قواعد المنافسة الحرة من خلال دعوى الإستعجال، أو من خلال وضع رفع دعوى الإلغاء لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة القابلة للإنفصال عن الصفقة العمومية.

وقبل التطرق إلى تدخل القضاء الإداري وجب علينا الإشارة إلى التظلم الإداري المسبق، فبعد إرساء صفقة عمومية وإتمام إجراءات اعتمادها يملك المترشحين للصفقة العمومية والغير الراضين عن النتيجة اختيار الإدارة المتعاقدة للفائز بالصفقة حق اللجوء إلى التظلم الإداري المسبق، خلال ثلاثة أيام من وراء إرساء واعتماد الصفقة، وذلك من أجل طلب استفسار أمام المصلحة المتعاقدة حول كيفية اختيار المتعاقد معها، ولهم مدة عشرة (10) أيام للطعن أمام لجنة الصفقات المختصة حسب المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الذي يتعلق بالصفقات العمومية، ولهم بعد ذلك أجل 4 أشهر لرفع دعوى الإلغاء أمام الجهة القضائية المختصة¹⁸⁵.

أولاً: دعوى الإستعجال

يقوم برفع دعوى الاستعجال في مجال الصفقات العمومية كل من تضرر من جراء اختيار وانتقاء الإدارة للمتعاقد معها، وذلك طبقاً لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹⁸⁶

فالقاضي الإداري تتحدد مهمته في هذه الدعوى في مراقبة مدى احترام الإدارة لالتزاماتها المتعلقة بحماية المنافسة والإشهار، وإذا لاحظ أي إخلال بهذه الإلتزامات، فيمكنه أن يأمر الإدارة بتأجيل إمضاء

¹⁸⁵- تنص المادة 114 على: «زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعناً، ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة...».

¹⁸⁶- تنص المادة 946 على: «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سبب من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه، ويمكن لها أيضاً الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد، ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً».

العقد مع صاحب الصفقة إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 10 يوما، كما يمكن أن يحكم على الإدارة بغرامة تهديدية من أجل الإمتثال لالتزاماتها، وعليه فإن دور القاضي هنا لا يمتد إلى موضوع النزاع وتقدير قيمه الترشيحات والعروض المقدمة، وإنما دوره يعتبر وقائياً يتمثل في تفادي إبرام عقد نهائي غير شرعي، قد تترتب عليه آثار يصعب معالجتها، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، فهؤلاء أدخلت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ولم تكن موجودة فيه سابقاً، مما يؤكد الإهتمام بحرية المنافسة من طرف المشرع الجزائري.

ثانياً: تزامن دعوى الإلغاء بدعوى وقف التنفيذ

حتى تقبل دعوى وقف التنفيذ يجب أن تسبق بدعوى موضوعية مفادها إلغاء القرار الإداري.

1- دعوى وقف التنفيذ

يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناء على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري، وتدخل دعوى وقف التنفيذ، في إطار الدعاوى الإستعجالية التي تتمثل في رفع دعوى أمام القضاء الإداري، يطلب فيها المتضرر من قرار الإدارة بوقف الأعمال أو آثار القرار التي مست به، لعدم تفاقمها. تعتبر دعوى وقف التنفيذ دعوى تحفظية، الغرض منها ليس إعدام للقرار الإداري، وإنما توقيف آثاره إلى غاية الفصل في موضوع دعوى الإلغاء، وتقدم الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلة، ولا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن مترامناً مع دعوى مرفوعة في الموضوع، أو في حالة التظلم.

2- دعوى الإلغاء

هي الدعوى التي يرفعها ذوي الصفة والمصلحة الشخصية أمام الجهات القضائية الإدارية، وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها قانوناً، وذلك للمطالبة بإلغاء قرار إداري غير مشروع و إبطال آثاره، وتنحصر سلطات القاضي في هذه الدعوى في إلغاء القرار إذا ثبت عدم مشروعيته أو الحكم بعدم إغائه إذا ثبت مشروعيته.

تتمثل الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء في الشروط المتعلقة بالقرار الإداري محل الدعوى، أي أن يكون القرار الإداري تصرف قانوني، وجوب صدور القرار الإداري عن سلطة إدارية، يجب أن يصدر القرار الإداري بالإداري بالإرادة المنفصلة، بالإضافة لذلك توجد أيضاً شروط متعلقة بالتقاضي تتمثل في الصفة والمصلحة والأهلية، ولدينا شرط التظلم الذي يقدم في الميعاد القانوني لرفع دعوى الإلغاء، أي خلال 4 أشهر من تاريخ نشر القرار أو تبليغه، وأخيراً هناك شروط خاصة بالعريضة، وشرط الميعاد،

حسب المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي حدد بأربعة أشهر من تاريخ تبليغ نشر القرار الجماعي أو التنظيمي.¹⁸⁷

أما فيما يخص الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء، فتتمثل في عيب عدم الإختصاص في القرارات، وعيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات، عيب إنعدام السبب والانحراف في استعمال السلطة.

188

يملك القاضي الإداري اختصاص إلغاء القرارات القابلة للإنفصال عن الصفقة العمومية، مثل المداولة التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي التي تسمح لرئيس بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة واستبعاد المؤسسات الأخرى، فهذه المداولة تعتبر قراراً منفصلاً عن العقد، فيمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، إذ أن عملية إبرام الصفقة ترتبط بإصدار قرارات إدارية من طرف المصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة، منها القرار المؤقت بمنع الصفقة وقرار منع التأشير وقرار فرض الجزاءات مالية على المتعاقد، قرار فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة بصفة انفرادية.¹⁸⁹

تمثل هذه الأعمال هي قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء، ولا يتعلق هذا الطعن بإلغاء العقد الإداري المبرم، لكن هناك إمكانية للوصول إلى ذلك بواسطة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في قراره في قضية "مارتان" Arret martin aout 1905، ولكن يلاحظ أن إلغاء القرار لا يؤدي تلقائياً ودائماً إلى إلغاء العقد، حيث أن الإدارة تملك حسب ظروف كل قضية، أن تستخلص النتائج التي تترتب على إلغاء القرار الإداري، وذلك تحت رقابة القاضي.

ونظراً لأن هذا الإجراء قد لا يؤدي إلى إلغاء العقد الإداري بواسطة تقنية القرارات القابلة للإنفصال، فإن 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.¹⁹⁰

الفرع الثاني: القاضي الجزائي

جرّم المشرع الجزائري كل إعتداء على المال العام عند إبرام الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة واستغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، وكذلك الرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية، ولهذا يمكن متابعة كل من ثبت في حقه ارتكاب إخلال

¹⁸⁷ خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

¹⁸⁸ عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، الطبعة الثالثة، د م ج، الجزائر، 2004.

¹⁸⁹ - كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 73-101.

¹⁹⁰ - كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 73-101.

الفصل الثاني الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية

بالمنافسة في الصفقات العمومية بقصد الحصول على امتيازات أو منافع غير مشروعة، ويكون القاضي الجزائي هو المختص بمتابعة هذه الممارسات.¹⁹¹

يمكن قمع جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بإجراءات المتابعة والجزاء.

فيتم متابعة جنحة المحاباة وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية غير أن قانون مكافحة الفساد قد نص على احكام مميزة منها أساليب التصدي المنصوص عليها في المادة 56 فقرة أولى¹⁹²، وهذا النص يشمل جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد. يطبق على مسألة الدعوى العمومية بالنسبة لجنحة المحاباة نص المادة 54 فقرة 1 و 2 من قانون الفساد فتتص على عدم تقادم الدعوى في تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، والإحالة إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية في حالة عدم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، فتتص المادة 8 من قانون الإجراءات الجزائية أن التقادم في مواد الجنح يكون بمرور 3 سنوات.¹⁹³

وقد قرر المشرع لجريمة المحاباة عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج¹⁹⁴ بالنسبة للشخص الطبيعي وتوقع أيضاً على الشخص الطبيعي عقوبات تكميلية حسب المادة 5 من قانون الفساد¹⁹⁵، أما الشخص المعنوي فالغرامة تتراوح من 1000.000 دج إلى 5000.000 دج وذلك حسب المادة 18 مكرر من قانون العقوبات¹⁹⁶، ونفس المادة كذلك نصت على العقوبات التكميلية المقررة على الشخص المعنوي¹⁹⁷، ويستفيد من الأعدار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات وفقاً لنص الفقرة 1 من المادة 49 من قانون مكافحة الفساد¹⁹⁸.

¹⁹¹ - كـتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص 73-101.

¹⁹² - تنص المادة 56 فقرة 1 على: «من أجل تسهيل عملية جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، فيمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو اتباع أساليب تحر خاصة كالترصّد الإلكتروني والإختراق، على النحو المناسب وبإذن السلطة القضائية المختصة».

¹⁹³ - بوخندة لزهري، المرجع السابق، ص 36-37.

¹⁹⁴ - شروقي محترف، المرجع السابق، ص 38-39.

¹⁹⁵ - تكمن العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص الطبيعي في: المنع من الإقامة، تحديد الإقامة، الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية والوطنية، سحب جواز السفر، إضافة إلى نشر أو تعليق حكم الإدانة.

¹⁹⁶ - خضري حمزة، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، أعمال الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال (كلية الحقوق)، جامعة تيزي وزو، عدد 9، ص 49-64.

¹⁹⁷ - تكمن العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي في: حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاوله

إضافة لذلك فقد قرر عقوبة على جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، تتمثل في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة تتراوح بين 200.000 دج و 1000.000 دج وهذا للشخص الطبيعي، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1000.000 دج إلى 5000.000 دج¹⁹⁹، وتنص كذلك المادة 27 من قانون مكافحة الفساد على معاقبة مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من عشر إلى 10 سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج، وهذا فيما يخص عقوبة الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فبإحالة المادة 53 من قانون الفساد فيما يخص العقوبة المقررة له على أحكام قانون العقوبات، فإن المادة 18 مكرر منه تنص على أن عقوبة الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح بغرامة تساوي من مدة مرة 1 إلى خمس مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وبما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف جنائية فإن عقوبة الشخص المعنوي تكون غرامتها من 2000.000 دج إلى 10.000.000 دج.²⁰⁰

وفي الأخير تنص المادة 35 من قانون مكافحة الفساد على قمع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية، ومن خلال استقراءنا لنص هذه المادة على أنه يعاقب مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج، ونصت المادة 53 من قانون مكافحة افساد على تطبيق أحكام قانون العقوبات فيما يخص عقوبة الشخص المعنوي، فتنص المادة 18 مكرر منه على انه يطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة التي تساوي من مرة واحدة إلى خمس مرات الحد الأقصى للعقوبة المقررة على الشخص الطبيعي، وعليه تصبح عقوبة الشخص المعنوي من 1000.000 دج إلى 5000.000 دج.²⁰¹

إن ضمان عدم الإخلال بالمنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية لا يكون إلا بإحداث تكامل بين مختلف الاجهزة التي أحدثتها الدولة لمراقبة المنافسة في السوق أو الهياكل التقليدية للعمل سويماً على سد الثغرات القانونية التي يمكن أن تتسبب في الإخلال أو تقييد بالمنافسة الحرة داخل السوق.

النشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً ولمدة لا تتجاوز 5 سنوات مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب أو نتج عنها.

¹⁹⁸ - يستفيد من الأعدار المعفية، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة ويساعد على معرفة مرتكبيها.

¹⁹⁹ - خضري حمزة، المرجع السابق، ص ص. 49-64.

²⁰⁰ - بوخندة لزه، بركاني شوقي، المرجع السابق، ص. 51.

²⁰¹ - خضري حمزة، المرجع السابق، ص ص. 49-64.

ولعل ما حدث في الجزائر أخيراً من تجاوزات في مجال الصفقات العمومية ما هو إلا دليل على أهمية احترام المنافسة، في إطار هذا النوع من العقود الإدارية، وخاصة فيما يخص منح الصفقات التي تكون مبالغها جد ضخمة ومنهكة للخزينة العمومية والمال العام ولا يكون ذلك إلا ب'طاء حرية مطلقة لكل هذه الأجهزة في مراقبة كل إخلال بالمنافسة الحرة في السوق، وهذا عن طريق إزالة "الشكل التزييني" للقوانين التي تحمي للمنافسة، كما أشار إليه الدكتور "رشيد زوايمية" حول النصوص القانونية في الجزائر. وتعتبر هذه الثغرات التي ميزت النصوص القانونية، هي من أهم الأسباب التي تؤدي إلى نشوء منازعات بين أطراف عقد الصفقة العمومية.

فالجدير بالإشارة أن الصفقة العمومية بالنظر لطابعها التنموي كونها تتعلق بمشاريع الدولة أو الإدارة وجب أن يتبع في منازعاتها إجراءات خاصة وأحكام مميزة حتى لا يتعطل المشروع العام، ويطول تواصل النزاع بما يؤثر سلباً على مبدأ الاستمرارية وبما يلحق ضرر بجمهور المنتفعين بخدمات المرفق العام، وهذا بالرجوع إلى المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يتعلق بالصفقات العمومية.²⁰²

²⁰² - تنص المادة 115 على: «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح الحل بما يأتي...»

خاتمة

لقد أثبت الواقع الاقتصادي أن مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية يعد الوسيلة الانجع لضمان حسن تسيير المال العام والانفاق العمومي ومواكبة النمو الاقتصادي الذي تشهده الجزائر خاصة فيما يتعلق بموضوع الصفقات العمومية، وذلك لضمان منافسة نزيهة وشفافة مع تكريس ميكانيزمات تسهل التطبيق الفعلي لقواعد قانون المنافسة على الصفقات العمومية، باعتبار هذه الأخيرة من العقود الإدارية التي تتميز بها الإدارة كصاحبة سلطة وسيادة في استخدام الموارد العمومية واستعمالها استعمالا عقلانيا لضمان المنافسة الحرة في السوق.

إذ لا يتأتى ذلك إلا بمنح الممارسات التي يمكن لها المساس بالإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقات والتي كثيرا ما تحدث بفعل المتعاملين أنفسهم أو من طرف الإدارة المتعاقدة صاحبة مشروع الصفقة، لهذا فقد تم تعديل قانون الصفقات العمومية لهدف مواجهة الحالات التي يتعرض فيها المنافسة إما للتقييد أو العرقلة، وذلك بإدراج نصوص جديدة مستوحاة من قانون المنافسة، تفرض أولا على الشخص العام الالتزام لعدم الإخلال بواسطة قراراته والتزاما بكشف الممارسات ومعاقبة المتورطين فيها.

إن التحول الذي أصبح يميز الشخص المعنوي العام في اقتصاد السوق من متدخل إلى ضابط ومراقب عن طريق مجلس المنافسة وذلك لتعزيز وتدعيم مبدأ الشفافية والمساواة باعتبارها مبادئ مترابطة فيما بينها.

ويعد إخلال الإدارة بالمنافسة الحرة مستوجب للمتابعة أمام المحاكم الإدارية، نظرا لأن هذه الممارسات وإن كانت تتضمن تقييدا للمنافسة إلا أن اتصالها بمهام المرفق العام وامتيازات السلطة العامة يجعلها غير خاضعة لاختصاص مجلس المنافسة.

غير أنه إذا كانت هذه الممارسات والإعمال لا تتصل بمهام المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة فهنا توضع لاحكام مجلس المنافسة.

ومن خلال دراستنا لنص المادة 2 من قانون المنافسة نستنتج أن الشخص المعنوي العام يمكن أن يخضع لقواعد المنافسة الحرة، إذا كان نشاطه اقتصادي بحت، ما يعدوا بنا إلى القول بأن المادة 2 أعلاه ما هو إلا تحصيل للمكانة التي أصبح المشرع الجزائري يوليها لكل من له علاقة بمصطلح المنافسة عموما ومبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية خصوصا، ولعل القيام الفعلي لمجلس المنافسة في مارس سنة 2013 لدليل واضح على النية الفعلية للمشرع الجزائري على إعطاء أكثر جدية ومصداقية لمجلس المنافسة في مواجهة كل إخلال يمس بالمنافسة.

من خلال ما تقدم، نستنتج أن المشرع الجزائري قد حاول إيجاد الآليات القانونية والإدارية والقضائية التي من شأنها أن تؤدي إلى احترام كل ما هو متعلق بالمنافسة في إطار الصفقات العمومية، ومع ذلك فإن فعالية هذه الآلية تبقى نسبية إلى حد بعيد.

فالإخلال بالمنافسة في الصفقات العمومية موجود وقائم لا يمكن غض النظر عنه، نتيجة الثغرات القانونية الموجودة من جهة، ونتيجة صعوبة التحكم في المنافسة داخل السوق، هذا ما يدفعنا إلى القول من خلال دراستنا لهذا الموضوع باقتراحات على السلطات المختصة لإثراء المنظومة القانونية في هذا الشأن حتى يتمكن أن ينتقص من التجاوزات التي تستنزف الخزينة العامة وتصيب المال العام.

على المشرع إصدار قانون يحدد شروط صارمة تتعلق بالكفالة والنزاهة والنجاعة للتعيين في الوظائف التي يشترط مسؤولوها على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

✓ الدعوة إلى اعتماد تكنولوجيا الإعلام الآلي في إبرام الصفقات العمومية، وخاصة في مجال المناقصات والمزايدات الإلكترونية.

✓ العمل على إحداث التكانل بين أهداف المنافسة الحرة والصفقات العمومية وذلك حفاظاً على المال.

✓ الدعوة إلى التنسيق بين أجهزة الرقابة الداخلية والخارجية ومجلس المنافسة والقضاء.

✓ تجريم إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي، نتيجة الضرر الذي يحدثه على مبدأ المنافسة الحرة، إذ تحول من استثناء إلى مبدأ.

✓ إلزام إخطار مجلس المنافسة بجميع الممارسات المنافية للمنافسة لكي يجمع هذه الممارسات، وتفعيل الدور الرقابي للمجلس.

من خلال ما سبق تظهر ضرورة احترام المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية، وهذا لما لها من وزن جد ثقيل على التسيير العقلاني لكل ما هو مورد عمومي، أموال طائلة في سبيل إبرامها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- القرآن الكريم.

I. الكتب:

1. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.
2. حسين عبد الحميد، أحمد رشوان، (الإقتصاد، دراسة في علم الاجتماع الإقتصادي)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002.
3. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الإنجراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
4. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، الطبعة الثالثة، د م ج، الجزائر، 2004.
5. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ. رسائل الدكتوراه:

1. كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون (فرع القانون العام)، جامعة تيزي وزو، 2005.
- ب. المذكرات:
2. براهيم فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03/03 والقانون رقم 12/08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع القانون العام للأعمال)، جامعة بجاية، 2010.
3. بو الخضرة نورة، مبدأ المنافسة الحرة في القطاع المصرفي الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون (فرع قانون إصلاحات اقتصادية)، جامعة جيجل، 2006.
4. بوخندة زهر، بركاني شوقي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء (المدرسة العليا للقضاء)، الجزائر، 2008.
5. بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (فرع قانون السوق)، جامعة جيجل، 2008.
6. جلال مسعد، مبدأ المنافسة الحرة في القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون أعمال)، جامعة تيزي وزو، 2012.
7. خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون (فرع القانون العام)، جامعة بسكرة، 2005.
8. زبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، جامعة تيزي وزو، د، س، م.

9. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق (فرع قانون جنائي)، جامعة ورقلة، 2012.
10. شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008.
11. لخضاري أعمار، إجراءات قمع الممارسات المنافية للمنافية في القانونين لجزائري و الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (فرع قانون الأعمال)، جامعة تيزي وزو، 2004.¹
1. ناصر نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 95-06 والأمر 03-03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

III. المقالات:

1. خضري حمزة، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، أعمال الملتقى الوطني حول الفساد وتبويض الأموال، جامعة تيزي وزو، ص ص. 49-64.
2. كتو محمد الشريف، "حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مجلة الإدارة، عدد 23، 2002، ص ص. 53-76.
3. كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2، 2010، ص ص. 73-101.
4. لباد ناصر، "السلطات الإدارية المستقلة"، مجلة إدارة، عدد 21، 2001، ص ص. 7-23.
5. نسيغة فيصل، "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها"، مجلة الإجتهد القضائي، عدد 5، ب س ن، ص ص. 110-130.

IV. النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

- مرسوم رئاسي رقم 96-483، مؤرخ في 7 نوفمبر 1996، يتعلق بنشر تعديل الدستور والموافقة عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ع 09.

ب- النصوص التشريعية:

القوانين:

1. قانون رقم 89-12 مؤرخ في 5 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج.ر.ع 29 مؤرخ في 19 جويلية 1989 (ملغى).
2. قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم 1427، الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل ومتمم.
3. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.
4. قانون رقم 08-12، المتعلق بالمنافسة مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429، الموافق لـ 25 يونيو 2008، ج.ر.ع 36، مؤرخ في 03 يوليو 2008.
5. قانون رقم 10-05، مؤرخ في 05 رمضان 1431، الموافق لـ 15 غشت 2010، ج.ر.ع 46. مؤرخ في 18 غشت سنة 2010.

الأوامر:

1. أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 9، مؤرخ في 22 فيفري 1995، (ملغى).
2. أمر رقم 03-03 مؤرخ في 13 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43، مؤرخ في 20 يوليو 2003 معدل ومتم بموجب قانون رقم 08-12 مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو سنة 2008، ج ر ع 36، مؤرخ في 02 يوليو 2008.

النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال 1431، الموافق لـ 07 أكتوبر 2010 والمتضمن الصفقات العمومية، جرع، معدل ومتم. بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق لـ 18 يناير 2012 والمتضمن الصفقات العمومية جرع 4 مؤرخ في 26 يناير 2012، معدل ومتم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في أول ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير سنة 2013، ج ر ع 2.
2. مرسوم تنفيذي رقم 05-219 مؤرخ في 22 يونيو 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ع 34 مؤرخ في 22 يونيو 2005.
3. مرسوم تنفيذي رقم 05-175 مؤرخ في 12 ماي 2005، يحدد كفايات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الإتفاقات وضعية الهيمنة على السوق، ج.ر.ع 35 مؤرخ في 18 ماي 2005.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

I. Ouvrages:

1. BINAGNIE (A), Principes de concurrence, Economica, Paris, 1998.
2. GILLES Mathier, l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques recueil cahier chronique, 5^{ème} Ed, DALLOZ, Sirey, Paris, 1995,
3. MALAURIE-VIGNAL (M), droit interne de la concurrence, ArmondCollin, Paris, 1996.
4. Marie-Anne FRISON-Roche, MARIE-STEPHANE PAYET, droit de la concurrence, édition DALLOZ, Paris, 2006.
5. Mousseron (JM)-SELINNSKY (V), le droit Français nouveau de la concurrence, 2^{ème} éd, Paris, 1988.

II. Revues:

1. KHELLOUFI Rachid, « Les institutions de régulation en droit algérien », Revue IDARA, N°28, 2004, pp.96
2. ZOUAÏMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendants et larégulation économique », Revue IDARA,
3. ZOUAÏMIA Rachid, remarques critiques sur le contentieux des décisions du conseil de la concurrence en droit algérien, revue El Mouhamat, n°2, décembre 2004, p35.

الفهرس

6 .....مقدمة

الفصل الأول

تطبيقات مبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية

8 .....المبحث الأول: علاقة الصفقات العمومية بمبدأ المنافسة الحرة

8 .....المطلب الأول: مفهوم مبدأ المنافسة الحرة والصفقات العمومية

8 .....الفرع الأول: تعريف مبدأ المنافسة الحرة

8 .....أولاً: التعريف القانوني و الإقتصادي

10 .....ثانياً: تطور مبدأ المنافسة الحرة

12 .....ثالثاً: أهداف المنافسة الحرة في التشريع الجزائري

13 .....الفرع الثاني: تعريف الصفقات العمومية

13 .....أولاً: تعريف المشرع الجزائري للصفقات العمومية

14 .....ثانياً: تمييز الصفقات العمومية عن باقي العقود الأخرى

16 .....المطلب الثاني: مدى خضوع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة

16 .....الفرع الأول: المبدأ العام في تطبيق قانون المنافسة

16 .....أولاً: نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات و الإستيراد

17 .....ثانياً: الصفقات العمومية

18 .....الفرع الثاني: شروط خضوع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة

18 .....أولاً: عدم إعاقة ممارسة امتيازات السلطة العامة

19 .....ثانياً: عدم المساس بمهام المرفق العام

19 .....المبحث الثاني: مظاهر مبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية

20 .....المطلب الأول: طرق إبرام الصفقات العمومية

20 .....الفرع الأول: إجراء المناقصة

20 .....أولاً: تعريف المناقصة

21 .....ثانياً: أشكال المناقصة

23 .....الفرع الثاني: إجراء التراضي

23 .....أولاً: التراضي البسيط

24 .....ثانياً: التراضي بعد الإستشارة

24.....	المطلب الثاني: مراحل إبرام الصفقات العمومية
25.....	الفرع الأول: مرحلة الإعلان
25.....	أولاً: مضمون و إلزامية الإعلان
26.....	ثانياً: مبادئ الإعلان
27.....	الفرع الثاني: مرحلة إيداع العروض
27.....	أولاً: العرض التقني
28.....	ثانياً: العرض المالي
28.....	الفرع الثالث: مرحلة فحص العطاءات
28.....	أولاً: لجنة فتح الأظرفة: La commission d'ouverture des plis
29.....	ثانياً: لجنة تقييم العروض La commission d'évaluation des offres
30.....	الفرع الرابع: مرحلة إرساء واعتماد الصفقة
30.....	أولاً: إرساء الصفقة
31.....	ثانياً: اعتماد الصفقة

الفصل الثاني

الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة في إبرام الصفقات العمومية

34.....	المبحث الأول: الممارسات و الجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة
34.....	المطلب الأول: الممارسات المقيدة بمبدأ المنافسة الحرة
34.....	الفرع الأول: الإتفاقات المحظورة
37.....	الفرع الثاني: الممارسات التعسفية
37.....	أولاً: التعسف في وضعية الهيمنة على السوق
40.....	المطلب الثاني: جرائم الفساد المخلة بمبدأ المنافسة الحرة
41.....	الفرع الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
41.....	أولاً: صفة الجاني
42.....	ثانياً: الركن المادي
42.....	ثالثاً: الركن المعنوي
43.....	الفرع الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
43.....	أولاً: صفة الجاني
44.....	ثانياً: الركن المادي

44.....	ثالثا: الركن المعنوي.....
45.....	الفرع الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
45.....	أولا: صفة الجاني.....
45.....	ثانيا: الركن المادي.....
46.....	ثالثا: الركن المعنوي.....
46.....	الفرع الرابع: جريمة أخذ فوائد بصفة غيرقانونية في مجال الصفقات العمومية.....
46.....	أولا: صفة الجاني.....
46.....	ثانيا: الركن المادي.....
47.....	ثالثا: الركن المعنوي.....
47.....	المبحث الثاني: متابعة الممارسات والجرائم المخلة بمبدأ المنافسة الحرة.....
47.....	المطلب الأول: المتابعة الإدارية.....
51.....	الفرع الثاني: اختصاصات مجلس المنافسة.....
51.....	أولا: الاختصاص الرقابي لمجلس المنافسة.....
53.....	ثانيا: الاختصاص القمعي لمجلس المنافسة.....
56.....	المطلب الثاني: المتابعة القضائية.....
57.....	الفرع الأول: القضاء الإداري.....
57.....	أولا: دعوى الإستعجال.....
58.....	ثانيا: تزامن دعوى الإلغاء بدعوى وقف التنفيذ.....
59.....	الفرع الثاني: القاضي الجزائي.....
63.....	خاتمة.....
67.....	قائمة المراجع.....
71.....	الفهرس.....