جامعة العقيد أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حماية مبدأ حرية المنافسة في قانون الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماسترفي القانون

تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبة: **إشراف الأستاذة:**

✓ **دريسي سارة** **رحماني حسيبة**

لجنة المناقشة

- الأستاذة: بلحارث ليندة.....رئيسا
- الأستاذة:رحماني حسيبة.....مشرفا ومقررا
- الأستاذ:والي.....عضوا مناقشا

تاريخ المناقشة

كلمة شكر

أتقدم بالشكر الجزيل و عظيم الامتنان إلى الأستاذة الفاضلة رحماني حسيبة على ما أولته لهذا العمل من عناية فائقة وما أفادتني به من توجيهات و نصائح لها ابلغ الأثر في انجاز هذه المذكرة .

كما اتقدم بجزيل الشكر لأعضاء اللجنة الكرام لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

إهداء

إلى من ربط الله بهما العباد والإيمان إذ قال بعد بسم الله الرحمان الرحيم

﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ﴾ صدق الله العظيم.(الأية 23من سورة الإسراء)

إلى من أراد لي دوما النجاح الذي طالما كرس حياته من أجلي، إلى ذرعي الذي به إحتميت وفي الحياة به اقتديت، ركيزة عمري، رمز القوة والعطاء، والجود والوفاء الغالي

"أبي" أطال الله في عمره

إلى من هي رمز الحب والعطف والحنان، التي سهرت الليالي لراحتي وضحت بالكثير من أجل أن تراني في أحسن الأحوال، أعظم جوهرة في الوجود

"أمي" حفظها الله.

إلى من نشأت وترعرعت بينهم "أخي أمين وأختي خلود"، وكل الأقارب بدون إستثناء، كل من جمعتني معهم لحظة خير وعلاقة محبة إلى أصدقائي الأعزاء.

إلى كل طالب علم، وألتمس العذر من كل قارئ وجد فيه نقص أو تقصير في جانب من الجوانب، لأن الكمال صفة من صفات الله عز وجل.

≈ دريسي سارة≈

مع المستجدات التشريعية والتنظيمية لراهنة التي طرأت على المنظومة القانونية الضابطة لممارسة حرّية المنافسة فإن ما يستقطب الاهتمام اليوم في هذا المجال يرتبط بضرورة اكتشاف العلاقة الممكنة بين القانون المنظم للمنافسة وبين نظام الصفقات العمومية وذلك بغية توظيف إمكانيات التكامل بينيهما التدعيم الحماية القانون والقضائية الممارسة المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

إنّ ما يؤكد هذا الطرح هو صدور المرسوم رقم 15 المتعلق بالصفقات العمومية والذي سعت من خلاله السلطات العمومية إلى إدخال إصلاح عميق على منظومة الإجراءات والشروط التي تتبنى عليها تنظيم المنافسة والذي يهدف إلى إدراج إبرام الصفقات العمومية في منطق احترام مبادئ الدخول إلى الطلبيات العمومية والمساواة والشفافية في التعامل مع المترشحين وبسيط الإجراءات ولمّا كانت للصفقات العمومية بمختلف أنواعها صلة بالخزينة العمومية، فإنه أضحى من الضروري إخضاعها الصر شتى من الرقابة تلازم مختلف المراحل سواء قبل الإبرام أو أثناء دخول الصفقة حيّز التنفيذ أو بعدم التنفيذ .

والغرض الأساسي من تسليط هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوّة من وراء التعاقد وإلزام الإدارات العمومية والهيأت المستقلة بالتنفيذ بأحكام قانون الصفقات العمومية بما يكرس خاصة تحقيق المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ولقد أولى المشرع عملية الرقابة على الصفقات العمومية لكل من:

مجلس المنافسة الذي حدّد مهامه إبتداءا من الإعلان عن المناقصة غلى غاية المنح النهائي للصفقة بشرط، أن لا تتعارض مع السلطة العامة المرفق العام وممارسة امتيازات

السلطة العامة بالإضافة إلى دور القضاء الذي يلعب دورا كبير في مجال الرقابة على مشروعية القرارات وصحة الإجراءات المتعلقة بالمنافسة.

للموضوع أهمية بالغة من الناحية النظرية حيث يمثل مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية محور اهتمام القفه القضاء، الأمر الذي من شأنه أن يستقطب الباحثين، ومن جهة أخرى فتجسيد مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية يعتبر موضوع جديد يتضمنها الغموض.

مما يستدعي البحث فيه وتوضيح الآليات والإجراءات المتبعة لتحقيق هذا المبدأ ضمانا لحقوق وحرّيات المتعاقدين.

أمّا الأهمية العملية لهذا الموضوع فهي محاولة إيجاد تطابق بين ما هو تطري بما هو عملي أي هل هناك تجانس بين الأحكام والنصوص لتنظيمية التي تقرر وتصر على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية وبين الواقع العملي؟

فرضت علينا أسباب مختلفة لدراسة هذا الموضوع منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي.

فمن الناحية الذاتية:الميول النفسي الدراسة هذا الموضوع لتفاقم ظاهره المنح غير المؤسس وغير العادل للصفقات العمومية.

أما من الناحية الموضوعية فتتمثل في:

-قلة الدراسات والبحوث القانونية التي تعالج ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة من أجل إطراء مكتبتنا.

-يعتبر من أهم موضوعات القانون الإداري لإرتباطه الوثيق والمباشر الوثيق والمباشر بالأموال العمومية وبسير المرفق العام.

أما المنهج المتبع هو التحليلي متبعة أسلوب البساطة و الوضوح، هذا المنهج يتلائم مع طبيعة هذه الدراسة التي تعتمد أساس على السلسل المنطقي للأفكار وتحليلها وعرضها، انطلاقا من معطيات ومبادئ قانونية يمكن البرهنة على صحتها ومن ثم يتسم توظيفه في تحليل النصوص القانونية والأحكام المتعلقة بالمنافسة في الصفقات العمومية، وتفسيرها وتحليلها للوصول إلى نتائج تتماشي مع العقل والمنطق.

ولدراسة موضوعنا وتحليله طرحنا الإشكالية التالية:

ما هي الآليات وإجراءات تكريس مبدأ حرية المنافسة وحمايته في مجال الصفقات العمومية؟ وللإجابة عليها خصصنا الفصل الأول المنافسة في مجال الصفقات العمومية .

أما فيما يخص الفصل الثاني فخصصناه لآليات حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية .

الفصل الأول: تكريس مبدأ حرّية المنافسة في قانون الصفقات العمومية.

إذا كانت العقود الإدارية بشكل عام يتم تكوينها وانعقادها مثل العقود المدنية والتجارية عند تلاقي رضا كل من الطرفين المتعاقدين في جميع عناصر وشروط العقد وذلك في صورة إيجاب وقبول، فإن الصفقات العمومية التي تعد إحدى أهم عقود الإدارة تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث عملية الإبرام في طريقة التعبير والإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية، حيث تتم عملية التعبير عن إرادة الإدارة المتعاقدة في شكل عقد مركب، فلا يمكن التعبير عن إرادة الإدارة إلا بعد قطع مراحل متعددة ومختلفة بإتباع مجموعة من الإجراءات الضرورية، ذلك أن جهة الإدارة المتعاقدة ترد عليها عدة قيود تحد من حرّيتها في عملية الإبرام وتكوين الصفقة ذاتها من حيث وجوب إحترام القواعد الأساسية التي تحكم الصفقة العمومية والمعبر عنها بوضوح ضمن أحكام المرسوم الرئاسي تم 15-247 فمبدأ حرية الوصول للطلبة العمومية في النظام القانوني للصفقات العمومية هو أن يكون الترشح لنيل الصفقة حرا غير مقيد ويتوجب على السلطة المتعاقدة خلق جو من المنافسة بين المتقدمين للصفقة حيث لا يجوز لها إقصاء مترشحين على أساس شروط أو اعتبارات غير منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، لذا سنتطرق إلى محدودية مبدأ حرية المنافسة في قانون الصفقات العمومية (المطلب الأول) ثم إلى الإجراءات المكرّسة لمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

محدودية مبدأ حرية المنافسة في قانون الصفقات العمومية.

تعتبر الصفقات العمومية الأداة القانونية التي منحها المشرع للإدارة قصد إنجاز مخططات التنمية الوطنية والمحلية، ولتحقيق هذه المشاريع تعتمد الإدارة على قواعد الثقافية والمنافسة في اختيار المتعاقد الأنسب لها عرضا تقنيا وماليا، إلا أن هذه الفكرة القائمة على الليبرالية الاقتصادية اصطدمت مع القطاع الخاص، المهني الذي تسعى لتطويره وإعادة هيكلته للنهوض بالإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب، مما دفع بالمشرع إدراج بعض الأحكام التي تعد استثناء على المبادئ المذكورة والتي قد تؤدي إلى تقليص حظوظ المتعاملين، خاصة الأجانب منهم في الوصول للصفقات العمومية والتي زادت حدتها مع صدور مرسوم 2015.

على هذا الأساس سنحدد في البداية مصطلح المنافسة والصفقات العمومية بالإضافة إلى تعريف مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية (المطلب الأول) ثم نتطرق للاستثناءات التي جاء بها المشرع الجزائري لتدعيم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، للحد من المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ حرّية المنافسة في قانون الصفقات العمومية

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف المنافسة لغة و اصطلاحا و كذا في قانون الصفقات العمومية في (الفرع الأول) ثم إلى التعريف التشريعي و القضائي و الفقهي للصفقات العمومية في (الفرع الثاني) ثم نستخلص تعريف مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية ف (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف.

لمصطلح المنافسة معاني مختلفة لغة و اصطلاحا و بهذا الصدد نعرض بعض التعاريف اللغوية و الاصطلاحية.

أولا: التعريف اللغوي

المنافسة في اللغة من مصدر التنافس، و أنفس الشيء أنفاسا : نفس، و تنافس القوم في الشيء: رغبوا فيه، و نافس في الشيء منافسة و نفاسا: إذ رغب فيه على وجه المباراة في الكرم.[1]

و هي الرغبة في الشيء و الانفرادية و هي ظاهرة إنسانية تعني تقديم الأفضل بين الآخرين.[2]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

وضعت بشأنها عدّة تعريفات من بينها:

1- **في قانون المنافسة :** يقصد بالمنافسة وضعية تنافس اقتصادي بين مؤسسات متميزة بصدد عرض نفس المنتوج أو الخدمة داخل سوق واحدة تلبية للحاجات ذاتها على أن يكون لكل مؤسسة نفس الحظ من الربح والخسارة. [3] أي هي تلك الوضعية التي يكون فيها المتعاملون الاقتصاديون أحرارا لعرض بضائعهم و خدماتهم في السوق و اختيار

---

[1] – القاموس

[2] - ليلي بوكحيل، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، ملتقى حرية المنافسة في التشريع الجزائري، جامعة عنابة، كلية الحقوق، ص 22.

[3] - المادة 03 ق 08-12.

المتعاملين الذين يحصلون إلى جانبهم على سلع و خدمات و بالتالي يكون العارضون في تنافس لكي يتم تفضيلهم من طرف المستهلكين[1].

2 – في قانون الصفقات العمومية : نعني بها حرّية الدخول في المشاريع التي يعلن عنها حيث يتم إعطاء الفرصة للجميع للمشاركة في تقديم الخدمات العامة دون تمييز أين ترتكز المنافسة في الصفقات العمومية على الأساس القانوني والاقتصادي، فهي من جهة عبارة عن إتباع مجموعة من الإجراءات الإدارية لاختيار المتعاقد بقصد إشباع حاجيات المرفق العام ومن جهة أخرى هي حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول للطلبات العمومية.

ومن مبررات الأخذ بهذا المبدأ في قانون الصفقات العمومية نجد:

1 أن إبرام الصفقات العمومية يقوم على إحترام مبادئ حرية التعاقد في مجال الخدمات العامة والمساواة في معاملة المترشحين والشفافية في الإجراءات.

2 إعتماد مبدأ حرية المنافسة يضمن حياد الإدارة العامة[2].

3 إعتماد مبدأ المنافسة يضمن تعدد العطاءات وضرورة إختيار الأفضل، فالمنافسة تجعل الإدارة ملمة بمعطيات السوق بشكل يسمح لها بالإختيار الدقيق[3].

---

[1] – طارق بجادي، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوقوالعلوم السياسية، الجزائر 2014، ص 13.

[2] – بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في إطار مدرسة الدكتوراة ومؤسسات جامعة الجزائر 01–كلية الحقوق بن عكنو، الجزائر، 2013–2014 ، ص ص 07 – 08.

[3] –مرسوم رئاسي رقم 15–247 مؤرخ في 02 ذو لحجة عام 1336. الموافق 16سبتمبر سنة 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 50 الصادر في 06 ذي الحجة 1436 الموافق لـــ 20 سبتمبر 2015م.

الفرع الثاني: تعريف الصفقات العمومية:

نظرا لارتباط موضوعنا بالصفقات العمومية اضطررنا لتقديم تعريف لها لتبسيط وتوضيح المعنى أكثر.

أولا: التعريف التشريعي:

عرّفت المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام[1]، أنّ الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم و الخدمات والدراسات.

و تعود أسباب المشرع إلى إعطاء تعريفا للصفقات العمومية إلى ما يلي :

1 -تبرم الصفقات بإجراءات خاصة لذا وجب إعطاء تعريف لها.

2 -خضوع الصفقات العمومية لرقابة خاصة.

3 -علاقة الصفقات العمومية علاقة وثيقة بالخزينة العامة و بالمال العام[2].

وبناءا على ذلك فإن إعطاء تعريف للصفقات العمومية يمكننا من الناحية القانونية من معرفة العقود الإدارية المشمولة بقانون الصفقات العمومية[3].

[1]- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذو الحجة عام 1336 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50 الصادرة في 06 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل20 سبتمبر 2015م.

[2] - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم النصوص التطبيقية له، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 30.

[3] - المرجع نفسه،ص 214.

ومن خلال التعريف السالف الذكر، سنحاول إبراز المعايير التي اعتمدها المشرع الجزائري في تعريف الصفقات العمومية وما يميزها عن بقية العقود.

1 -**المعيار الشكلي:** الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم[1].

2 -**المعيار الموضوعي:** يقصد بالمعيار الموضوعي محل أو موضوع العقد[2].

3 -**المعيار العضوي:** يتمثل في الأشخاص المعنيون بإبرام الصفقات العمومية و هم:

- مجمل الإدارات العمومية للدولة.

- الهيئات الوطنية المستقلة.

- المؤسسات ذات الطابع الإداري.

- مراكز البحث والتنمية.

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة[3].

4- **المعيار المادي:**يعتبر العقد الإداري صفقة عمومية إذا بلغت قيمته المالية حدّ معيار ويعود للمشرع صلاحية تحديد الحد الأدنى المالي المطلوب لإعداد صفقة عمومية مع

---

[1] – فيصل نسيغة " النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، 2014، الجزائر، ص110.

[2] – المرجع سابق.

[3] – شقطمي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائري، مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة باجي مختار عنابة ، كلية الحقوق ، 2010- 2011، ص ص 10 11 12.

إمكانية تغير هذا الحد بين الفترة الأخرى لأسباب اقتصادية ،والهدف من وراء فرض حد مالي أدنى الاعتبار العقد صفقة عمومية هو ترشيد النفقات العمومية.

ثانيا: التعريف القضائي

لم يكتف القضاء الإداري الجزائري بالتعريف الذي جاءت به مختلف قوانين الصفقات، فعرفها في قرار له غير منشور [1] في 17ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية " ليوة ببسكرة " ضد (ق، أ)تحت رقم 6215 فهرس 873 بقول" وحيث أنّه تعرف الصفقات العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."

يعتبر هذا التعريف قاصر كون القضاء الإداري الجزائري حصر الصفقة العمومية بأنها عقد يجمع الدولة بأحد الخواص، غير أن الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرقا أخر غير الدولة ممثلة في البلدية و الولاية، كما يمكن أن تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى[2].

كما يلاحظ أن التعريف يشمل على مصطلح " مقاولة " في حين كان يجدر بمجلس الدولة أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني، ويستعمل بدلا منه عقد الأشغال العامة تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية التي تتميز بأحكام خاصة تجعلها تستقـــل عن نظرية العقد المدني[3].

[1] – مجلس الدولة، الفرق، قرار رقم 6215 فهرس 873،بتاريخ 17 ديسمبر 2002، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي " ليوة بسكرة" ضد " ق، أ) نقلا عن عمار بوضياف المرجع السابق، ص 39.

[2] – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية،المرجع السابق، ص ص 39– 40.

[3] – المرجع نفسه، ص 40.

ثالثا: التعريف الفقهي:

أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية قضائية أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي الممثل في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه.

كما عرّف الفقه العقد الإداري على أنّه العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام قصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره و تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وبما أن الصفقة عقد إداري فإن هذا التعريف يسقط عليه أليا[1].

الفرع الثالث: تعريف مبدأ حرية المنافسة.

ويعني مبدأ حرية المنافسة إعطاء الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط المناقضة ليتقدم بعرضه للطالب العمومي، غير أن هذا المبدأ لا يعني إنعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم سلطة الإدارة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة*.

إلا أن الإدارة ملزمة باحترام مبدأ حرية المنافسة فلا يجوز لها إقصاء متعهد (عارض) أو منعه من المشاركة، إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عنها في إعلان المناقصة فيه ما يفيد أن المشاركة في الصفقات العمومية يعد أمرا اختيار للمتعاقدين الذي يكون حرا في المشاركة أو عدمها، كما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في إبعاد المتعاقد الأول كفاءة في نظرها ولها الحق في ذلك، لكن لا يجوز لها إبعاد الراغبين في التعاقد من المشاركة في المنافسة متى توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة كأن يقدموا أحسن

[1] – شقطمي سهام، ، المرجع السابق، ص 09.

*– قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 122.

العروض من الناحية التقنية والمالية، وأن تقف الإدارة في ذلك موقفا حياديا إزاء كل المتنافسين وليس لها تفضيل مرشح على آخر وإلا عد فعلها من قبيل التواطؤ والاتفاق المدبر.*

كما يضمن مبدأ حرية المنافسة للمتعهدين إضفاء الشفافية في تعاملات الإدارة تدعيما لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المهتمين بالنشاط موضوع المناقصة فلا يكون التعاقد حكرا على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم.*

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة.

يعتبر مبدأ حرّية المنافسة من المبادئ العامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وقد حرص المشرع الجزائري على تكريسه سواء في تنظيم الصفقات العمومية أو في القوانين الاقتصادية الأخرى.

غير أنّ تطبيق هذا المبدأ لا يأخذ على إطلاقه دائما، ففي بعض الحالات تجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالا منها لمبدأ حرية المنافسة في كل طرق إبرام الصفقات العمومية فقد أخضعته لجملة من الضوابط منها:

الفرع الأول: رفع هامش الأفضلية الوطنية.

سعيا من المشرع الجزائري للتوفيق بين مبدأ المساواة و حرية المنافسة و مبدأ حماية المنتوج الوطني نص على مبدأ الأفضلية بحيث تمنح نسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمؤسسات الوطنية للحصول على الصفقات العمومية على حساب المؤسسات

*- صياد ميلود ص 17-18.

*- قدوج حمامة، ص 125.

الأجنبية[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 1/83 من المرسوم 247/15 " يمنح هامش الأفضلية نسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه ".

وتخضع الاستفادة من هذا الهامش، في حالة ما إذا كان المتعهد عبارة عن تجمع يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري كما هو محدد في الفقرة السابقة ومؤسسات أجنبية إلى تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبلغها[2]، وهذا ما جاءت به الفقرة 02 من نص المادة 83.

أمّا الفقرة الثالثة نصت على وجوب التحديد الواضح في ملف استشارة المؤسسات لمبدــ الأفضلية ممنوحة و الطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية.

أما فيما يخص الجهة المكلفة بتحديد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة فلقد حدّدتها الفقرة الرابعة المتمثلة في شخص الوزير المكلف بالمالية وذلك بموجب قرار صادر منه[3].

ويمتد حق الأفضلية ليشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها متى كان الإنتاج و الأداة الوطنية قادرين على الاستجابة لحاجياتها وهذا ما نصت عليه المادة 85 من نفس القانون " عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على هذه الأخيرة أن تصدر دعوة لمنافسة وطنية مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا

[1] – صالح زمال، امتداد قانون المنافسة غلى الصفقات العمومية، مذكرة ماجستر، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014ص ص 7-8.

[2] – جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر،أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق 2015 الجزائر ، ص 157.

[3] – المرسوم رئاسي 15-247السالف الذكر.

المرسوم..." هذا ما يبرز اتجاه نية الحكومة في التقليص من حصة المتعاملين الأجانب في هذا المجال.

الفرع الثاني: تخصيص نسبة من الصفقات للمؤسسات الوطنية.

قام المشرع الجزائري بتخصيص نسب من الصفقات المطروحة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وذلك سعيا منه لحماية وبناء القطاع الخاص الوطني.

حيث منح بموجب نص المادة 86 من نفس المرسوم للمؤسسات الخاصة الوطنية أفضلية على حساب المؤسسات الأجنبية، حيث خص الصفقات الخاصة بالأشغال ذات الطابع الحرفي لهذه الفئة وحدها بقولها " تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفين كما هم معرفين في التشريع والتنظيم المعمول بهما...".

بالإضافة إلى أحكام المادة 87 التي تنص على أنّه " عندما يكون تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات الصغيرة كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة، إلاّ في الحالات الاستثنائية المبررة قانونا كما ينبغي تخصص هذه الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم ".

كما تضمنت المادة نفسها في فقرتها الثالثة تخصيص نسبة من الطلبات العمومية في حدود عشرين في المائة (20%) على الأكثر من الطلب العام " يمكن أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه من الطلب العام حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط مخصص بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 من هذا المرسوم".

الفرع الثالث: إخضاع المتعهدون الأجانب إلى الالتزام بالاستثمار في إطار شراكة:

إن جذب الاستثمارات الأجنبية هو الهدف الذي تسعى إليه معظم الدول النامية خاصة منذ التسعينات، ولأجل هذا قامت الدول بما فيها الجزائر بتكييف قوانينها الداخلية من أجل استقطاب الاستثمارات وكان مجال الصفقات العمومية من المجالات التي اعتمد عليها المشرع لتحقيق هذا الغرض، إلا أن التوجه الجديد للدولة في الظروف الاقتصادية الجديدة والمتميزة بالملاءمة المالية والمشاريع الكبرى جعلها تفرض على المستثمر الأجنبي التزاما بالاستثمار في إطار شراكة مع المتعامل الوطني وهذا استجابة للطلبات التي عرفها المتعاملين الوطنيين بشأن استفادة الأجانب من معظم الصفقات العمومية في ظل القانون الحالي كل طلب للترشح للصفقات العمومية يقترن بالالتزام بالاستثمار الذي أصبح شرطا ضروريا لإبرام الصفقات العمومية، وبالتالي فالمصلحة العمومية تتحول إلى مجرد رابط بين المتعامل الأجنبي وشريكه الوطني وهو ما يؤثر على موقعه في الصفقة، فهذا الأمر لا يضمن لعملية الإبرام كل الشفافية اللازمة وينتج عن هذا تحريف لمسار المنافسة و بالتالي المساس بمبدأ المساواة بين العارضين [1] حيث تخرج المادة 84 على هذا المبدأ المتعارف عليه والذي يستجيب للمقاييس المهنية في كونها تلزم المصلحة المتعاقدة أن تضمن دفتر شروط المناقصات الدولية شرطا يلزم المتعهدين الاستثمار في نفس ميدان النشاط في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون[2].

تضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تقييدا حيث نص في المادة 84 منه " يجب أن تنص دفاتر شروط المناقصات الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكومة بالنسبة للمتعدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار

[1] – جليل مونية، المرجع السابق، ص 162.

[2] – المرجع نفسه، ص 160.

في شراكة، عندما يتعلق الأمر بمشاريع تحدد قائمتها بموجب مقرر من السلطة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها و بالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها ".

هذا يعني أنه:

– لا يشترط الالتزام بالاستثمار إلا في الصفقات التي تبرم في إطار السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكومة.

– تحديد قائمة المشاريع الخاضعة للالتزام بالإشهار بموجب مقرر من السلطة المختصة[1].

وفيما يخص العقوبات المترتبة عن عدم احترام شرط الالتزام بالاستثمار فلقد نص عليه قانون الصفقات الحالي في المادة المذكورة اعلاه ، حيث يجب على المصلحة المتعاقدة وبعد تأكدها أن المتعهد الأجنبي لم يجسد الاستثمار طبقا للرزنامة التعاقدية والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط و هذا بخطأ منه أن يقوم بإعذاره حسب الشروط المنصوص عليها في نص المادة 149، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه، فإن المصلحة العمومية يمكنها من طرفها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية كما يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

[1] – جليل مونية، المرجع السابق، ص 161.

المبحث الثاني

الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة في قانون الصفقات العمومية

تلتزم المصلحة المتعاقدة بتطبيق المبادئ العامة التي نص عليها قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة وخاصة المتعلقة منها بتكريس مبدأ الشفافية والمنافسة المشروعة بين المترشحين.

لذا نتناول في هذا المبحث الالتزامات التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة عند احترامها لمبدأ المنافسة والتي تكمن في مجملها في:

1 علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات الصفقة العمومية (المطلب الأول).

2 الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات الصفقة العمومية

تعتبر العلانية عن المعلومات من أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية و هو إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة، و يقصد بها إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة [1]، إلا أن الراغب في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلاّ عن طريق الإعلان.

لذا فرض المشرع اللجوء لأسلوب الإشهار حتى ينشر المناقصة بأشكالها المختلفة حتى يفتح

[1] – جليل مونيق، المرجع السابق، ص 139.

فرصة للمنافسة أمام جميع المترشحين ويجسد مبدأ المساواة بينهم [1]، ويكون ذلك عن طريق وسائل مختلفة نوضحها كما يلي :

الفرع الأول: وسيلة الإشهار الصحفي للصفقة:

تعتبر وسيلة الإشهار الصحفي وفق هذا النحو إجراءا شكليا جوهريا ولقد ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 و جاء فيها: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية:

- المناقصة المفتوحة.
- المناقصة المحدودة.
- الدعوة إلى الانتقاء الأولي.
- المسابقة.
- المزايدة ".

ولقد فصل المشرع في قواعد الإعلان عن طريق الإشهار وهذا بموجب المادة 65 من المرسوم الرئاسي الحالي، حيث يجب :

- أن يتم تحرير إعلان المناقصة باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة.
- ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

إلا أنـــه لم يعـــد الإعلان عن طريـــق الإشهار الصحفي الطريقة الوحيدة المستعملة في إعلان المتنافسين عن وجود الصفقات العمومية، حيث أصبحت الوسائل

[1] – جليل مونية، المرجع السابق، ص 140.

الإلكترونية الحديثة تلعب دورا لا يستهان به، وهو ما جاء به قانون الصفقات العمومية الجديد.

الفرع الثاني: وسيلة الإعلان الإلكتروني للصفقة:

أدرج المشرع الجزائري وسيلة الإعلان الإلكتروني في الباب السادس من المرسوم الرئاسي 15-247 تحت عنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، ونص القسم الثاني تحت عنوان "تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"على كيفية تبادل المعلومات المتعلقة بالدعوة إلى المنافسة.

كما بين قانون الصفقات العمومية المعلومات والبيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان والتي تمكن المهتمين من اتخاذ القرار حول الدخول في المنافسة.

إن إدراج الإعلان الإلكتروني ضمن مرسوم الصفقات العمومية إن دل على شيء فإنما يدل على مواكبة المشرع الجزائري لوسائل الإعلان الحديثة في مجال المنافسة والصفقات العمومية[1]، وفيما يخص مضمون الإعلان ورد في أحكام هذا القانون في نص المادة 63 البيانات الواجب تضمنها في الإعلان والمتمثلة في:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة التحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- مدة صلاحية العروض.

[1] – صياد ميلود ، امتداد قانون المنافسة غلى الصفقات العمومية بالجزائر (التعديل 2008) ،جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 15 فيفري 2015، ص 30.

– إلزامية كفالة التعهد إذا أقتض الأمر.

– تقديم العروض في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجعة المناقصة.

– ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

يترتب عن إلزامية الإعلان بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم احترامها الأشكال الجوهرية هو بطلان المناقصة برمتها، أما الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عنها البطلان كحالة حدوث خطأ في الأرقام، أو بالأخطاء الحسابية التي من السهل أن ينتبه إليها المترشح[1].

المطلب الثاني:

الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة العمومية:

بعد مرحلة الإعلان عن المناقصة، تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أية مؤسسة أو مترشح يسمح لهما بتقديم العروض، كل الوثائق المتعلقة بالصفقة مع إمكانية إرسالها إلى المترشح الذي يطلبها، وبعد إطلاعهم على هذه الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءاتهم من أجل الظفر بالصفقة.

الفرع الأول: إيداع العروض:

يقصد بتقديم العروض الكيفية التي يتقدم بها الموردون أو المقاولون عروضهم[2].

ونصت المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 على تعريف إيداع العروض بقولها"طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"

[1] – محمد أنس قاسم جعفر ، النظرية العامة الأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعيّ الجزائر، ص 1992، ص10.

[2] – صياد مليود،المرجع السابق، ص 31.

وتأتي أهمية القواعد والمعلومات المنظمة لهذه المرحلة في كونها تساعد على تحقيق النزاهة والشفافية في إجراءات التعاهد ويعامل فيها جميع الموردين أو المقاولين على قدم المساواة[1].

أما فيما يخص مضمون العروض فقد أوجبت المادة 67 أن يشمل العروض على:

4 ملف الترشح

5 عرض تقني

6 عرض مالي

بحيث يوضع ملف الترشح والعرض التقني و العرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة ومختومة يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه وتتضمن عبارة "ملف الترشح" أو "عرض تقني" أو"عرض مالي"، توضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ويحمل عبارة"لا يفتح ورقم المناقصة وموضوعها"

وتعتبر مرحلة إيداع العروض من أهم المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية لذا يجب على الإدارة اتخاذ جميع التدابير لضمان الشفافية والنزاهة.

الفرع الثاني:الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء:

تقوم الإدارة بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بالصفقة وفق ما يسمى بدفتر الشروط بإرادتها المنفردة باعتبارها صاحبة السلطة العامة، فدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة والوثائق المكونة لها، وتتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها[2].

[1] – صياد ميلود، المرجع السابق ، ص 32.

[2] – سعيد فؤاد، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مشروع أولي لمذكرة مكلمة من متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية حقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ،2013-2014، ص 120.

فوفقا للمادة 26 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، فإن دفاتر الشروط متنوعة وهي:

1- دفتر البنود الإدارية العامة:

يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على جميع صفقات الأشغال العامة والتوريد المبرمة من قبل المصالح المتعاقدة والموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك.

ونميز بين نوعين من دفاتر الشروط الإدارية العامة وهما:

- دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات التوريد المبرمة من قبل الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات والدواوين العامة.
- دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال[1].

2- دفاتر التعليمات المشتركة:

تحدد هذه الدفاتر الأحكام والترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد، سواء كانت صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات، يتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعنى ولا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة[2].

3- دفاتر التعليمات الخاصة:

تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة إذ دعت الضرورة إلى تضمينها بعض الاستثناءات عما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر

[1] - جليل مونية، المرجع السابق، ص148.

[2] - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 151.

التعليمات المشتركة فيجب أن يعبر عن ذلك بشكل صريح لا يدع مجالا لأي احتجاج لاحق[1].

4- عرض تقني:

يتضمن ما يلي:

- التصريح بالاكتتاب.
- كفالة التعهد.
- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في الميدان المعني.
- كل الوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة مثل السجل التجاري، المراجع المصرفية.
- كل الوثائق الأخرى التي تشترطها هيأت الضمان الاجتماعي.
- مستخرج من صحيفة السوابق العدلية.

5- عرض مالي: و يشمل على ما يلي:

- التعهد.
- جدول الأسعار الوحدوية.
- الكشف التقديري والكمي[2].

لذا أعطى المشرع أهمية كبيرة لهذه الدفاتر باعتبارها أول حلقة من حلقات إبرام الصفقات العمومية، وذلك من أجل الحفاظ على المال العام وشفافية ونزاهة انتقاء المتعاملين مع الإدارة وتحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثالث: إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية:

أدرجت وزارة المالية وثيقة جديدة خلال إبرام الصفقات العمومية في محاولة منها لتقليل من حجم الفساد الذي يطبع غالبا هذا المجال.

[1] – قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 104.

[2] – عمار بوضياف، المرجع السابق، ص161.

فبالعودة للقرار الوزاري بتاريخ 28 مارس 2011 والمنشورة في الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 2011 نجد أن التصريح بالنزاهة يحاسب المترشح أو المتعهد فيلتزم المعنى بعدم اللجوء إلى أي فعل أو مناورة ترمي إلى تسهيل أو تفضيل دراسة على حساب المنافسة النزيهة، بينما يلتزم أيضا بعدم اللجوء إلى أي أفعال ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لشخص آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة عمومية.

بخصوص فرض تصريح بالنزاهة على كل متعاقد وطني أو أجنبي بغرض تعزيز قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة المشروعة في مجال الصفقات العمومية و التي غالبا ما يشوبها فساد كبير، وتكريسها لمبدأ النزاهة كإجراء جوهري ولازم في إبرام كل الصفقات العمومية إلزام كل متعهد وطني أو أجنبي يرغب في الترشح للحصول على الصفقات العمومية تقديم تصريح بالنزاهة، وكذلك من يعمل معها بالمناولة والراغبين في التعهد للحصول على صفقات عمومية وهي وثيقة لازمة في جميع أنواع الصفقات كلما استعملت الأموال العمومية إن كان على المستوى المحلي أو المركزي[1].

وفيما يخص تنفيذ هذه الوثيقة أصدر رئيس الجمهورية تعليمة توجيهية رئاسية تحت رقم03 مؤرخة في 2009/12/13 تهدف إلى محاربة الرشوة وصيانة المال العام، حيث تقرر ابتداء من 2010/1/1 فرض تصريح بالنزاهة على كل متعاقد وطني أو أجنبي[2].

[1] – صياد ميلود، المرجع السابق، ص 23.

[2] – جليل مونية، المرجع السابق، ص ص 151-152.

الفصل الثاني

أليات حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

لضمان حرية المنافسة في الصفقات العمومية، يجب ضمان حقوق العارضين في منافسة نزيهة ومشروعة، ولن يكون ذلك ممكنا إلا بمنع الممارسات التي تمس بالإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقات لذا أعطى المشرع الجزائري لمجلس المنافسة سلطة يستطيع من خلالها إلزام مختلف الأطراف بإتباع القواعد الإجرائية والموضوعية ،وعدم الحياد عنها في إبرام أو مجال الصفقات العمومية، هذا ما نفصله في (المبحث الأول) بالإضافة إل الدور المهم للقضاء في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ،والذي يهدف إلى تدعيم مبادئ الشفافية والنزاهة التي أكد عليها المشرع في تنظيم الصفقات العمومية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

دور مجلس المنافسة في حماية المنافسة

في صاع يطبق قانون المنافسة رقم 08-12[1] على الصفقات العمومية من الإعلان عن المناقصة غلى غاية المنح النهائي للصفقة ،وهذا الإطار يتمتع المجلس بسلطة إتخاذ القرار في حدود الإختصاص الممنوح له من طرف المشرع الج، ووفقا لشروط المنصوص عليها في المادة 02 من نفس القانون وفي هذا الإطار يتمتع المجلس بسلطة إتخاذ القرار و إبداء الرأي حول جميع المسائل التي تدخل ضمن إختصاصه سواء كان ذلك بمبادرة منه أوعن طريق التدخل التلقائي أو كلما طلب منه ذلك من طرف الأشخاص المؤهلة لذلك قانونا،ومن ثمة تشكيل ملف حول المنافسات المرفوعة أمامه أو تلك التي بادر بالمعاينة فيها وأخيرا إتخاذ القرار المناسب وفقا لأحكام قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية.

وبهذا سيتم التطرق في المطلب الأول لشروط إختصاص مجلس المنافسة وفي المطلب الثاني لإجراءات تدخل مجلس المنافسة.

المطلب الأول

شروط اختصاص مجلس المنافسة

يتدخل مجلس المنافسة في كل الخلافات المتعلقة بالمنافسة ويتمتع بسلطة اتخذ القرارات كلما كانت الممارسات والأعمال المرفوعة أمامه تدخل ضمن إطار تطبيق

[1] – القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة.

المواد 6-7-9-10-12 من الأمر 03-03[1]، والتي من شأنها تحقيق أكبر شفافية في ميدان الممارسات المقيدة للمنافسة وتتمثل هذه الممارسات في:

-الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات الصريحة أو الضمنية .

-التعسف الناتج عن الهيمنة عن السوق.

-التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى.

-البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي.

- والسؤال المطروح في هذا الحالة هل كل ما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة عد حصريا من اختصاص مجلس المنافسة؟

جاءت المادة 2 المذكورة سابقا لتؤكد أنه ليس كل ما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة يعد من اختصاص مجلس المنافسة ولتؤكد امتداد تطبيق قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية لكن ذلك يقتصر على توفر شروط، يمكن حصرها فيمايلي:

الفرع الأول: عدم إعاقة مهمة المرفق العام وممارسة السلطة العامة

وفقا لنص المادة 02 الفقرة 02 من القانون رقم 08-12 التي نصت على أنه" يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية" مما يعني استبعاد مراقبة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية لكونها نشاطا إداريا للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة السلطة العمومية، غير أن الممارسات التي يتسبب أو يقوم بها الشخص العام بواسطة تصرفاته أو قراراته في إطار ممارسته نشاطا يدخل في العملية الاقتصادية وهو يتصرف بوصفه عونا اقتصاديا لا بوصفه سلطة عامة، تكون من اختصاص مجلس المنافسة.

[1] الأمر 03-03مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 20جويلية 2003 المصادق عليه بالقانون 12/03المؤرخ في 25أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 64 المؤرخة في 26 أكتوبر 2003.

مما يفهم أنّ مجلس المنافسة يختص في النظر في القرارات الإدارية التي يتخذها الشخص العام والرامية إلى إدارة المرفق العام وممارسة السلطة العامة، ويعتبرها قرارات مرتبطة بالنشاط الإداري فتدخل الشخص العام بصفته طالبا لإنجاز أشغال البناء وليس عارضا لها، يبعد هذا الشخص من مجال اختصاص المجلس الذي يراقب فقط الممارسات التي يرتكبها الأعوام الاقتصاديون في سياق مباشرة أنشطتهم الاقتصادية مهما كانت صفتهم سواء كانوا من القطاع العام أو الخاص[1].

كما أنّ الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة إما لكونها قد صدرت عن مؤسسات متنافسة، وإما لكونها صدرت عن الإدارة المتعاقدة تكون من اختصاص مجلس المنافسة.

وفيما يتعلق بممارسات المشتري العمومي فقد استبعد تطبيق قانون المنافسة عيله إذا كان طالبا نهائيا يشغل صفقة الخدمات أو السلع أو الأشغال لنفسه في شكل مستهلك بعيدا عن القرض التجاري، فهي موجهة لإشباع وخدمة المرتفقين دون الهدف الربحي وبالتالي تحقيق خدمة إجتماعية، بينما يتم تطبيق قانون المنافسة على المشتري العمومي إذا أعاد بيع السلع والحاجيات التي اشتراها للمرتفقين بطريقة تجارية باعتباره طالبا وسيطا[2].

كما يمكن أن تتابع من طرف مجلس المنافسة بعض الأنشطة التي تقوم بها مصالح الدولة التي تتمتع باستقلالية تسيير الأعمال التي تنجزها في إطار صفقات المؤسسات

[1] محمد شريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد02 ، الجزائر، 2010، ص85.

[2] صياد ميلود ، مرجع سابق، ص ص 58-59.

العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، باعتبار هذه الممارسات بعيدة عن امتيازات السلطة العامة لارتباطها بالنشاط الاقتصادي[1].

الفرع الثاني: وقوع الممارسات في مرحلة إعداد الصفقات

بالرجوع لنص المادة 02 التي نصت على مايلي:" تطبق أحكام هذا الأمر على اصلفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة..."تبين المجال الزمني الذي يطبق فيه قانون المنافسة ومجال اختصاص مجلس المنافسة الذي يمارس في مرحلة إعداد الصفقة وبالتالي فإن مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تخرج من مجال اختصاص مجلس المنافسة.

مما يعني أنّ الإجراءات التي قبل إمضاء العقد ودخول الصفقة حيز التنفيذ هي التي تكون من إختصاص مجلس المنافسة والمتمثلة في:

- الإعلان
- إيداع العروض
- فتح العروض
- تقييم العروض
- المنح المؤقت
- المصادقة والمنح النهائي

وبالتالي فإن الأشخاص المترشحين للمناقصة والمشتري العمومي هم الذين يدخلون في اختصاص مجلس المنافسة دون المتعامل المتعاقد الذي تمّ استبعاده من نطاق اختصاص مجلس المنافسة[2].

[1] محمد شريف كتو ، مرجع سابق، ص93.

[2] جليل مونية، المرجع سابق، ص 248-250.

غير أن التطور الذي شهده القضاء الإداري سمح بمراقبة تصرفات الشخص العام التي تخل بالمنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية، حيث جاءت المادة 946من ق، إ، م،إ[1] لتحديد مهمة القاضي الإداري في دعوى الاستعجال حول مراقبة مدى احترام الإدارة للمنافسة والإشهار، أي أن أي إخلال لهذا الإلزام يجعل الإدارة تحت طائلة تأجيل إمضاء العقد مع حائز الصفقة، فهذا الدور يعتبر وقائيا يتمثل في تفادي إبرام عقد نهائي غير شرعي مما قد تترتب عليه أثار يصعب معالجتها بعد ذلك.

المطلب الثاني

إجراءات تدخل مجلس المنافسة

منح المشرع لمجلس المنافسة كافة الضمانات الكفيلة لتدخل الفعال وبالطريقة الأمثل، والتي يستطيع من خالالها إلزام مختلف الأطراف إحترام قواعد المنافسة وعدم مخالفتها، ويقصد بالقواعد الإجرائية الخاصة بتدخل مجلس المنافسة مجموع الإجراءات التي يقوم بها الأطراف من أجل طرح النزاع على المجلس من جهة، ومن جهة أخرى جملة التدابير التي يقوم بها المجلس من أجل الوصول إلى إقرار وجود مخالفة حقيقية تستوجب العقوبة، أو بعبارة أخرى مختلف التحقيقات التي تكشف عن وجود مخالفات .

الفرع الأول: كيفية تدخل مجلس المنافسة

يكون تدخل المجلس إما عن طريق إجراء إدعاء مقدم من إحدى الأشخاص المؤهلة لذلك، وغما أن يكون تدخلا تلقائيا من قبله.

[1] القانون 08-09 المؤرخ في 25فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية ، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 23 افريل 2008.

أولا: الإدعاء أمام مجلس المنافسة

بالرجوع لنص المادة 44 من الأمر 03-03، نجد أنها قد حددت قائمة حصرية الأشخاص المؤهلين بتقديم الإدعاء، في حين تبقى للمجلس السلطة التقديرية لقبوله أو عدم قبوله، بالإضافة إلى توفر الشروط العامة في المدعي لدفع الدعوى أمام القضاء والمتمثلة في الصفة المصلحة والأهلية والتي نصت عليها المادة13 من ق، إ، م، و،إ.

1-الوزير المكلف بالتجارة :

يعتبر الوزير المكلف بالتجارة، الأشخاص المؤهلين لإخطار مجلس المنافسة بهدف إيجاد نوع من التنسيق بين الوزارة والمجلس، هذه العملية من شأنها تسهيل عملية تبادل المعلومات بين الوزارة ومجلس المنافسة في إطار ترقية المنافسة وحمايتها.

أمّا بشأن إخطار الوزير المكلف بالتجارة لمجلس المنافسة تتم وفق طريقتين إما أن تكون في إطار ممارسته لنشاطاته العادية، كإبلاغه بوجود ممارسات مقيدة للمنافسة في إعداد الصفقات العمومية، حيث يقوم بدوره بإحالة القضية إلى مجلس المنافسة.

كما يمكن أن تكون بصيغة أخرى عن طريق إحالة الوزير المكلف بالتجارة القضايا المقدمة من طرف المؤسسات المعنية إلى المصالح الوزارية عوض عرضها مباشرة على المجلس الأسباب متعددة كعدم إدراكها في كثير من الأحيان وجود هذه السلطة أو جهله في أحيان أخرى لحقها في الإدعاء المباشر أمام المؤسسات المعنية[1].

[1] ناصري نبيل، المركزي القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر ورقم 06/5 رقم 03-03، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون، فرع قانون الأهمال كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر ص29

2- المؤسسات المعنية:

وهي المؤسسات المتضررة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتي أعطاها قانون النافسة أهلية الإدعاء أمام مجلس المنافسة[1].

3-الهيأت الأخرى:

تضمنت المادة 35 هذه الهيأت وتتمثل في: الجماعات المحلية، الهيأت الاقتصادية والمالية، المؤسسات والجمعيات المهنية والثقافية، وكذا جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة من طرف الدولة.

عدم الإختصاص: وذلك تطبيقا لمقتضى الفقرة 2 من المادة 44 من قانون المنافسة التي تنص" ينظر مجلس المنافسته 'ذا كانت الممارسات والاعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 06، 07، 10، 11، 12، أعلاه أو تستند على المادة 09 أعلاه"

حيث يتعين على المجلس إن توصل إلى عدم إختصاصه أن يصدر بذلك قرار معلل ،وتعود له كامل السلطة في شأن ذلك.

عدم كفاية عاصر الإقناع:تم النص على هذا السبب الفقرة2من المادة 44 من نفس "يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا... أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية"[2]

من خلال النص يظهر سبب عدم قبول الإخطار يتلخص في طابعه غير الجدي حث يقع على المجلس وحدة تقدير مدى جدية النزاع وتوافر عناصر الإقناع أو تقرير عدم قبول الادعاء إذا لم تتوافر هذه العناصر.

[1]-عماري بالقاسم، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء دفعة الرابعة عشر، الجزائر 2005 -2006، ص57.

[2] -جليل مونية ، ص 260.

حالة تقادم الدعوى:أخضع المشرع الدعاوي التي ينظر فيها المجلس إلى تقادم مدته 3سنوات وذلك بصريح الفقرة الثالثة من المادة 44:"لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها 3سنوات إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة " وبالتالي هذه المدة لا يمكن أن تفهم إلا كونها مدة تقادم، ودليل ذلك أن المشرع قد أورد عليها مدّة الإقناع حيث التشرط التقادم الدعوى أن لا يكون قد حدث بأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة.

كما سبق وأن ضحنا أنّ الإدعاء أمام مجلس المنافسة يخضع لشروط معينة، وما دامت هذه الشروط ضرورية لقبول الإدعاء فإن الجزائر الذي يترتب على تخلفها هو ممارسة المجلس سلطته في تقرير عدم قبول الإخطار الموجه إليه.

غير أن تخلف هذه الشروط وإن كان سببا لعدم قبول الإدعاء فهو ليس السبب الوحيد بل هناك أسباب أخر أشارت إليها الأمر 03-03 المعدل والمتمم والمتعلق بالمنافسة والمتمثلة في:

-حالة عدم الإختصاص
-عدم كفاية عناصر الإقناع
-حالة تقادم الدعوى[1].

ثانيا:المبادرة التلقائية

إن مجلس المنافسة يمكنه تلقائيا في قضية يرى أنها تدخل في مجال اختصاصه،وذلك دون ضرورة وجود إدعاء من طرف أحد الأشخاص المذكورين في ذات المادة ويمكن أن نتصور علم المجلس بالمخالفات بطرق مختلفة ومنح المشرع إمكانية

[1] – صياد ميلود، المرجع السابق، ص69-70.

المبادرة التلقائية لمجل المنافسة رغبة منه في محاولة توسيع دوره وكذا السماح له من خلال هذه الألية بإعطاء توجيهاته الحقيقة بخصوص السياسية التنافسية، وإمكان دفع الأشخاص الأخرى المؤهلة لإخطاره إلى القيام بذلك ،وكذا إخضاع أكبر عدد من الممارسات المنافية للمنافسة لينظر فيها المجلس عن طريق تنويع سبل تدخله[1].

كما أن تشكيلة لجنة المصادقة على الصفقات العمومية على جمع المستويات حسب مرسوم الرئاسي 15-247 ممثلا في مصالح وزارة التجارة مما يمكن من توفير هذه المعلومة كلما كانت تحفظات حول المصادقة على الصفقة، إضافة إلى حق المجلس في التدخل التلقائي[2].

ويكن القول أن الهدف المبتغى من وراء ذلك يتمثل فيمايلي:

-محاولة توسيع دور مجلس المنافسة.
- السماح لمجلس المنافسة بإعطاء توجيهاته الحقيقة بخصوص المنافسة في الصفقات العمومية.
-اعتبار قواعد المنافسة جزاء من قواعد النظام العام الإقتصادي الجديد القائم على الحرية الاقتصادية، ولكن ضمن قواعد تضمن الحد من الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: التحقيق في قضايا الصفقات العمومية

يتعين على مجلس المنافسة ،وبعد تأكده عدم وجود سبب مقبول بعدم قبول الإدعاء استكمال التحقيق في القضية متتبعا في ذلك جملة من الأحكام التي تضمنها قانون المنافسة ضمن الأمر 03-03وكذا المتضمنة في النظام الداخلي للمجلس.

[1]- جليل مونية، ص 216-262.

[2]- صياد ميلود، مرجع سابق، ص 70

أولا: التدابير المؤقتة

هذه التدابير جاء بها نفس الأمر في المادة 46بنصه:" يمكن لمجلس المنافسة بطلب من المدعي أومن الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محدق غير ممكن لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسة أو عند الإَرار بالمصلحة الإقتصادية العامة" من خلال هذا النص يتبين لنا أن اتخاذ هذه التدابير المؤقتة من قبل المجلس يخضع لشروط لابد من توافرها ،والمتمثلة في:

-ضرورة تلقي المجلس طلبا بخصوصها.
- أن تتوفر حالة الإستعجال.
-أن لا تتجاوز هذه التدابير طابعها المؤقت.

تعود لمجلس المنافسة كامل السلطة في تقدير طبيعة هذه التدابير.

ثانيا: إجراءات التحقيق

طبقا لأحكام المادة 50 من نفس الأمر تستند مهمة التحقيق في الطلبات والشكاوي المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة إلى المقرر وذلك من قبل رئيس مجلس المنافسة.

إن أو عمل ينطلق منه المقرر هو النظر في الطلبات [1]، إن الأمر 03-03 قد أخذ بعين الاعتبار ضمن نصوصه واقع وجود سلطات ضبط مهمتها الرقابة على بعض القطاعات من النشاط في مجال ممارستها للمنافسة، وعلى هذا الأساس قرر المشرع وجوب مساهمة هذه السلطات في التحقيق.

1 بن براهيم مليكة، القيود الواردة على مبدأ المنافسة في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستير أكاديمي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2012 الجزائر، 2013، ص69-71.

كل ذلك تدعيما لدور المجلس واعتباره بحق سلطة قادرة على اتخاذ القرارات وفرضها في مجال الصفقات العمومية.

ومن جملة الضمانات التي منحها المشرع لمجلس المنافسة تلك الواردة في الأمر 03-03. في نص المادة 51، والتي تمنح للمجلس الحق في المطالبة بفحص أي وثيقة أو مستند للتحقيق في القضية المكلف بها، كما له المطالبة باستلام أي وثيقة حيثما وجدت ومهما تكن طبيعتها وحجز مختلف المستندات التي تساعده على أداء مهامه.

وكذا المطالبة بكل المعلومات الضرورية للتحقيق من أي مؤسسة أو أي شخص أخر.

ومن الإجراءات التي يقوم بها مجلس المنافسة في طار التحقيق هو إجراء السماع الذي نصت عليه المادة 53 والتي اقتضت ضرورة تحرير جلسات الإستماع التي يقوم بها المقرر في محضر يقوم بتوقيعه الأشخاص الذين تم سماعهم وإثبات رفضهم في حالة الرفض.

نفس الشيء نصت عليه المادة 44 حيث منحت المجلس إمكانية السماع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات تفيد القضية، وبالتالي قد يصدق هذا النص على إجراء السماع الذي يقوم به المقرر ويمكنه بالتالي استدعاء بعض الأشخاص الذين يمكنهم المساهمة في إصدار القرار في القضية[1] .

ومن أهم ضمانات التحقيق نجد إلزام المشرع المجلس بتعليل مختلف التقارير والقرارات التي يصدرها، فالتحقيق يختتم بتقرير معلل من قبل المقرر الذي يودعه لدى الرئيس كما يتضمن هذا التقرير المأخذ المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح

[1] بن براهيم مليكة، المرجع السابق، ص 72.

القرار، كما يبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين ويحدد لهم تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية[1].

ثالثا: العقوبات

إن تدخل مجلس المنافسة وفي كل مرة يكون هناك مجالات الإختصاصه يكون عن طريق إتخاذ قرارات تتعلق بموضوع تدخله، هذه القرارات ورغم تنفيذها فور صدورها إلا أن المشرع قد نص على إمكانية الطعن فيها أمام الجهة المختصة.

بينت المادة 56العقوبات الواجبة التطبيق على الأشخاص التي ارتكبت ممارسة مقيدة للمنافسة والمتمثلة في غرامة لا تفوق 12% من المبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال أخر سنة مالية مختتمة أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار(6.000.000دج).

كما فرض غرامة مالية قدرها مليوني دينار(2.000.000دج) كعقوبة على كل شخص ساهم بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة.

كما بينت المادة 59العقوبات المقررة ضد المؤسسات التي تعتمد تقديم معلومات خاطئة أو تتهاون في تقديمها بغرامة لا تتجاوز ثمانمائة ألف دينار (800.00دج)

كما يمكن للمجلس فرض غرامة تهديدية لا تقل عن مائة ألف دينار(100.000دج)عن كل يوم تأخير في تقديم المعلومة.

[1] محمد شريف كتو، المرجع السابق، ص 324.

أما فيما يخص العقوبات المقررة على عمليات التجميع فلقد نصت عليها المادة 61 والمتمثلة فر غرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7% من رقم الأعمال من غير الرسوم ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع.

المطلب الأول:

دور القضاء الإداري في حماية المنافسة في الصفقات العمومية

تعتبر التسوية القضائية ألية لحل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، وغالبا ما يلجأ إليها بعد فشل محاولات التسوية الودية ، كما يتضح من قانون، ص ع والتي ورد فيها أن هذا النوع من المنازعات يسوي في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول دون أن يوضح القضاء المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية.

وتجدر الإشارة إلى أن ص، ع تخضع لرقابة القاضي الإداري من زاوية المعيار العضوي حسب نص م 800 من ق إ، م، و،إ وبهذا لم يعد هناك مجال للشك بأن القضاء الإداري يمكن رد النزاعات فيه بالفصل بدعوى القضاء الكامل وقضاء الإلغاء وهو ما فصلت فيه المادة 801 من قانو إ، م، و،إ في الإختصاص المحلي.

الفرع الأول: حماية مبدأ المنافسة أمام قاضي الموضوع:

باعتبار أن الصفقات العمومية هي المجال الأخصب لإعمال مبدأ حرية المنافسة في القانون الإداري فإن رقابة قاضي الموضوع عليها قد تكون في إطار دعوى القضاء الكامل عند رقابة العقد ككل وطلب التعويض عنه.

أولا: دعوى الإلغاء[1]

ترفع هذه الدعوى من طرف أحد المتعاملين سواء كان متعاقد أو مشاركا في الصفقة حيث يطلب فيها إلغاء قرارات نصت عليها الإدارة ولم تكن مشروعة، أو طلبات تتعلق بالمنح المؤقت للصفقة، أو طلبات تتعلق بمنح الصفقة بامتيازات غير مبررة.

[1]– شلالي رضا، رقابة القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات العامة، مجلةالحقوق والعلوم الإنسانية، المركز الجامعي، الجلفة، العدد ،1 الجزائر ، جوان 2008 ، ص 57.

ويشترط لرفع دعوى الإلغاء توفر بعض الشروط الشكلية والموضوعية والمتمثلة في:

الشروط الشكلية تتعلق بأطراف الدعوى وإجراءاتها ومحلها، وميعاد رفعها،أما الشروط الموضوعية تتعلق بالعيوب التي تؤسس عليها الدعوى والتي تلحق بأحد أركان القرار الإداري والمتمثلة في عيب السبب، الاختصاص الشكل والإجراءات ،مخالفة القانون، عيب تجاوز السلطة.

ويتعلق محل دعوى الإلغاء في هذه الحالة بما يسمى بالقرارت الإدارية المنفصلة عن العقد كقرار المنح المؤقت للصفقة، فالعقد لا ينص على المنح المؤقت[1].

ثانيا: دعوى فحص وتقدير المشروعية ودعوى التفسير:

هي دعاوى تتعلق بالأساس بالقرارات الإدارية للتأكد من مدى صحتها ومطابقتها للقانون أو لتأكد من مضمونها لاسيما في الحالات التي يكون فيها القرار غامضا وغير واضح،مثلا كالإعلان عن المنح دون اللجوء لإجراءات المنافسة[2].

ثالثا: دعوى القضاء الكامل.

تشترط في دعاوي القضاء الكامل الشروط العامة من حيث توفر الصفة والمصلحة والأهلية في أطراف الدعوى وأنها لابد أن تتم عن طريق عريضة مؤرخة وموقعة تحدد الوقائع والطلبات والأسس التي يستند إليها المدعي وأن تكون في الميعاد المحدد إضافة إلى الشروط الخاصة.

---

[1] –شلالي رضا المرجع سابق، ص 15

[2]– وانيس احلام ، المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر اكاديمي، ميدان الحقوق والعلوم السياسية،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013 –2014، ص 21.

تندرج دعوى القضاء الكامل ضمن دعاوي العقود الإدارية عموما، وحتى المتعلقة بالإخلال بحرية المنافسة في الصفقات العمومية ضمن التي تتوسع فيها سلطات القاضي مقارنة بسلطات قاضي الإلغاء.

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة أمام قاضي الاستعجال:

استنادا إلى نص الفقرة الأولى من المادة 946ق، إ، ج، م، إ، فإن القضاء الإداري الاستعجالي يختص بالنظر في هذه الدعوى إذا تعلق الأمر بإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع بها عمليات إبرام الصفقات العمومية.

أولا:نطاق اختصاص القاضي الإداري الاستعجالي من حيث أطراف الدعوى وإجراءاتها

1 مفهوم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

- **تعريف الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية** : يمكن تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية بأنّه" إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام ابرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"[1]
- **أسباب التكريس القانوني الاستعجالي قبل التعاقدي في الجزائر:**

يمكن أن نلخصها كالآتي:

-تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقة العمومية في الجزائر، خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة والمبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض.

[1]– محمد فقير،مداخلة بعنوان رقابة القاضي الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل ابرامها في التشريع الجزائري لملتقى الوطني السادس 30 ماي 2011،ص43.

-الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللامشروعية، وهو ما أثر سلبا على المناخ الاستثماري.

-رغبة المشرع في تأمين اكبر ممكن من شفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية.

-تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطورا كبيرا في حماية مبادئ المساواة، العلانية و المنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقات العمومية[1].

2- شروط الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية:

هناك شروط عامة يتطلب القانون توفرها في الدعوى الاستعجالية و شروط خاصة تنفذ بها الدعوى الاستعجالية في الصفقة العمومية.

أ -الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية.

وتتمثل فيما يلي:

- **الاستعجال:** لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للاستعجال رغم أنه يعتبره شرطا جوهريا لرفع الدعوى الاستعجالية ويعود ذلك إلى صعوبة وضع تعريف موحد وشامل لفكرة الاستعجال و يعرفه الفقه الإداري بأنه " الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو انه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريقة المعتادة حتى مع تقصير المواعيد"[2].

[1]-وأنيس أحلام، مرجع سابق، ص 30.

[2]- محمد براهيمي، القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 6.

- **عدم المساس بأصل الحق:** الأصل العام أن القضاء المستعجل يتدخل لاتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية لا تمس بأصل الحق فيكفي لرفع الدعوى الاستعجالية احتمال وجود الحق أو عدم وجوده[1].
- **شرط الجدية:** يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي فإن لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة[2].

ب- الشروط الخاصة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

- **صفة المدّعي:** تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوما أوسع وأشمل من شرط الصفة الذي نعرفه في القواعد العامة فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون.

- **اكتساب صفة المدعى بحكم المصلحة :** حيث تقبل الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية طبقا للمادة946 من قانون إ م إ.

- **اكتساب صفة المدعي بحكم القانون:** يعد مكتسبا لهذه الصفة كل جهة رسمية أعطاها القانون حق رفع الدعوى الإستعجالية حماية لشفافية الصفقة العمومية، وقد حولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي باعتباره ممثل للدولة على مستوى الولاية إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إذا ابرم العقد، أوسيبرم من طرف جماعة إقليمية أومؤسسة عمومية محلية.

[1]- عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية 2005، ص103.

[2]- وانيس احلام المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 32.

- **وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة:**

-**خرق قواعد الإعلان عن الصفقة:** يعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة مطلقا، أوقيامها بإعلان معيب، كما يعد عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية عيبا من عيوب العلانية والمنافسة كما أعتبر القضاء الإداري كل خرق للقواعد المتعلقة بمدد استلام العروض مخالفا لقواعد العلانية.[1]

- **اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب:** حدد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية وفق شروط قانونية ملزمة لايجوز الخروج عنها لذا فإن استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة[2].

-**مخالفة المواصفات و الخصوصيات التقنية:** بعد وضع الإدارة لمواصفـــات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين علـــى حساب البقية يعتبر انتهاكا لقواعد المنافسة.[3]

-**الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق:** يقصد بالحرمان من دخول الصفقة الحظر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون كالمصلحة العامة والإفلاس أو عدم الوفاء بالواجبات الجبائية فإن طبقت الإدارة هذا الإجراء على مرشح ما دون سند قانوني كان له حق رفع الدعوى الإستعجالية، أما الاستبعاد من الصفقة فيكون بإخراج عطاء بعينه من دائرة المنافسة، لعدم مطابقته للمواصفات التقنية أولعدم توقيعه من صاحبه، فإن تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.[4]

---

[1]– بشير بالعيد، القضاء المستجعل في الأمور الإدارية،مطابع عمار قرفي، باتنة الجزائر، 1993، ص 37.

[2]– عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 120.

[3]– بومقورة سلوى، رقابة القضاء الإداري على المنازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2008، ص 130.

[4]– محمد براهيمي، المرجع السابق، ص 30.

-**الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد:** لم يغفل المشرع الجزائري عن ضبط معايير لاختيار المتعاقد مع الإدارة، كما منع المصلحة المتعاقدة من التفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرف وأثناء تقييم العروض الاختيار الشريك المتعاقد، فإن ثبت عدم التزام الإدارة بمعايير الاختيار كان ذلك دليلا على خرق لمبدأ المنافسة.[1]

- **الأجل القانوني لرفع الدعوى:**

لم يحدد المشرع الجزائري أجلا أومدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

ثانيا:سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية

يتمتع القاضي الإستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية بسلطات متعددة منحت له بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية وهذه السلطات كالآتي:

أ -سلطة الأمر بالامتثال للالتزامات المنافسة من خلال الإشهار:

إذا ما ثبت للمحكمة الإدارية وجود إخلال بالتزامات التي يرفضها القانون في مجال الإشهار والمنافسة، فإنه يمكنها أن تأمر المتسبب في هذا الإخلال بالامتثال للالتزامات القانونية، على أن تحدد له أجلا يجب أن يمتثل فيه وهذا ماجاءت به المادة 946 ق إم و إ

بالرجوع لنص المادة تجعلنا نبدي عدة ملاحظات بشأنها:

– هذه الفقرة بدأت بعبارة "يمكن" بمعنى ذلك أن هذه السلطة التقديرية جوازية تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الإدارية.

– كذالك هذه الفقرة تركت السلطة التقديرية لتحديد الأجل الذي يلزم فيه المخالف باحترام الالتزامات القانونية المفروضة في مجال الإشهار والمنافسة.[2]

[1]– وأنيس أحلام، المرجع السابق، ص 34.

[2]– بومقورة سلوى، المرجع السابق، ص 223.

ب- سلطة توقيع الغرامات التهديدية:

في إطار تدعيم القاضي الإداري الإستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية، منحت له سلطة توجيه الغرامة التهديدية في مواجهة المخالف لالتزامات الإشهار والمنافسة وتسري الغرامة التهديدية حسب الفقرة 5 من المادة 946 من تاريخ انقضاء الأجل الذي حددته المحكمة[1].

ج- سلطة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة:

بمجرد إخطار المحكمة الإدارية بالدعوى في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، فإنه يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد وبالتالي فالمحكمة لها السلطة التقديرية في ذلك، حيث يؤجل توقيع الصفقة في هذه الحالة إلى نهاية الإجراءات القضائية أمام المحكمة الإدارية على أن لاتتجاوز المدة عشرين(20) يوما.[2]

المطلب الثاني

دور القضاء الجنائي في حماية المنافسة في الصفقات العمومية

نظرا للخطورة التي تشكلها جرائم الصفقات العمومية فهي تهدد وتمس بأمن واستقرار الدولة الاقتصادي، لذالك كان لزاما على المشرع أن يتصدى لهذه الجرائم، بوضع مجموعة من النصوص القانونية، التي تهدف للحد من هذه الجرائم ومعاقبة مرتكبيها، فحتى لا تبقى النصوص القانونية غير مفعلة لا يمكن أن تبلغ غايتها.

و النيابة العامة بوصفها السلطة المختصة بالاتهام لها الحرية الواسعة في أن تقرر تحريك الدعوى العمومية متى علمت بوقوع الجريمة.

---

[1]- وانيس أحلام، المرجع السابق، ص 3.

[2]- بودريون عبد الكريم، اشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي الجزائر، 2011، ص62.

الفرع الأول: الأحكام الإجرائية:

بالنظر لأهمية الصفقات باعتبارها وسيلة لتنفيذ أهداف وبرامج مسطرة من طرف الدولة وتخصص لها أموال ضخمة، فإنها تحض بحماية خاصة.

1 -التحريات الأولية للكشف عن جرائم الصفقات العمومية:

هذه المرحلة تلي وقوع الجريمة مباشرة، وهي تهدف إلى كشف الحقيقة، حيث أجازت المادة 69 من قانون الإجراءات الجزائية لوكيل الجمهورية سواء في طلبه الافتتاحي لإجراء التحقيق أو بطلب إضافي في أي مرحلة من مراحل التحقيق وذلك بإظهار الحقيقة.

كما تجيز المادة 71من نفس القانون أن يطلب تنحية الملف من قاضي التحقيق لفائدة قاض آخر من قضاة التحقيق متى رأى أن السير الحسن للعدالة يقتضي ذلك.

2 -المتابعة عن طريق تحريك الدعوى العمومية:

تتميز الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ببعض الأحكام الخاصة، وتظهر هذه الأحكام أولا في مرحلة التحقيق أو الأصل أن النيابة العامة هي السلطة المختصة أساسا بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها في كافة الجرائم[1].

فعندما تتوصل الهيئة إلى وقائع ذات وصف جزائي، تحول الملف إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي بدوره يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء[2].

[1]- جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 206.

[2]- سليمان بارش، شرح الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007، ص 52-53.

3 تحريات الشرطة وأساليب التحري الخاصة:

إن الكشف عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، يتطلب جملة من إجراءات البحث والتحري من قبل الشرطة القضائية باعتبارها صاحبة الاختصاص في الكشف عن الجرائم كافة، والهدف من هذه الإجراءات هو كشف الجرائم ومعرفة كافة الظروف التي ارتكبت فيها، وكذا التحري، عن كافة المعلومات الخاصة بوقوعها[1].

فالتحقيق الابتدائي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي تسبق المحاكمة، وتهدف إلى جمع الأدلة بشأن وقوع فعل يعاقب عليه القانون وفحص الجوانب المختلفة لشخصية الجاني وبمعنى أخر يهيئ التحقيق الابتدائي ملف الدعوى العمومية كي يتسنى لقضاة الحكم أن يقولوا كلمتهم في تلك الدعوى[2].

بحيث تمنح المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية الصلاحية لقاضي التحقيق، كي يقوم وفقا للقانون، باتخاذ كافة إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي.

كما نجد أن المشرع قد وسع في أساليب البحث والتحري بمواكبته مختلف التشريعات الجنائية الأخرى في سبيل كشف الجرائم للحد من الفساد والفاسدين[3].

الفرع الثاني: الحماية الجزائية لمبدأ المنافسة في ظل قانون الفساد:

صدر قانون 06-01 لحماية مبدأ المنافسة وإضفاء النزاهة والشفافية عليه وداء بجملة من الجزاءات المتعلقة بعدة جرائم منها جرائم الصفقات وسنتناولها كالآتي:

---

[1]- جليل مونية، المرجع السابق، ص 207.

[2]- محمد خريط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الرابعة دار هومة، الجزائر، 2009، ص 68.

[3]- محمد خريط، المرجع السابق ص 70.

1 -جريمة منح الامتيازات غير المبرر في مجال الصفقات العمومية:

من خلال نص المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته يبدو واضحا تشدد المشرع الجزائري وإلحاق العقوبة اللازمة على كل عون من أعوان الدولة ثبت ارتكابه لجريمة منح الامتياز غير المبرر وحدّد مدّة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، كما حدّد غرامة مالية من 200,000 إلى 1,000,000 دج.

وامتدّ نص التجريم لكل من قام بإبرام عقد أو التأشير عليه أو مراجعته، بما يؤكد حرص المشرع على تحميل المسؤولية الجزائية لكل طرف ساهم في العقد أو الصفقة إبراما أو مراجعة أو تأشيرة[1].

ومن جهة ثانية شمل العقاب كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من

القطاع الخاص متى ثبت ارتكابهم لفعل الاستفادة من سلطة وتأثير نفوذ أعوان الدولة من أجل التعديل في نوعية المواد والخدمات بما يحقق لهم المصلحة الخاصة[2].

2 -جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

يطلق على هذه الجريمة كذلك تسمية قبض العمولات من الصفقات العمومية أوهي الوسيلة المستعملة لتزوير أو تشويه قواعد قانونية بهدف الحصول على نتيجة لا يمكن بلوغها إذا طبقنا هذه القواعد تطبيقا صحيحا.

إن اكبر قطاع يتعامل فيها بالرشوة في الجزائر هو قطاع الصفقات العمومية، وأنّ الكوارث التي تشهدها قطاعات البناء والأشغال العمومية من سقوط البنايات وعدم صلاحية الطرقات على الرغم من حداثة انجازها، ويبقى إثبات جريمة الرشوة في الصفقات أمرا معقدا، حيث يمكن أن تكون إجراءات منح الطلبات العمومية قانونية،

[1]- القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 344.

فبمجرد تسريب معلومة سرّية حول عملية التقييم الإداري للمشروع يمكن أن يكون ثمنه ضخم حيث يمكن للمترشح أن يقدم أفضل العروض وبالتالي الحصول على المشروع، أيضا مرحلة تنفيذ الصفقة تحوي أكثر من احتمال للرشوة هذا كله يؤدي إلى النوعية السيئة لهذه الإنجازات، والتي تكون قد كلفت خزينة الدولة أموال طائلة[1].

وتنقسم العقوبات المقررة للشخص الطبيعي والمعنوي إلى عقوبات أصلية و عقوبات تكميلية ويمكن تشديد العقوبة أو تخفيضها أو حتى الإعفاء منها.

أ- العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

نصت عليها المادة 27 من القانون رقم 06-01 والمتمثلة في الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وغرامة من 1,000,000 دج إلى 2,000,000 دج.

ب- العقوبة الأصلية المقرر للشخص المعنوي:

حتى يمكن إسناد التهمة إلى ها الأخير فعلى النيابة العامة أن تثبت أن الجريمة قد ارتكبت من طرف شخص طبيعي معين بذاته، وإن هذا الشخص له علاقة بالشخص المعنوي، وإن الظروف والملابسات التي ارتكبت في ظلها الجريمة تسمح بإسنادها إلى الشخص المعنوي[2].

ويتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة الرشوة للعقوبات المقررة في قانون العقوبات، وهي:

غرامة تساوي مرّة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح ما بين 1,000,000 دج وهو

[1] عادل مستاري، موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية (الموطف العام) في ظل قانون 06-01 المتعلق بالوقاية ن الفساد ومكافحته، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص 172.

[2]- عبد الغني حسونة، الكاهنة زواوي،الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص 216.

الحد الأقصى المقررة لجريمة الرشوة و 5,000,000 دج وهو ما يعادل خمس مرّات الحد الأقصى والغرامة كعقوبة مالية تعتبر جزاءا فعالا بالنسبة للشخص المعنوي ذلك لأن معظم الجرائم التي يرتكبها يكون القصد منها تحقيق فائدة غير مشروعة بما فيها جريمة الرشوة.

ج- العقوبة التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

ينص المشرع على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبات، وهي ذات العقوبات

التكميلية الإلزامية والاختيارية والتي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[1].

د- العقوبة التكلميلة المقررة للشخص المعنوي:

حدّد المشرع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي:

-غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدّة لا تتجاوز خمس سنوات.

-الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

-المنع من مزاولة نشاط مهني الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات[2].

3 جريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية:

نصت المادة 35 على أنه:"يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200,000 دج إلى 1,000,000 كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى مباشرة وإما عن طريق شخص أخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو

[1]- وانيس أحلام، المرجع السالف الذكر، ص 55.

[2]-مرجع نفسه.

المؤسسات التي يكون وقت إركاب الفعل مدير لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت"[1].

وما يلاحظ أن المشرع عندما منح القضاء الإداري هذا الدور كاف يهدف إلى تدعيم مبادئ الشفافية والنزاهة التي أكد عليها مرارا وتكرارا في تنظيم الصفقات العمومية وفي عدّة نصوص قانونية أخرى.

أما عن مواجهة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية فإنها تتطلب منظومة قانونية متكاملة من الإجراءات وهو ما سعى المشرع الجزائري إلى حلقه من خلال إصداره قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ومن خلال القواعد الأحكام القانونية المتعلقة بمتابعتها والعقوبات المقررة بشأنها.

[1] – القانون رقم 06-01 السالف الذكر.

خاتمة:

إن الغرض من إبرام الصفقات العمومية هو الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور اغلبه حول التسيير الجيد للأموال العمومية، فالتعديلات الجديدة التي أدخلت على التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية تهدف إلى ضمان حرّية أكبر للاستفادة من الطلبية العمومية، والمساواة في التعامل مع العارضين، والشفافية في الإجراءات.

ولضمان حرّية المنافسة في الصفقات العمومية تم تكريس قاعدة الشفافية في الإجراءات عند الإعلان عن الصفقة أو عند منحها مؤقتا، لأنها تلعب دورا بارزا في تعزيز الثقة بين المواطنين و السلطة ،كذلك اعتماد النزاهة والمنافسة المشروعة في مجال الصفقات العمومية من شأنه أن يقلل من ارتكاب الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

وجاء تكريس هذا المبدأ ليدل على سعي الدولة للحدّ من الجرائم وبناء أرضية صلبة يقف عليها الاقتصاد الوطني و حمايته ، ولن يكون ضمان حرّية المنافسة في الصفقات العمومية إلاّ بمنع الممارسات التي تمس بالإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقة ومتابعتها من طرف مجلس المنافسة والذي يعتبر أمرا ضروريا، كما أنه لا يشترط أن تكون هذه الممارسات قد عرقلت أو شلت المنافسة حقا، بل يكفي وجود الافتراض أن تعرقل المنافسة، لذلك عمل هذه الهيئة يستوجب الدّعم والمساعدة من طرف الجميع من اجل توظيف أحد أسمى مبادئ قانون المنافسة، وهو مبدأ الشفافية في قانون الصفقات العمومية التي يجب أن تشمل تصرفات طالب العروض ومقدميها.

كما أقرّ المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية، وجاء هذا تأكيدا من المشرع على ضرورة مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

كما لا نقلل من الدور المهم للقضاء الإداري في مجال حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لاسيما إقرار الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية التي تضمنت تجاوزا على بعض المحظورات التقليدية في القوانين السابقة على صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك من خلال التكريس التشريعي غير المسبوق في الجزائر للاستعجالي قبل التعاقد، وهو ما من شأنه تفعيل المنظومة القانونية بسد الفراغ الذي كان سائد في هذا المجال ورأب الصدع الذي تعرفه الصفقات العمومية من تجاوزات أثرت على الاقتصاد الوطني.

من خلال دراستنا لموضوع المنافسة في مجال الصفقات العمومية اتضح لنا جليا حجم الترسانة القانونية الموضوعة أساسا للحيلولة دون خروج عملية إبرام الصفقات العمومية عن إطارها القانوني، و من ثم تبين لنا أهمية هذا الموضوع في البحث عن الآليات المعتمدة للوصول إلى اختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين و توفير أفضل الشروط لإنجاز موضوع الصفقة ،و منه تحقيق أكثر فعالية للطلبات العمومية من خلال احترام مبدأ المنافسة ، كما تبين لنا أن تنظيم الصفقات العمومية في بلادنا عرف نقلة نوعية منذ صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية حيث رسخ قيم الشفافية و عزز آليات المنافسة كدعامة لدولة الحق و القانون.

رغم هذا الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية والذي يدل على وجود إرادة سياسية تهدف غلى تعميق آليات اقتصاد السوق والحرّية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة، وإدخالها إلى المجال الإداري، ومن ثم إلزام الأشخاص العمومية باحترام مبدأ المنافسة الحرّة ومراعاته أثناء إبرام الصفقة، إلا أنّ الملاحظ في الميدان هو الحجم الكبير للتجاوزات المسجلة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد مما يجعل كل هذه الآليات غير كافية لمواجهة الممارسات المنافية لأهداف النشاط الإداري المتمثلة في إشباع الحاجات العامة، لذا يستلزم إصلاح هذه المقتضيات التنظيمية إصلاحا عميقا،

كما يجب اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحسن ضمان تطبيق المرسوم الخاص بالصفقات العمومية من خلال تكوين الموارد البشرية و إعداد كتب وجيزة و دلائل إرشادية لإجراءات و كيفيات إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية.

فللاتجاه نحو تحقيق دولة القانون لابد من التطبيق الصارم للقوانين على جميع المستويات ، لأنه بسيادة القانون نصل إلى الحكم الراشد.

أولا : الكتب

1.بشير بالعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية،مطابع عمار قرفي، باتنة الجزائر، 1993.

2.سليمان بارش، شرح الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007.

3.عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية،دار الكتب القانونية، مصر 2005.

4.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم النصوص التطبيقية له، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2014.

5.قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية، في القانون الجزائري الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.

6.محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة الأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 1992.

7.محمد براهيمي، القضاء المستعجل،الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2006.

8.محمد خريط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الرابعة ، دار هومة، الجزائر، 2009.

ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية

1.الرسائل :

1.بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه دولة ومؤسسات ، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013-2014.

2.المذكرات

1.بجادي طارق، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر 2014.

2.بن براهيم مليكة، القيود الواردة على مبدأ المنافسة في التشريع الجزائري، م ذكرة مقدمة لاستكمال كمتطلبات شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوقوالعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 2012، 2013.

3.بودريون عبد الكريم، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي،2011.

4.بومقورة سلوى، رقابة القضاء الإداري على المنازعات الصفقات العمومية، مذكرةماجستير، جامعة عنابة، 2008.

5.جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، اطروحة من اجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2015.

6.زمال صالح، امتداد قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مذكرة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2014.

7.سعيد فؤاد، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مشروع أولي لمذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق، 2013-2014.

8.شقطمي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائري، مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة باجي مختار، عنابة، كلية الحقوق، 2010- 2011.

9.صياد ميلود امتداد قانون المنافسة على الصفقات العمومية بالجزائر (التعديل 2008)مذكرة لنيل شهادة الماجستير،ـــجامعة الجزائر كلية الحقوق 15 فيفري 2015.

10.عماري بلقاسم ،مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة الرابعة عشر، 2005-2006.

11.ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر ورقم 95-06 والأمر رقم 03-03 مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

12. وانيس احلام المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر اكاديمي ميدان الحقوق والعلوم السياسية، حقوق جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، 2013 -2014.

ثالثا:المقالات

1.حسونةعبد الغني ، الكاهنة زواوي،الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009.

2.شلالي رضا، رقابة القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات العامة، مجلةالحقوق والعلوم الإنسانية، المركز الجامعي، الجلفة، العدد1، جوان 2008.

3.كتو محمد شريف ، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيةالاقتصادية والسياسية، 2010، عدد 02.

4.مستاري عادل ، موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظل قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،مجلةالاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009.

5.نسيغة فيصل، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، 2014.

رابعا: المداخلات:

1.بوكحيل ليلى، القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، ملتقى حرية المنافسة في التشريع الجزائري، جامعة برج بلجي مختار، عنابة، كلية الحقوق.

2.فقير محمد،مداخلة بعنوان رقابة القاضي الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل ابرامها في التشريع الجزائري،الملتقى الوطني السادس 30ماي 2011.

خامسا:النصوص القانونية:

1.النصوص التشريعية:

1.القانون 08-09المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

2.القانون 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المعدل و المتمم للأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

3.القانون 15-17 المؤرخ في 13 ديسمبر 2015 المعدل و المتمم للأمر 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

4.الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003 المصادق عليه بالقانون 12/03 المؤرخ في 25 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 64 المؤرخة في 26 أكتوبر 2003.

5.القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل و المتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة.

6.القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية العدد14.

2.النصوص التنظيمية:

مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذو الحجة عام 1336 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جديدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50 الصادرة في 06 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 20 سبتمبر 2015م.

العنوان	الرقم
مقدمة	1
الفصل الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية	5
المبحث الأول : ماهية مبدأ حرية المنافسة في قانون الصفقات	6
المطلب الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية	6
الفرع الأول : تعريف المنافسة (لغة وإصطلاحا)	6
أولا: التعريف اللغوي	7
ثانيا: التعريف الإصطلاحي	7
الفرع الثاني: تعريف الصفقات العمومية	8
أولا: التعريف التشريعي	8
المعيار الشكلي	9
المعيار الموضوعي	9
المعيار العضوي	10
المعيار المادي	10
ثانيا: التعريف القضائي	11
ثالثا: التعريف الفقهي	11
المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة	12
الفرع الأول: رفع هامش الأفضلية الوطنية	13
الفرع الثاني: تخصيص نسبة من الصفقات للمؤسسات الوطنية	14
الفرع الثالث: إخضاع المتعهدون الأجانب إلى الإلتزام بالإستثمار في إطار شراكة	17
المبحث الثاني: الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية	17
المطلب الأول: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات الصفقة العمومية	18
الفرع الأول: الإشهار الصحفي	19
الفرع الثاني: الإعلان الالكتروني	19
الفرع الثالث: مضمون الإعلان	19

المطلب الثاني: الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة العمومية	20
الفرع الأول: إيداع العروض	20
الفرع الثاني: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء	21
دفاتر البنود الإدارية العامة	22
دفاتر التعليمات الخاصة	22
عرض تقني	23
عرض مالي	23
الفرع الثالث: إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية	24
الفصل الثاني : أسس حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية	25
المبحث الأول: دور مجلس المنافسة في حماية المنافسة في ص ، ع	26
المطلب الأول: شروط اختصاص مجلس المنافسة	26
الفرع الأول: عدم إعاقة مهمة المرفق العام وممارسة السلطة العامة	27
المطلب الثاني: إجراءات التدخل مجلس المنافسة	29
الفرع الأول: كيفية تدخل ملس المنافسة	30
أولا: الإدعاء أمام مجلس المنافسة	30
الوزير المكلف بالتجارة	31
المؤسسات المعنية	31
الهيأت الأخرى	31
ثانيا: المبادرة التلقائية	32
الفرع الثاني: التحقيق في قضايا الصفقات العمومية	33
أولا: التدابير المؤقتة	33
ثانيا: إجراءات التحقيق	34
ثالثا: العقوبات	36
المبحث الثاني: الرقابة القضائية في حماية المنافسة في الصفقات العمومية	38
المطلب الأول: دور القضاء الإداري في حماية المنافسة في الصفقات العمومية	38

الفرع الأول : حماية مبدأ المنافسة أمام قاضي الموضوع	38
أولا: دعوى الإلغاء	38
ثانيا: دعوى فحص وتقدير المشروعية ودعوى التفسير	39
ثالثا: دعوى القضاء الكامل	39
الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة أمام قاضي الاستعجال	40
أولا: نطاق اختصاص القاضي الإداري الاستعجالي من حيث أطراف الدعوى وإجراءتها	40
مفهوم الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	40
تعريف الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية	40
أسباب التكريس القانوني الاستعجالي قبل التعاقدي في الجزائر	40
ثانيا : شروط الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية	41
الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية	41
أ -الاستعجال	41
ب – عدم المساس بأصل الحق	41
ج- شرط الجدية	42
الشروط الخاصة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	42
أ -صفة المدعي	42
ب –وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة	42
ج- الأجل القانوني لرفع الدعوى	44
ثالثا: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية.	44
أ -سلطة الأمر بالإمتثال للإلتزامات المنافسة من خلال الإشهار	44
ب -سلطة توقيع الغرامات التهديدية	44
ج-سلطة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة	45
المطلب الثاني: دور القضاء الجنائي في حماية المنافسة في الصفقات العمومية	45

الفرع الأول: الأحكام الإجرائية	45
التحريات الأولية للكشف عن جرائم الصفقات العمومية	46
المتابعة عن طريق تحريك الدعوى العمومية	46
تحريات الشرطة وأساليب التحري الخاصة	46
الفرع الثاني: الحماية الجزائية لمبدأ المنافسة في ظل قانون الفساد	47
جريمة منح الامتيازات غير المبرر في مجال الصفقات العمومية	47
جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية	48
جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية	50
خاتمة	53
قائمة المراجع	56