



إشكالية التكامل أو التصادم بين قواعد المنافسة والصفقات العمومية "حالة الجزائر"

الدكتور/ تيورسي محمد

قانون الأعمال، المركز الجامعي- مغنية- تلمسان - الجزائر

E-mail: tioua21@yahoo.fr

الملخص:

يكاد يجمع الجميع ، أنّ اقتصاد أيّ بلد لا تقوم له قائمة على أرض الواقع إلاّ إذا كانت شروط المنافسة من أجل ولوج أسواق المعاملات التجارية متوفرة بضمانات قانونية نافذة وحماية قضائية ناجعة، واعتباراً لكون صفقات الدولة مجالاً خصباً من هذه الأسواق، تتقاطع فيه إعلانات الإدارات العمومية عن حاجات مرفقية من أشغال أو توريدات أو خدمات مع العروض المقترحة من طرف المتنافسين استجابة لهذه الإعلانات ، فإنّ حماية حرية المبادرة الخاصة تقتضي حتما إخضاع عملية إبرام الصفقات لمنظومة من الضمانات التي من شأنها أن تجعل الأصل هو إرساء الصفقة على مستحقيها ونائلها وفقاً لنتائج المنافسة الحرة، والاستثناء هو اختيار الإدارة للمتعاقد معها حسب سلطتها التقديرية، وهي القيمة التي عبر عنها المشرع بكل وضوح في المادة ٠٣ من المرسوم الأخير المنظم لصفقات الدولة وتفويضات المرافق العامة ، بحيث جاء فيها: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم". وذلك يعني توظيف كل إمكانيات التكامل بين القانون المنظم لحرية التنافس ونظام الصفقات بغية ترسيخ منهج حديث للحكامة، غايته الارتقاء بممارسة حرية المنافسة وضمان حسن استعمال المال العام .

وهو الأمر الذي أكدّه الوزير الأول الحالي مؤخراً أثناء عرضه لمخطط الحكومة على البرلمان في ١٧ شباط/فبراير ٢٠٢٠ ، حيث أشار إلى أنّ الحكومة ستراجع قانون الصفقات العمومية لضمان النزاهة في إنفاق المال العام و إضفاء الشفافية التامة على الطلبات العمومية و تعزيز سياسة ترشيد النفقات.

وتبعاً لذلك، فإنّ ما يستقطب الاهتمام اليوم في هذا الإطار، يتمثل خاصة في تحديد طبيعة العلاقة الممكنة بين القواعد المنظمة لحرية التنافس ونظام صفقات الدولة، وتكريس كل إمكانيات التكامل بينهما لتدعيم الحماية القانونية والقضائية لتفعيل التنافس الحرّ في نطاق الأسواق العمومية من أجل كسب السبق في إنجاز الأعمال المرفقية موضوع الطلبات العمومية، خاصة إذا علمنا أنّ قيمة الاعتمادات المرصودة لإنجاز هذه الأعمال موضوع هذه الأخيرة تمثل نسبة كبيرة من الناتج الخام المحلي . وتأسيساً عما سلف ، فإنّ أهمّ الإشكاليات المراد تحليلها في هذا المقال موصولة بالسؤال المركزي التالي : أين تنتهي حرية التنافس ومن أين تبدأ حرية التعاقد المتعلقة بمسألة ضبط مرافق الدولة ، وما مدى مساهمة الإطار المؤسساتي القانوني-القضائي القائم في توفير الحماية اللازمة في هذا المجال و النهوض بهذه المهمة ، و ماهي الآليات الأساسية و إمكانيات التوفيق بين هاتين المهمتين العسيرتين ، وذلك كلّ من أجل بناء شراكة متوازنة بين مرافق الدولة والقطاع الخاص ، غايتها الارتقاء بممارسة حرية المنافسة وضمان حسن استعمال المال العام ؟

الكلمات المفتاحية للبحث: السوق؛ حرية تنافسية؛ صفقات الدولة؛ مرافق عمومية؛ الضبط؛ إصلاحات هيكلية؛

توصيات



ABSTRACT :

Almost everyone agrees that the economy of any country does not exist on the ground unless the conditions for competition for access to commercial transactions markets are available with effective legal guarantees and effective judicial protection, and considering that state deals are a fertile area in these markets, in which public administrations announcements regarding utility needs such as works, supplies or services intersect with the offers proposed by the bidders in response to these announcements, The protection of the freedom of private initiative inevitably requires subjecting the process of concluding the deals to a set of guarantees that would make the principal is the awarding of the deal to its recipient and its recipient according to the results of free competition, and the exception is the management's choice of the contracting party according to its discretion, which is the value that the legislator clearly expressed in Article 03 of the last decree regulating state procurement and utility mandates, It states: "To ensure the efficiency of public requests and the reasonable use of public funds, the principles of freedom of access to public requests, equality in treatment of candidates, and transparency of procedures must be observed in respect of the provisions of this decree." This means employing all possibilities of complementarity between the law regulating freedom of competition and the system of deals in order to establish a modern approach to governance, whose aim is to promote the practice of freedom of competition and to ensure the proper use of public money.

This was confirmed recently by the current Prime Minister during his presentation of the government plan to Parliament on February 17, 2020, where he indicated that the government will review the Public Procurement Law to ensure integrity in spending public money, bring complete transparency to public requests and strengthen the policy of rationalizing expenditures.

Accordingly, what is attracting attention today in this context is, in particular, to determine the nature of the possible relationship between the rules governing freedom of competition and the system of state deals, and to devote all possibilities of integration between them to strengthen legal and judicial protection to activate free competition in the public markets in order to gain a head start in achieving Attached works are the subject of public requests, especially if we know that the value of the funds allocated for the completion of these works, the subject of the latter, represents a large percentage of the domestic gross product.

Based on the foregoing, the most important problems to be analyzed in this article are linked to the following central question: Where does freedom to compete end and where does the freedom of contracting related to the issue of controlling state facilities begin, and to what extent does the existing legal-judicial institutional framework contribute to providing the necessary protection in this field and advancing With this mission, and what are the basic mechanisms and possibilities for reconciling these two difficult tasks, all in order to build a balanced partnership between state utilities and the private sector, whose aim is to promote the exercise of freedom of competition and ensure the proper use of public money?

Keywords : Market, concurrencial liberty, state deals, public services, regulation, structural reforms, recommandatios.



مقدمة:

بداية، ينبغي الإشارة إلى أنّ نظام المنافسة يعتبر أساساً للتنظيم الاقتصادي-الاجتماعي للدولة ومنهجا لإحداث التوازن الضروري والفعال لاستغلال الموارد وعناصر الإنتاج العائدة للمجموعة، فضلا عن كونه أيضا، يمثل الصيغة المثلى التي تتجسد من خلالها ديمقراطية النشاط الاقتصادي، بالإضافة إلى كونه -كقيمة- يمثل الضمانة الأساسية لتوفير المناخ الصحي اللازم لتفعيل نشاط اقتصاد السوق وزيادة الاستثمارات، وهو ما يترجم من خلال معظم القواعد الموضوعية المتوفرة في القوانين الوضعية الضابطة للسوق حاليًا، وعلى رأسها قانون الصفقات العمومية. لكن ما يلاحظ، أنه، وفي المقابل، -ولمّا كانت هذه الوسيلة قد تزعج في الكثير من الأحيان بعض المتعاملين الاقتصاديين، وهو ما يدفعهم إلى محاولة تجاوزها بشتى الطرق-، فإنّ جانبًا من هذه القواعد ما زال يحتفظ لمؤسسة الدولة بحقها في التدخل لتوجيه هذا النشاط وضبطه حماية لما يُعرّف حاليًا بـ "النظام العام الاقتصادي"، والذي تشكل الأسواق العمومية -خاصة عندنا في الجزائر- أرضيته الخصبة. أخذًا بعين الاعتبار، أن هناك شبه إجماع عند المهتمين بهذا الموضوع^١ (من اقتصاديين وقانونيين... الخ، بل حتى الساسة) أنّ كومة القوانين المنظمة للسوق من جميع جوانبها تبقى قاصرة وعاجزة حتى اليوم عن النهوض بهذه المهمة.

من هذا المنطلق، كانت مسألة إيجاد البيئة الاقتصادية القائمة على المنافسة الفعّالة -في إطار ما يُعرف حاليًا بـ "قانون السوق" - قاعدة أساسية وجوهرية للنمو الاقتصادي باعتبارها الحافز الأساسي للمتعاملين الاقتصاديين لرفع قدراتهم التنافسية، بالإضافة إلى كونها الضمانة الرئيسية لتوسيع نطاق السوق وزيادة قدرة أصحاب الاستثمارات الجديدة على حسن اتخاذ قراراتهم دون أي تأثير من المشروعات القائمة، فضلا على اعتبارها صمّام أمان لأصحاب المشاريع المتوسطة والصغيرة من تأثيرات السيطرة السلبية للمؤسسات العملاقة ذات الوضع الاحتكاري للسوق من جهة والاقتصاد غير الرسمي (كما كان حاصلًا بالأمس القريب عندنا) من جهة أخرى، وفي الوقت ذاته ضمانًا للمستهلك لحصوله على سلع وخدمات ذات جودة عالية وبأسعار تنافسية. لكن، أصبح الكثير منّا اليوم يتساءل: هل أنّ وجود بعض من هذه القواعد هو بمثابة تكريس رسمي واستبعاد فعلي للظاهرة التنافسية؟^٢

^١ - حيث جاء في جميع التقارير الصادرة عن المديرية العامة لضبط وتنظيم الأنشطة الاقتصادية بوزارة التجارة -ومن بينها ذلك الصادر بتاريخ ٢٠١٧/٠٥/١٨ - عقب ملتقى "التحسيس حول المنافسة"، المنظم من طرف وزارة التجارة بالتعاون مع مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED)، أنّ التشريع الحالي المنظم للمنافسة يحتوي على العديد من الفراغات القانونية التي تسمح بتجاوزات في السوق "Un certain nombre de failles juridiques"، وبالتالي اقتراح الذهاب إلى إعادة تأهيل المنافسة، "vers une réhabilitation de la concurrence".

^٢ -NB: فكيف يكون يا ترى وجود مثل هذه القواعد هو بمثابة تكريس قانوني لاستبعاد فعلي لعملية التنافس؟ حيث أنه، وقبل هذا الوجود كان هناك تكريس قانوني وفعلي لهذه الأخيرة (النظام الاحتكاري للدولة)، لكن بموجب هذه القواعد تم فسح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين (الجزائر -كما جاء في تقرير لمجلس المستثمرين في فرنسا CIAN مؤخرًا- هي ارض للفرص TERRE DOCCASIONS)، والقواعد القانونية المتوفرة جد مرنة+آليات الضبط المركزية والقطاعية شبه معطلة+القانون -كما يقول بلانيول- ميت(غياب الممارسة القضائية أي الشكل الحي



و عليه، وانطلاقاً من كون الإجابة على هذا السؤال تبدو حتى الآن في غير صالح المنافسة، فإنّ الخوض في أيّ دراسة للآليات التي تنتظر للظاهرة التنافسية يشكّل في تقديرنا- إلزاماً أدبيّاً على رجال القانون ابتداءً ليمهّدوا بذلك الطريق أمام الجميع (خاصة الاقتصاديين وبعد ذلك الساسة) لإرساء المبادئ التي تحكم المنافسة في السوق عمومًا وقطاع صفقات الدولة على وجه الخصوص .

وفي هذا الإطار، كتب احد كبار المهتمين بالموضوع عندنا حالياً مؤخراً يقول (في مقدّمة دراسة قام بها في هذا الشأن: "إنه لما كان للصفقات العمومية علاقة بالخرزينة العامة، وجب إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة، كما ينبغي إخضاعها لإطار رقابي محدد ومتنوع، بهدف ترشيد النفقات العامة والحد قدر الإمكان من الممارسات السلبية وهدر المال العام...")^٣

من هنا، تأتي هذه المحاولة العلمية للوقوف والإحاطة ابتداءً بمجموع العوائق التي حالت دون تفعيل قواعد المنافسة عندنا، ممّا أدّى إلى تشكيل أسواق احتكارية، وإن شئنا التدقيق أكثر "مجموع سلط" في مواجهة السلطة العامة، بالخصوص مع التطوّر المشهود في عقلية المشروع وبروز الروح المادية بقوة، ممّا يستوجب شبه ثورة في القواعد المنظمة والضابطة للسوق عامة.

وقد حاولنا في إعدادنا لهذا البحث التقيد بالمنهج الاسترشادي الذي غالباً ما يتمّ إعماله في مثل هذا النوع من الأبحاث، بحيث قمنا بعملية جرد لبعض التشريعات الاقتصادية ذات العلاقة بالموضوع، كما تمّ استغلال بعض الدراسات الفقهية التي رأينا أنّها تمتّ للموضوع بنوع من الصلة. كما تمّ اعتماد المنهج التحليلي المقارن نظراً لطبيعة مادة الدراسة (موقف الكثير من التشريعات (الفرنسي، المغربي... الخ)) مع اللجوء في بعض الأحيان إلى سلوك المنهج الوصفي كلّما تطلب الأمر ذلك.

وتأسيساً عمّا سلف، فإنّ أهمّ الإشكاليات والموضوعات المراد تحليلها في هذا المقال العلمي موصولة بالأسئلة المركزية التالية:

ما مدى مساهمة الإطار المؤسّساتي القانوني- القضائي الموجود عندنا حالياً في توفير الحماية اللازمة لممارسة حرية التنافس، عندما يتعلّق الأمر بتسيير مصالح تابعة للدولة (أي عندما نكون بصدد ممارسة هذه الأخيرة لهذا النشاط وأحد أجزائه الأساسية). وتبعاً لذلك، فإنّ من أهمّ الموضوعات التي تستقطب الاهتمام اليوم في هذا الإطار، تتمثل خاصة في محاولة تكريس كلّ الإمكانيات القائمة لتدعيم الحماية القانونية- القضائية لممارسة المنافسة الحرة في نطاق الأسواق العمومية باعتبار أنّ هذه المهمة عرفت

للقانون)... الخ=سيطرة الكيانات الضخمة وتعطيل المنافسة، (كلها موضوعات سنحاول أن نقف عندها في سياق هذا البحث).

٣- د.عمار بوضياف، "شرح تنظيم قانون الصفقات العمومية"، دار جسر، ٢٠٢٠ (طبعة جديدة منقحة وفق المرسوم الأخير ٢٠٢٠-١٥).



عندنا حتى الآن قصورًا وفشلاً بيّنًا بإجماع الجميع؟^٤ و أنّ التعديلات الجديدة للقواعد المنظمة لصفقات الدولة تضمنت لأول مرة منذ الاستقلال قواعد و إجراءات عن كيفية الارتقاء بهذه الوظيفة الإستراتيجية المركزية (صفقات الدولة) للاقتصاد حالياً، وطرح آليات لإمكانية التعايش بين القواعد الخاصة التي تحكم هذه الأخيرة وقواعد المنافسة الحرة الحالية .

مشكلة الدراسة وأسئلتها وفرضياتها:

تكمن مشكلة البحث في بيان مكانة آلية المنافسة، باعتبارها تمثل بحقّ حالياً أبرز تحدّد متزايد الأهمية والخطورة تواجهه الجزائر في زمن شهد إهدارا للمال العام وإضرارا بالماليين العام والخاص على الرغم من وجود نص دستوري صريح في دستور ٢٠١٦ يقضي بحرمته ذلك، بالإضافة إلى أنها تمثل قاعدة أساسية للنمو الاقتصادي وحافزا ضرورياً للمشروعات لرفع قدراتها التنافسية... وخاصة ونحن في عالم عقيدته "عقيدة السوق والبقاء للأقوى".

ومن ثمّ، فإن مسألة تشخيص الاختلالات الحاصلة في السوق الجزائرية فيما يخص عملية المنافسة في قطاع صفقات الدولة أساسا ، والوقوف على أهم التحديات التي تواجه النظام العام التنافسي عندنا في هذا المجال ، وأخيرا تقديم جملة من الآراء البديلة لإصلاح الإطارين القانوني والقضائي المتعلقين بهذا الجانب ، كلّها موضوعات تشكّل أبرز الفرضيات المراد الوقوف عندها في هذه المحاولة العلمية الموصولة بالسؤال المركزي التالي: ما حدود التعايش الموجودة بين كلا من قواعد الصفقات العمومية والمنافسة عندنا في هذا القطاع الجد حساس ، و ما هي أهم الإصلاحات الواجبة للارتقاء بالمنظومة التنافسية في هذا الخصوص من خلال طرح جديد حان الوقت لكي يحكم بحيث لا يكون هناك أيّ مجال لتلك الهوة التقليدية الحاصلة بين ما هو اقتصادي-اجتماعي وقانوني وقبل ذلك كلّه قضائي حي؟

أهمية الدراسة وأهدافها:

تبدو أهمية الموضوع فيما نراه في واقع الناس عندنا من تنافس مذموم بين رجال الأعمال ومحاولات الكيانات الضخمة السطو والسيطرة على السوق مع عدم إيلاء أهمية لمشروعية الوسائل المستعملة في هذا الشأن،

^٤وفي هذا المضمار، جاء في كلمة السيد الوزير الأول السابق (رئيس الجمهورية الحالي) أثناء عرضه لمخطط وبرنامج الحكومة أمام البرلمان سنة ٢٠١٨ قوله "المال أساسه الأعمال والدولة يجب أن تبعد قدر الإمكان عن ذلك..." حيث تعرض إلى حرص الحكومة على إبعاد سطوة المال عن المرافق العامة "سنفترق بين المال والسياسة وليسبح كلٌّ في فلكه..." حيث أنّه وفي هذا الخصوص دائماً، أكد رئيس الحكومة في كلمته على حرص الدولة على أخلفة الحياة العامة وترقية الإسلام... الخ



بل في الكثير من الأحيان في حصول نوع من التجاوز حتى على الأحكام الضابطة للمنافسة ، وهو ما يؤدي غالبًا إلى خروج هذه القواعد عن الغاية التي وجدت من أجلها، خاصة ونحن في عالم عقيدته "عقيدة السوق والبقاء للأقوى". من هنا ، يكاد يجمع المهتمون بالموضوع أنّ حقّ الخواصّ في مزاوله أنشطتهم كفاعلين اقتصاديين، لا تقوم له قائمة على أرض الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل ولوج أسواق المعاملات التجارية مؤطرة بضمانات قانونية نافذة وحماية قضائية ناجعة. واعتبارًا لكون صفقات الدولة مجالاً خصبا من هذه الأسواق، فإنّ حماية حرية المبادرة الخاصّة، تقتضي حتمًا إخضاع عمليّة إبرام الصفقات لمنظومة من الضمانات، يشكل الجانب القضائي أحد أعمدتها الأساسية . وفي هذا المضمار، وأثناء تدخلهم في الملتقى الذي احتضنته الجزائر حول " المنافسة الاقتصادية في الجزائر "، أكّد الدّوليون المشاركون فيه على أهميّة السياسة التنافسيّة، باعتبارها عاملا أساسيا في عمليتي التطوّر الاقتصادي وتحسين التسيير و أنّ الممارسة الفعّالة للمنافسة تعتبر أكثر أهميّة في الدّول السّائرة في طريق النّموا، والتي تعدّ اقتصادياتها جدّ مركّزة، وأنّ ذلك يعدّ حسب تعبيرهم ضرورة ملحة "a great necessity" باعتبار أنّ الجزائر، وعلى غرار دول العالم الأخرى، تهفو إلى إنجازات تجارية أحسن في فضاء العولمة، فالاقتصاد الجزائري بإمكانه أن يكون أكثر ديناميكيّة وتنافسيّة إذا تمّ التّحكّم جيّدا في السّباق التّعاقدي والخيارات الاستثماريّة تكون أكثر شفافيّة ومصداقيّة.

المبحث الأول : المرافق العامة بين قانوني المنافسة والصفقات العمومية - (المواجهة على الطريق العمومي) :-

لا يختلف اثنان، أنّ "قانون الصفقات العمومية" في الجزائر، يعتبر ملتقى Carrefour وقانون التوفيق والتوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، ونظرا لدوره الحساس في تحقيق التنمية الاقتصادية والمالية و حماية المال العام وترشيد استغلاله من جهة، و تعلق اهتماماته بالمجالات المالية للإدارات العمومية التي تتأثر دوما بالتحوّلات المستمرة التي تعرفها الساحة المالية للدولة، نجد أنّ أكثر النصوص تعديلا وتغييرا، بل وكثرة إلغاء واستبدالاً بنصوص قانونية جديدة مختلفة كلية من حيث قيمتها القانونية وأحكامها ، وهو ما يدفعنا للتساؤل عن الجهة المختصة دستوريا بتنظيم الصفقات العمومية عندنا؛ و هو السؤال الذي تشكل الإجابة عليه بداية الحل للمعضلة القانونية التي يشهدها هذا القطاع .

المطلب الأول : تطبيق قواعد المنافسة في المجال العمومي (الدولة بين المهمتين التنافسيّة والضبطيّة)

إنّ تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي بوصفها منظّما وضابطا لهذا الأخير لا يطرح نسبيا إشكالا من الناحية القانونية النظرية، أمّا عندما تكون الدولة ممارس لهذا النشاط أي أحد أجزائه الأساسيّة، فإنّها تصبح في مركز مختلف تترتب عنه نتائج مغايرة، اختلف بشأنها كلّ من التّشريع والفقهاء والقضاء - كما سنرى لاحقا - . ونتيجة لذلك، أصبحت الأشخاص العموميّة ملزمة بالخضوع لقواعد المنافسة، خاصّة فيما يتعلّق بالعقود التي كانت تبرمها قبل بكلّ حرية مع أشخاص آخرين،



ولم يعد هناك تمييز مسبق بين القائمين بالنشاط ذاته، وخصوصاً بعد التحوّلات المهمّة للقضاء الإداري بشأن مبدأ حرية المنافسة (٥). و عليه، أصبحت القاعدة العامّة تقضي: أنّ الصّفة العموميّة للمرافق العامّة لا تحول دون تطبيق قواعد المنافسة. وهو الأمر الحاصل عندنا في الجزائر حالياً، إذ أنّ الأنماط الحديثة التي ظهرت على الصعيد العالمي في مجال تسيير وإدارة المرافق العامة، قد وجدت لها صدى وتأثيراً على تنظيم الصفقات العمومية بالدرجة الأولى؛ بحيث ساهم هذا الزخم الجاري في دفع المشرع إلى إحداث تغيير نوعي في السياسة الاقتصادية للدولة، وذلك من خلال عملية التنازل عن تسيير بعض المرافق العامة لصالح القطاع الخاص تحت الرقابة وكذا التحول في مضمون القانون المنظم لصفقات الدولة ذاته حين يضيف التعديل الجديد إلى تسمية الصفقات العمومية عبارة "وتفويضات المرافق العامة".

وعليه، وانطلاقاً من هذه الفكرة الجوهرية، يتعيّن على المشرّع وهو يتدخّل لتنظيم السوق أن يقرّر كأصل عامّ قواعد متماثلة على المراكز المتماثلة، ما لم توجد أسباب أو دواع استثنائية مرتبطة خاصّة بمتطلّبات المصلحة العامّة، تبرّر وجود نوع من التمييز النسبي بين هذه المراكز، والذي يجب أن يكون بدوره مرتبطاً بموضوع القانون وأن لا يتجاوز الحدود المعقولة. وفي هذا المضمار، يؤكد المجلس الدستوري الفرنسي وبكلّ وضوح أنّ « حرية المشروعات تتمتع بقيمة دستورية لكنها ليست عامّة ومطلقة، إذ أنّه يجوز للمشرع أن يفرض عليها قيوداً تقتضيها المصلحة العامّة ما دام أنّه ليس من نتيجة هذه القيود تشويه نطاق هذه الحرية »^(٦). وتتحلّل هذه الفكرة إلى العناصر الآتية:

الفرع الأوّل: التّلازم بين الحرّية التنافسيّة ومبدأ المساواة.

إذا كان مبدأ المنافسة الحرة من المبادئ التي كرسها قانون الصفقات العمومية، فهذا المبدأ لن يجد صداه ولن يتجسد قانوناً وواقعياً، إلا إذا تم إقراره بمبدأ المساواة بين المتنافسين، رغم أنّ هذا المبدأ هو الآخر يعرف بعض الاستثناءات التي تقيد من تنفيذه، إذ أنّه، وإعمالاً لمبدأي الحرية والمساواة المكفولين دستورياً، واللذين تقوم عليهما الأنظمة الاقتصادية المعاصرة، يجب أن يخضع الجميع، بما في ذلك المصالح التابعة للدولة، لقواعد قانونية واحدة، وهو ما كرّسه إعلان حقوق الإنسان والمواطن في فرنسا صراحة، حيث جاء في مادّته السادسة (٦٠) ما يلي: « يجب أن يكون القانون واحداً بالنسبة للجميع، سواء حين يحمي أو حين يعاقب »^(٧).

تكريساً لهذا المنحى، تعتبر عبارة "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري"، مستحدثة بموجب المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ وشاملة أيضاً،

(٥)- C. Bergeal, conclusion sur conseil d'état, 08 Novembre 2000, RFDA, 2001, P: 116.

(٦) – القرار الصادر عن نفس المجلس بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٩٧ والذي يؤكد فيه صراحة على القيمة الدستورية لمبدأ حرية القيام بالمشاريع الاقتصادية:

Barthelemy Mercadal et Patrice Macqueron , Le droit des affaires en France, Editions Francis Lefebvre.1998 , Paris P: 461.

(٧) – أشار إل ذلك: محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، العدد الثامن و الثلاثون، أكتوبر ٢٠٠٥، ص ١١٢.



وذلك حتى تترك للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة لتتبع المال العام أينما وجد وإخضاعه لتنظيم الصفقات، وحتى لا يكون بإمكان أي مؤسسة أن تفلت من الخضوع إلى هذا النظام بحجة أنها غير مذكورة في التعداد الحصري الذي كان يأتي كل مرة في المراسيم السابقة.

الفرع الثاني: عدم تماثل مركز القائمين بالنشاط الاقتصادي لا يؤثر على تطبيق قواعد المنافسة.

إن مبدأ الحرية لا يفرض أبداً أن يكون جميع المشروعات المتقدمة بعطاءات في مركز قانوني أو مالي متماثل، وبالتالي، يمكن أن نكون أمام تجمع كبير تابع للدولة في مواجهة مشروع مهني صغير، وكلّ منهما يتقدم بعطاءاته، كما يمكن أن تختلف أيضاً التزاماتهم المختلفة. وفي هذا الإطار، فإن تميز المشروعات العامة ببعض الامتيازات الأخرى - خاصة ما تعلق منها بعدم اللجوء إلى طرق التنفيذ المقررة في القانون الخاص- ليس من شأنه التأثير في المنافسة، على اعتبار أنه يجب التوفيق دوماً بين مقتضيات استمرار المرافق العامة، وبين مبدأ المساواة المقرر في اللعبة التنافسية. وعلى هذا الأساس، فعلى المشرع، ومن أجل تحقيق أهداف الشفافية والمنافسة، أن يمنع إبرام عقود تفويض مرفق عام لمدة غير محددة، أو أن يربط هذه المدة بطبيعة وقيمة الاستثمارات التي على المفوض إليه القيام بها^(٨).

الفرع الثالث: التمييز بين أصحاب المراكز المتماثلة لا يكون إلا لاعتبارات المصلحة العامة.

تجب الإشارة هنا، إلى أن التمييز في المعاملة لا يمثل إلا استثناءً تبرره مقتضيات المصلحة العامة الاقتصادية، كما هو الشأن بالنسبة لنزاع الملكية ولتقييد حرية المشروعات. وعلى هذا الأساس، يقتضي مبدأ المساواة، بأن يكون لكل من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عنها أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين، والنتيجة المترتبة عن ذلك، أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية. ومع ذلك نجد، أن المشرع الجزائري خرج عن هذا المبدأ صراحة وأورد عليه استثناءً بينا مفاده التمييز بين المتسابقين الوطنيين والمحليين، بحيث جعل للأفضلية في بعض الحالات للمشاركين الوطنيين، وذلك ما نلمسه من خلال م ٨٣ من قانون الصفقات العمومية، والتي تقضي بأن "يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات". ويعتبر هذا الحكم مستحدثاً في المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧، ولم يعرف في المرسوم الرئاسي السابق (١٠-٢٣٦)، ولو أن هذا الأخير، كان قد ألزم في م ٥٤ منه المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى المناقصة الوطنية عندما يكون المنتج الوطني قادراً على الاستجابة لخدماتها، وبهذا تغنيه عن المنافسة الأجنبية.

(٨) - وفي هذا الإطار قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن « مجرد انتماء المشروع إلى القطاع العام لا يبرر استبعاده من الخضوع لإجراءات الشفافية والمنافسة الخاصة بعقود تفويض إدارة المرافق العامة ». الحكم الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٩٣، أشار إلى ذلك: محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١١٤.



كما أنّ م ٨٧ من المرسوم الرئاسي الجديد قد منحت الأفضلية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في حالات محددة. مع ملاحظة أنّه حينما حدد معايير انتقاء المرشحين، ، أضاف فقرة مستحدثة مفادها ألاّ يتم وضع معايير انتقاء المرشحين على أساس تمييزي؛ وفي ذلك تكريس منه لمبادئ إبرام الصفقات العمومية وعلى رأسها مبدأ المساواة في تقديم العروض^(٩).

المطلب الثاني: استبعاد بعض المرافق العامّة من الخضوع لقانون المنافسة (مداه ومبرراته)

إذا كانت القاعدة العامّة تقضي بإخضاع جميع الأنشطة التي يتولّاها المتعاملون الاقتصاديون مهما كانت صفتهم لقواعد المنافسة، فإنّ المشرّع - و لاعتبارات معيّنة -، قد يخرج بعض الممارسات من نطاق الحظر الذي تفرضه هذه القواعد. وهنا ينبغي أن نلاحظ أنّ المشرع الجزائري الحالي، وخلافاً للمرسوم الرئاسي ١٠-٢٣٦ الملغى- وبالإضافة إلى استبعاده مجموعة من المرافق من الخضوع للتشريع الخاص بصفقات الدولة كالهياآت الوطنية المستقلة، مراكز البحث والتنمية، المؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، المؤسسات الاقتصادية- قد استثنى شخصين معنويين كانا يتمتّعان فيما مضى بحق إبرام الصفقات العمومية، وهما: المؤسسة العمومية الاقتصادية، التي استبعدها المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ صراحة بموجب م ٩، والهياآت الوطنية المستقلة، التي استبعدها ضمناً من خلال عدم ذكرها بالمادة ٦ التي حددت الاختصاص في إبرام الصفقات العمومية. وأمام عدم وضوح الأسباب التي استدعت هذا التحوّل، يبدو أنّ استبعاد هاتين الهيئتين ليس في محلّه، كون المؤسسة العمومية الاقتصادية هي مرفق عام يخضع للقانون التجاري، فكان لا بد من أن يأخذ نفس الحكم الذي أخذته المرافق المذكورة بالمادة ٦، وذلك حماية للمال العام الذي تمول به صفقاتها؛ وكون أنّ الهياآت الوطنية المستقلة هي مرافق عامة إدارية، فكان لا بد كذلك من إخضاع صفقاتها لهذا المرسوم. و مع تقديرنا لهذا الموقف وللأسس التي ارتكز عليها، إلّا أنّنا نرى أنّ هذا الاستثناء ينطوي - كأصل عامّ - على مخالفة دستورية تظهر من عدّة نواحٍ :

(أ) أنّ المرافق العامّة، وخاصة الصنّاعية والتجارية، لا تختلف موضوعياً عن المشروعات الخاصة، ولم تعد الحدود الفاصلة بين النشاطين العامّ والخاصّ جامدة، وبالتالي، لم يعد يوجد ما يبرّر معاملة هذه المرافق معاملة متميّزة وذلك بإخراجها تماماً من نطاق قانون المنافسة.

(ب) أنّ الغاية المتوخّاة من استبعاد هذه المرافق من هذا النّطاق لازالت غير واضحة ومبهمّة، فإذا كان الهدف من ذلك هو حماية المستهلك، وخصوصاً فيما يتعلّق بالأسعار، فقد لا يتحقّق ذلك دوّمًا.

(٩) - انظر نص م ٥٤ / ٢ من المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ المشار إليه سابقاً والتي تقابلها م ٣٦ من تنظيم الصفقات السابق (١٠-٢٣٦).



(ج) أنه ليس صحيحاً أن استثناء هذه المرافق يرجع إلى انتفاء شبهة الاحتكار، لأن قيام هذه المرافق بأنشطة دون أن تتمتع فيها باحتكار، لا ينفي إخضاعها للمنافسة، بل إن الاحتكار في حد ذاته غير محظور (خاصة الطبيعي)، وإنما الحظر ينتج عن إساءة استغلال الوضع المسيطر.

(د) إن تحقيق المصلحة العامة (سواء بالنسبة للدولة أو المستهلك) ليس قصراً على المرافق العامة المدارة بطريق غير مباشر (عن طريق تفويض)، وإنما يمكن، بل من المفروض أن يساهم فيه الجميع، بما في ذلك المشروعات الخاصة العادية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن إدارة هذه المرافق من طرف خواص يدعم في تقديرنا خضوعها لأحكام قانون المنافسة.

(هـ) أنه، بفرض وجود اختلاف في مركز هذه المرافق يبرر وجود قدر من التمييز في المعاملة، فإن ذلك لا يعني أن يكون إعفاؤها من الخضوع لقواعد المنافسة عاماً ومطلقاً (أي الأصل)، لأن دستورية الاستثناء كما يقال، ترتبط أيضاً بنطاقه أو حدوده، وأن إخراج المرافق العامة من الخضوع لقواعد المنافسة يتجاوز هذه الحدود، بل لا حد له^(١٠).

(و) أن بعض القوانين تجيز لجهاز المنافسة إعفاء المرافق العامة التي تدار بطريق غير مباشر من جميع الممارسات الضارة بالمنافسة (اتفاقات، إساءة استعمال وضع مسيطر...)، وعليه، فإن الأمر في هذا الحالة يتجاوز بكثير الحدود المعقولة للتمييز في المعاملة.^(١١)

(ي) أنه عملياً، ومن خلال استقراء الواقع التطبيقي في بعض الأنظمة، يلاحظ أن المرافق العامة عموماً، بما فيها الإدارية، أصبحت تخضع أيضاً لقواعد المنافسة (كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي مثلاً)، بحيث أن صفتها الإدارية لم تمنعها ذاتية مطلقة تتميز بموجبها عن القطاع الخاص الذي يتدخل بدوره في هذا المجال منافساً لهذه المرافق.

و في الأخير، من حقنا أن نتساءل، هل أن إخراج واستبعاد المرافق العامة كلية – كما فعل بعض المشرعين – من نطاق قواعد المنافسة، يرجع إلى عدم قدرة هذه المرافق على تحمل أعباء المنافسة، وبالخصوص إساءة استغلال وضعها المسيطر؟!

إن ذلك ليس في الكثير من الأحيان بالأمر المستبعد؛ وهو ما كان يبدو جلياً من خلال المادة الثانية (٠٢) من الأمر ٠٦/٩٥ المنظم للمنافسة في الجزائر – قبل تعديله – والتي كانت تبين حدود خضوع المصالح العامة لهذا الأمر، بحيث كان يجب التمييز من جهة بين الأنشطة المذكورة في نص المادة، بما في ذلك تلك المتعلقة بالأشخاص العمومية، والأفعال التي تخرج عن هذا السياق، ومن جهة أخرى، الحالات التي تتدخل فيها هذه الأشخاص الأخيرة في السوق كمتعاملين اقتصاديين بوصفهم مانحين،

(١٠) – والذي يدعم رأينا هذا أن أغلب الأنظمة تحدد حصرياً المرافق التي تخرج من نطاق تطبيق قانون المنافسة كمصالح المياه والكهرباء والصرف الصحي والاتصالات والنقل والغاز الطبيعي... الخ.

(١١) – وهو ما ورد في نص المادة ٠٩/٠٢ ف من قانون المنافسة المصري (المشار إليها سابقاً – أنظر نص المادة –)، في حين أن نص المشروع المقدم لمجلس الشورى لم يكن يتضمن سوى استبعاد " الاتفاقات والعقود " التي من شأنها تحقيق منافع للمستهلك، أما النص أعلاه فيتميز بتعميم مبالغ فيه يتجاوز الحدود المعقولة.



والحالات التي يكونون فيها في موقع الطالب لها ، والتي يتخذون فيها، في إطار ما يعرف بالطلب العام، تصرفات تدخل فيما يصطلح عليه أفعال السلطة العامة. ففي الحالة الأولى، فإن هذه الأشخاص تخضع لذات الأحكام التي يخضع لها المتعاملون الاقتصاديون الخواص، بينما في الحالة الثانية، فإنها تعفى من ذلك كلية^(١٢). إذن، ما يمكن قوله ، أن عموم الاستثناء من جهة، وعدم وضوح الرؤية من جهة أخرى، بالإضافة إلى اعتبارات عديدة تتمثل خاصة في غياب الآليات والإطار المؤسسي (القضائي على وجه الخصوص) فضلاً عن الخلفية التاريخية التي سبق وأن تحدثنا عنها، وعوامل أخرى لا يتسع المجال للتفصيل فيها. ، كل ذلك حال دون تجسيد قواعد المنافسة عملياً، ومن ثم، إخضاع هذه المرافق لهذه الأخيرة، بل قد تولد عن ذلك ترددات نتج عنها مراجعة أخرى لقواعد هذا القانون تقرّر بموجبها العدول نسبياً عن هذا الاستثناء ، وبالتالي، إخضاع المصالح الاقتصادية العامة التابعة للدولة -كأصل عام- لأحكام هذا القانون، مهما يكن شكلها أو موضوعها أو نظامها القانوني.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للمنافسة في مجال صفقات الدولة-المواجهة على الطريق القضائي:-

تعتبر الصفقات العمومية من أهم الوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة العامة لممارسة نشاطاتها المتعلقة باستغلال وتسيير المال العام، ومن ثم فعلى المشرع أن يحيطها بمجموعة ضمانات قانونية وقضائية سواء من حيث إبرامها أو تنفيذها أو مراقبتها، حماية لهذا المال العام. ولعل من بين أهم الضمانات التي يجب إقرارها في هذا الخصوص ،هو وضع نظام قضائي متكامل ومتجانس لفض النزاعات الناشئة عنها (سواء حين إبرامها أو تنفيذها...)، تكريساً لحرية التنافس الواجب تجسيدها في هذا المجال^(١٣). ثم إن الضمانات القانونية لممارسة حرية التنافس في هذا المجال والالتزامات الإيجابية –

(١٢) – المادّة الثانية (٠٢) من قانون المنافسة الجزائري المشار إليها أنفاً.

وهو ما جسده المادّة ٠٣/٠١ من القانون المغربي المتعلّق بحرية الأسعار والمنافسة، حيث نصّت: « يطبق هذا القانون على: "... الأشخاص العموميون فيما يخص تدخلهم في الأعمال المشار إليها في البند أعلاه باعتبارهم فاعلين اقتصاديين وليس فيما يخص ممارستهم صلاحيات السلطة العامة أو مزاوله مهامّ الخدمة العامة ». الظهير الشريف رقم ٨٣,٩٦,١ المؤرخ في ١٥ ربيع الأول ١٤١٧ الموافق ل ١ أغسطس ١٩٩٦ منشور بالجريدة الرسمية ع ٤٤١٨ في ٠٣ أكتوبر ١٩٩٦.

(١٣) – أخذاً بعين الاعتبار أن عملية الطعن المخولة في مجال صفقات الدولة حسب النظام القانوني الجزائري عموماً، تتم وفق طريقتين أساسيتين:

أ- التسوية الودية للنزاعات عن طريق الإجراءات الإدارية والتي تتخذ بدورها صورتين:
-الأولى داخلية (بين المصلحة والمتعامل المتعاقدين)، والثانية خارجية، بتدخل لجنة الصفقات.

ب- التسوية القضائية للنزاعات عن طريق مسالك القضاء المختلفة (وهو موضوع بحثنا).



نسبيًا- للسلطات العامة بتطبيقها، لا تعني في شيء عن رقابة القضاء عمومًا والقاضي الإداري على وجه الخصوص على صحة إجراءات عملية تنظيم التبراري وترتيب الجزاء المطابق للإخلال بها، بل أبعد من ذلك، حتى في إثراء هذه الضمانات عن طريق ابتكار الحلول التأويلية التي تعدّ مرجعًا نوعيًا لمشروع الإصلاح المتجدّد للنظام القانوني لصفقات الدولة. وتبعًا لذلك، فإنّ الأمر يقتضي استقصاء مناحي الحماية المتاحة لحقوق ومصالح المتنافسين أمام القضاء عمومًا، والقاضي الإداري على وجه الخصوص (المطلب الثاني). لكن، لا بأس قبل ذلك أن نقف عند حدود التمييز بين الدعوى القضائية في هذا المضمار واللجوء إلى مجلس المنافسة ومآل القرارات الصادرة عن هذا الأخير (المطلب الأوّل) باعتباره هيئة إدارية شبه قضائية متخصصة في هذا المجال.

المطلب الأوّل: طرق التسوية المتاحة أمام المتنازعين في صفقات الدولة:

الفرع الأوّل: حدود التمييز بين الدعوى القضائية و اللجوء إلى مجلس المنافسة:

إنّ وجود قانونين مختلفين ينظمان عملية التنافس عندنا (الأمر ٠٣/٠٣ المتعلق بالمنافسة المعدل) ، والمرسوم ٢٤٧/١٥ الخاص بتنظيم المنافسة في مجال صفقات الدولة وتفويضات المرافق العامة)، والرغبة في تحقيق التكامل بينهما، يعني أنّه أمام المتضررين من تحريف المنافسة مسلّكًا إجرائيًا مختلفًا. وبالتالي، سيكون تفعيل هذا التكامل رهناً بضرورة تحديد دائرة الخلافات التي تتوقف تسويتها على سلوك إجراء التظلم الإداري أمام السلطات المسؤولة عن تدبير الصفقات ، ثم بعد ذلك تحريك الدعوى القضائية أمام الجهة المعنية ، وفصلها عمّا سواها من المنازعات التي يتعين بشأنها تفعيل الرقابة المتاحة أمام مجلس الدولة. ولا شك أنه أمام تعدد وتنوع حالات الإخلال بضوابط المنافسة في مجالات الطلبات العمومية ، لن يكون موضوع البحث عن مرتكز حاسم كميّار يمكن اعتماده لنهج هذا المسلك الإجرائي أو ذلك أمرًا يسيرًا. ومع ذلك، يبقى مدى اتصال هذا القرار أو ذاك بامتيازات السلطة العامة هو الأرجح في التمييز في مثل هذه الأحوال. فقد سبق لمجلس المنافسة الفرنسي أن جعل لاختصاصه مرتكزا من التمييز بين الممارسات المتصلة والممارسات المنفصلة عن قرارات السلطة العامة. وتبعًا لذلك، اعتبر أنّ اختصاصه لا يشمل القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص بناءً على امتيازات السلطة العامة قصد القيام بمهام تسيير مرفق عام، بصرف النظر عمّا إذا كانت هذه القرارات مصدرًا لنشاط إنتاج أو توزيع أو خدمات ، كما استبعد أيضًا من اختصاصه كل الممارسات التي لا يمكن فصلها عن هذه القرارات¹⁴. ويتضمّن هذا التوجه انضمام مجلس المنافسة إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي رسم الحدود الفاصلة بين تدخل هذا المجلس واختصاص المحاكم الإدارية ؛

¹⁴ -Décision du conseil de concurrence N° 04/d/79 du 23 décembre 2004, bulletin officiel du conseil de la concurrence (BOCC) du 31 mai 2005, et décision N° 03/D/27 du 4 juin 2003 (BOCC) du 8 octobre 2003, p : 102.



وذلك من خلال التصريح باختصاص هذه الأخيرة بالبتّ في المنازعات المتعلقة بقرارات السلطة العامة وما يتصل بها من ممارسات، مع ما يستتبع ذلك من وجوب استنفاد إجراءات التظلم الإداري التي يتعيّن سلوكها قبل رفع الدعوى لمخاصمة القرارات الصادرة عن صاحب المشروع أو اللجان المختصة خلال إبرام الصفقات. لذلك لا يكون مجلس المنافسة مختصاً إزاء كل ما يتعلّق بتنظيم طلب العروض، وكلّ الممارسات المتعلّقة بالشروط التي يتمّ في إطارها تحديد الأعمال موضوع الصفقات أو تخصيصها أو اختيار المتعاقد... . أمّا بخصوص القرارات المنفصلة عن قرارات السلطة العامة -والتي تدخل في اختصاص مجلس المنافسة- فيتعلّق الأمر ، إمّا بقرارات صادرة عن متنافسين تخضع تصرفاتهم مباشرة إلى أحكام الأمر المتعلّق بحرية المنافسة والأسعار، وإمّا لصدورها عن صاحب المشروع ، دون مراعاة ما يترتّب عنها من إخلال بالضوابط العامة للمنافسة بشكل ينزع عنها الحصانة التي تتمتع بها قرارات السلطة العامة إزاء تدخل مجلس المنافسة. وينبغي الإشارة، إلى أنّه بإمكان هذا الأخير، أن يتخذ تدابير في حالة ما إذا تبيّن وجود خطر محقق^{١٥}. كما أنّه توجد جملة ملاحظات يجب الوقوف عندها في هذا المضمار:

أ) - أنّ مألّ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة يبقى محلّ غموض عندنا (الإلغاء أو التعديل) ، عكس ما فعله المشرع الفرنسي الذي حسم الأمر وجعل بإمكان محكمة باريس أن تقوم بالأمرين.

ب) - أنه لا يقتصر تدخل الهيئات القضائية في مثل هذه الأحوال على توقيع الجزاء فحسب بل يمتدّ إلى - النظر في الطعون المقدّمة ضد قرارات مجلس المنافسة ووقف تنفيذ تلك المتعلّقة بإجراءاته المؤقت

ج- أنّ النظر في الطعون من قبل القاضي الإداري أو التجاري لمجلس قضاء الجزائر يتوقف على نوع المنازعة ؛ فبالنسبة للطعون العادية المتعلقة بالممارسات غير التنافسية للأشخاص العادية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية -عندما تتصرّف كشخص عادي- فيؤول الاختصاص لمجلس قضاء الجزائر، أمّا بالنسبة للطعون المتعلقة بصفقات الدولة (م ٨٠٩ ق إ م إ) أو التجميع عمومًا (م ١٩ من قانون المنافسة) ، فتكون من اختصاص مجلس الدولة.

د- و أخيرًا، كلّ القرارات القضائية الصادرة بشأنه ، يمكن أن تكون محل طعن أمام المحكمة العليا^{١٦}.

الفرع الثاني: إشكالية الاختصاص القضائي في مجال منازعات الدولة:

يسعى القضاء بمختلف أقطابه وأقسامه إلى حماية حرية التنافس والحدّ من ظواهر الفساد التي تمّ الاعتراف بها حتى على مستوى الخطاب الرسمي. ويلعب القضاء الإداري خصوصًا في هذا المضمار دورًا أساسيًا ، لا سيّما، من خلال الرقابة المنوط به القيام بها على مستوى بعض العقود و الاتفاقات -

^{١٥} - م ٤٦ من الأمر ٠٣/٠٣ السابق الذكر..

^{١٦} - بزغيش بوبكر، "خصوصية إجراءات الطعن في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة"، ملتقى بجاية حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، أيام ٢٣-٢٤ ماي ٢٠٠٧، ص: ٣١٦.



والتي تأتي على رأسها صفقات الدولة- التي تعدّ المجال الخصب لمثل هذه الظواهر^{١٧}. وتجدر الإشارة هنا، أنّ الإدارة العامة حين تستعمل سلطتها التقديرية لاختيار الأفضل من بين العروض المقدمة أمامها يكون ذلك تحت رقابة القضاء^{١٨}. ومن ثمّ، فإذا ثبت وجود إخلال ومساسس بالقواعد التي تضبط حرية التنافس - لا سيّما ما تعلّق منها بمبادئ الشفافية، المساواة، عدم التمييز و حياد الإدارة العامة - وجب إعمال وسائل الرقابة القضائية المختلفة^{١٩}. وهنا ينبغي أن نشير، أنّه إذا كان طريق الطعن الراجح في العمل القضائي بالنسبة للقرارات الممهّدة لإبرام الصفقات^{٢٠} هو اللجوء إلى دعوى الإلغاء - باعتبارها طعنًا احتياطيًا يؤول المقام الأول فيه للحفاظ على المشروعية والمراكز الموضوعية العامة، على أساس أنّ الحماية المطلوبة في مواجهة هذه القرارات لا تتحقق إلا في إطار رقابة القاضي الإداري على مشروعيتها-، فإنّ ذلك، لا يقلل من أهمية الدور المنوط بقاضي القضاء الشامل، باعتباره مسلكًا لا حياد عنه لاستكمال نجاح الحماية القضائية المتطلبة لصون حقوق المتنافسين وفرض مراعاة شروط إبرام الصفقات، بل إنّ الأمر قد يتعدّى ذلك في بعض الأحيان إلى إعادة المركز القانوني للطاعن إلى نصابه، من خلال إملاء الحلّ الصحيح على الإدارة والحكم به وتعويض المتضرر، وأحيانًا أخرى إلى استخلاص الآثار القانونية المترتبة عن الحكم بالإلغاء في هذا المجال، وفرض التقيد بضوابط النظام القانوني لصفقات الدولة، وذلك بمناسبة البتّ في المنازعات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية الناشئة بعيدًا عن هذه الضوابط. لكن، وانطلاقًا من توسيع مجال تطبيق قانون الصفقات المكرّس بموجب المادة ٠٢ من المرسوم الرئاسي ٠٢-٢٥٠، والموسع أكثر بموجب المرسوم ١٥-٢٤٧ الأخير، حدثت إشكالات على المستوى القضائي

^{١٧}- بحيث تنصّ المادة ١٣٩ من الدستور الجزائري على ما يلي: "السلطة القضائية هي التي تحمي المجتمع والحريات وتضمن للجميع، ولكلّ واحدٍ المحافظة على حقوقه الأساسية".

^{١٨}- **NB** : بالإضافة إلى وسائل الضبط الإدارية الأخرى؛ سواءً الوطنية (مجلس المنافسة) أو القطاعية (والتي نذكر من بينها: سلطة ضبط قطاع البريد والمواصلات، لجنة ضبط الكهرباء والغاز...)، والتي تستمدّ شرعيتها من الدستور (١٢٢م)، علمًا أنّ هذه الهيئات الإدارية الضبطية يبقى تكليفها ومكانتها القانونية في النظام المؤسساتي للدولة غامضة، حيث أنّ تحويل هذه السلطات الإدارية المستقلة الاختصاص الضبطي القمعي يطرح أكثر من إشكال، باعتبار أنّ السلطة القضائية هي الوحيدة المؤهلة لتوقيع الجزاءات والعقوبات. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، أنظر:

Zouaimia Rachid, Les autorités administratives indépendantes, et la régulation économique, Algérie, Ed Houma, Alger, P :80.

^{١٩}-- بالإمكان في هذا الخصوص الرجوع إلى القانون رقم ١٥/١١ المؤرخ في ٢ أوت ٢٠١١ المعدّل و المتمّم للقانون رقم ٠١/٠٦ الصادر بتاريخ ٢٠ فبراير ٢٠٠٦ المتعلّق بالوقاية من الفساد ومحاربة الرشوة، بالإضافة إلى المادة (٣) من المرسوم رقم ١٥-٢٤٧-المعدّل والمتمّم للقانون المنظم للصفقات العمومية التي تشير لضمان نجاح الطلبات والاستعمال الحسن للمال العام، وذلك بمراعاة مبادئ الحرية، المساواة، الشفافية... الخ

^{٢٠}- انطلاقًا من كون هذه القرارات تعتبر في الأصل قرارات انفرادية قابلة بطبيعتها للطعن فيها بالإلغاء...

^{٢١}- **ملاحظة:** إنّ هذه المادة (٢) من المرسوم المذكور أعلاه، المعدّل والمتمّم بالمرسوم ١٥-٢٤٧ وسّعت من نطاق تطبيق قواعد قانون الصفقات العمومية، بعدما كان يقتصر على المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ليشمل أشخاص



في غاية من التعقيد، خاصة في حالة ما إذا كانت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفاً في الصفقة و تعلق الأمر بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من قبل ميزانية الدولة، وهنا يطرح موضوع الاختصاص القضائي كإشكال بقوة؛ بمعنى هل يعود الفصل في المنازعات التي تطرأ للقاضي العادي أم للقاضي الإداري؟، ثم أنه في حالة ما إذا سلمنا أو أسندنا الاختصاص للقاضي الإداري -انطلاقاً من كون المنازعة تدور حول صفقة عمومية واعتباراً للمصلحة العامة-، نكون أمام إشكال آخر باعتبار أحد أطراف المنازعة شخصاً ذا طابع صناعي وتجاري.

وعليه، وفي مرحلة تركزت فيها الازدواجية القانونية والقضائية، و تم فيها العزوف عن الطرح الوحدوي الذي كان متداولاً في السابق ("كلّ، جميع...")، كان على المشرع الجزائري أن يسير على خطى المشرعين الآخرين (مثلاً الفرنسي، المغربي و التونسي...) ويخضع كليا عقود المنشآت العمومية ذات الصبغة الاقتصادية للقانون التجاري^{٢٢}، إلا أنه من خلال الشمولية التي طرحها في القوانين المنظمة لصفقات الدولة، والتي أخضع بموجبها هذا النوع من المؤسسات لهذه الأخيرة -سواءً من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو الرقابة أو التنفيذ أو ممارسة السلطات-، يتساءل الكثيرون عن مآل المنازعات التي يكون أحد أطرافها مؤسسة من هذا النوع حين قيامها بصفقة عمومية؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل لا تبدو واضحة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، فإذا كان المشرع قد اعترف للمحكمة الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية -عموماً^{٢٣}، فإنّ الإشكال يبقى قائماً بالنسبة لبعض المؤسسات العمومية (المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري على وجه الخصوص)، كيف لا وأنّ قانون الإجراءات الجديد لا زال يعتمد التصنيف القديم للمؤسسات انطلاقاً من المعيار العضوي *critère organique* المتبنى كأساس لتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي و القضاء الإداري، و هي مسألة تتعلق بالنظام العام.

وعليه، و أمام عدم التطابق هذا الجلي بين كلّ من قانون الصفقات العمومية وقواعد الإجراءات المدنية و الإدارية، تبقى إشكالية الاختصاص القضائي مطروحة، وليس أمام المشرع الجزائري سوى أن يحذو حذو المشرعين الآخرين (المشار إليهم سابقاً) ويخرج المؤسسات غير الإدارية من مجال تطبيق قانون الصفقات، متجنباً في الوقت ذاته التعدد المفرط والذي لا جدوى من ورائه^{٢٤} للمؤسسات المتبنى في المادة

آخرين من بينهم؛ المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري... الخ (راجع نص المادة ٢ المذكورة سابقاً).

^{٢٢} - وهو ما فعله المشرع التونسي -مثلاً-، منذ البداية؛ حيث أكد في الفصل الأول من قانون فبراير ١٩٨٩ المتعلق بالمنشآت العمومية أن تكون نزاعاتها راجعة بالنظر فيها إلى المحاكم العدلية طبقاً لأحكام الفصل الثاني من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٩، أشار إلى ذلك د. رضا جنيج، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٤، ص ٢٤٣.

^{٢٣} - نجد المادة ٢/٨٠٤ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الحالي، قد اعترفت صراحة باختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بعقد الأشغال العامة وحددت اختصاص المحكمة بمكان التنفيذ، ثم ها هي الفقرة ٣ من ذات المادة أقرت الاختصاص للمحكمة الإدارية في مجال العقود الإدارية "عامة" مهما كانت طبيعتها وذلك بالنظر لمكان إبرام العقد أو تنفيذه... الخ

^{٢٤} - و هو ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي، في مصنفه العقود الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر ٢٠٠٥، ص ١٧.



٢ من المرسوم المشار إليها آنفاً، بالرغم من أنّ هذا الحلّ قد أعطى الطابع المميّز لهذا النوع من العقود (أي الصفقات العمومية التي تعقدتها مثل هذا النوع من المؤسسات...) ، وهو الأمر الذي أدركه المشرع ومن ثمّ حظاها بأحكام مميّزة نجدها مقننة و ثابتة في تنظيم خاص ، بحيث تشكّل في مجموعها قواعد يغلب عليها الطابع الإداري المحض، وهو ما يجعلها مختلفة اختلافاً بيّناً عن العقود التجارية والمدنية الأخرى و يزيد مسألة الاختصاص -في تقديرنا- تعقيداً.

المطلب الثاني: حدود التمييز بين دعوى القضاء الشامل ودعوى الإلغاء في منازعات صفقات الدولة:

الفرع الأوّل: نطاق تدخل قاضي الموضوع في منازعات الصفقات العمومية:

ينبغي أن نشير أنّه، لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لإضفاء الطابع الإداري عليه، ومن ثمّ إخضاعه لقانون الصفقات العمومية وبالتالي التصريح باختصاص القاضي الإداري بالفصل في المنازعة الناتجة عن هذا العقد، بل ينبغي أن تكشف جهة الإدارة عن رغبتها في استخدام وسيلة القانون العام عند تعاقدها^{٢٥}، بمعنى أنّه عندما يتعلّق الأمر بشخص عام إداري يمارس نشاطاً اقتصادياً يتعيّن عندئذٍ التمييز بين ما إذا كان هذا الأخير يقوم بهذا النشاط في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام وبالتالي يخضع للقانون العام (ومن بينها قواعد الصفقات العمومية في حالة إبرام الصفقة) واختصاص القضاء الإداري، وبين ما إذا كان هذا الأمر خارج هذا الإطار^{٢٦}، ومن ثمّ لا يخضع لهذا القانون الأخير و لا لإختصاص القاضي الإداري. علماً، أنّه لا يثار أيّ جدل بخصوص الصفقات المبرمة بين إدارتين عموميتين، إذ أنّه إذا كانت هذه الأخيرة لا تخضع -بموجب المرسوم الرئاسي ٢٤٧/١٥ للقواعد المنظمة للصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة - فلا يجادل أحد إذن في خضوعها بدهاءة للقضاء الإداري^{٢٧}. ومن هنا ينبغي أن نذكر، أنّه إلى جانب شروط قبول دعاوى القضاء الشامل العامة (من حيث توفر الصفقة والمصلحة والأهلية في أطراف النزاع، بالإضافة إلى الشروط الشكلية المتمثلة في الميعاد المحدد لرفعها وأن يتمّ ذلك عن طريق عريضة مؤرّخة وموقّعة تحدّد الوقائع والطلبات و الأسس التي يستند إليها المدّعي... الخ) ، فقد جرى العمل على عدم قبول الطلب الهادف إلى إلغاء قرارات إدارية

^{٢٥} - باعتبار أنّ الأشغال والتوريد والخدمات... الخ -موضوع تعاقدات هذه الأشخاص - هي بطبيعتها أشغال عمومية (أي منجزة أصلاً لحساب الدولة)، وغالباً ما يتعلّق الأمر بعقود تبرمها في إطار ما يعرف قانوناً ب"التدبير المفوض" ، من أجل إنجاز أعمال تؤوّل في النهاية إلى الذمة المالية للشخص العمومي المفوض ، و ذلك باعتبارها أموال الرجوع التي يجب أن تعاد إجبارياً إلى المفوض كما هو منصوص عليه في القواعد المتعلقة بالتدبير المفوض للمرافق العامة، وبالتالي، وعلى هذا الأساس وجب إخضاعه لأحكام القانون العام عموماً.

^{٢٦} - الدكتور عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار بحانة، الجزائر ٢٠٠٢، ص ١٥٦.

^{٢٧} - من الواضح أنّ الشخص العام الذي يتدخل في السوق كمنتج أو موزع أو مقدم خدمات خارج إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة و أداء مهام المرفق العام يطبق عليه قانون المنافسة لأنه في مثل هذه الأحوال يعتبر من الأعوان الاقتصاديين و يخضع بالتالي للقانون الخاص... الخ، نص المادة من الأمر ٠٣/٠٣ من قانون المنافسة المعدّل والمتمم... للمزيد من التفاصيل حول الموضوع، أنظر :

محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي للطباعة، الرويبة، الجزائر، ص ٣٩.

^{٢٨} - بالإضافة طبعاً إلى الاستثناءات من تطبيق المرسوم المتعلق بالصفقات الواردة في المادة ٠٥ من قانون المنظم للصفقات المشار إليه آنفاً، وكذا الأنشطة والخدمات التي ليس لها طابع اقتصادي (كالخدمات الاجتماعية المحضة CASNOS) والأنشطة والخدمات التي تعتبر استراتيجية بالنسبة للدولة والتي تخضع لتنظيم خاص.



إذا كان بوسع أصحابها أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطريق الطعن العادي أمام القضاء الشامل. وتطبيقاً لهذا المقتضى، فإنّ قبول دعوى الإلغاء يتوقف -إلى جانب شروط القبول الأخرى- على شرط انتفاء دعوى موازية أمام القضاء الشامل من شأنها تمكين الطاعن من الحصول على نفس النتيجة المتوخاة من هذه الدعوى. و تتحقّق الحماية القضائية المتوفرة أمام القضاء الشامل في مجال منازعات إبرام الصفقات من خلال مستويين:

الأول يتجلى فيه دور قاضي القضاء الشامل كامتداد لقضاء المشروعية طالما أنّ اللجوء إليه يُعدّ أمراً لازماً من أجل استخلاص الآثار القانونية المترتبة عن الحكم بإلغاء المقررات الممهدة لإبرام الصفقات. أما الثاني فيكون فيه قاضي القضاء الشامل مطالباً بتحديد موقفه من الالتزامات التي تنشأ حياًداً على ضوابط نظام صفقات الدولة في إطار ما يسمّى بـ "الصفقات غير المشروعة"^{٢٩}.

وعليه، فإنّ تدخل القضاء الشامل يكون بناءً على حكم الإلغاء بما لهذا الأخير من حجّية مطلقة تتمثل في إعدام القرار المطعون فيه من أصله (وكأنّه لم يكن بالنسبة للكافة) ، ممّا يحق معه للمستفيد من الحكم المطالبة بمحو الآثار المترتبة عنه منذ تاريخ صدوره و التعويض عن الأضرار الناجمة عن تنفيذه. وتأسيساً على الولاية العامة التي يملكها هذا القاضي، بإمكانه خلال مرحلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية فرض رقابته على مشروعية الصفقات، تمهيداً لوضع الأساس القانوني الذي يتعيّن اعتماده للحكم بالتعويض أو بالمستحقات المالية لفائدة المتعامل المتعاقد مع الإدارة (مقاول، مورّد، خدماتي...الخ).

الفرع الثاني: رقابة قاضي الإلغاء على القرارات الممهدة لإبرام الصفقات العمومية:

إنّ كلاً من الفقه و القضاء قد درجاً على ربط جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الإدارة صاحبة المشروع بمدى انفصالها عن العملية التعاقدية، على أساس أنّ كلّ القرارات ذات الصلة بتنفيذ بنود الصفقة تقبل من حيث الأصل المخاصمة القضائية عن طريق اللجوء إلى قاضي القضاء الشامل . وتبعاً لذلك، فقد أصبح مفهوم القرارات المنفصلة أو المتصلة مرتكزاً للتمييز بين ولاية قاضي الإلغاء وولاية القضاء الشامل^{٣٠}. إلا أنّهُ، حسب بعض الفقه فإنّ هذا الطرح لا يستقيم إلا عندما يتعلّق الأمر بقرارات ممهدة لإبرام العقد (كقرار المنح المؤقت للصفقة)، دون غيرها من القرارات التي تصدر عن صاحب المشروع خلال مرحلة تنفيذ الصفقة^{٣١}. وترتيباً على ذلك، فإنّ الحسم في مدى ارتباط أو انفصال القرار

^{٢٩} - د. الجليلي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، عدد ٧٩، ٢٠٠٨، ص ١٤٢.

³⁰ - Viviane Michel, « La théorie de la distinction des secours et le contentieux administratif contractuel », Thèse, université de Lille II 1995, p :302.

^{٣١} - محمد الأعرج، القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد واختصاص قضاء الإلغاء، تعليق على حكم المحكمة الإدارية بأفادير رقم ٠٣/٢٠٠٥ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠٠٥، المنشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ٦٥ ، ص: ١٤٧.



الممهد للصفحة بالعقد مسألة متروكة لتقدير واجتهاد القاضي، و يتم على مستويين: الأول يتعلّق باستعماله لقيّمته النظرية ولضرورة تأثيث صياغة الأحكام به في غياب أي جدوى وظيفية أو استدلالية، حسبما سبق بيانه بالنسبة للقرارات الصادرة عن الإدارة قبل المصادقة على الصفقة. أمّا الثاني فيتحقّق فيه فعلاً الدور الوظيفي لمفهوم القرارات المنفصلة، المتمثل في تحييد الدفع بوجود دعوى موازية كلّما تعلّق الأمر بضرورة تيسير اللجوء إلى قاضي الإلغاء لمحو مظاهر تجاوز السلطة بالقرارات الصادرة عن صاحب المشروع بعد تمام العقد، وفي جميع الأحوال فإنّ القضاء حريص على أن يظلّ انفصال قرارات صاحب المشروع عن العقد مدخلاً خلفياً لولوج الرقابة على مشروعيتها^{٣٢}. ويشترط القانون لرفع دعوى الإلغاء توفر بعض الشروط الشكلية و الموضوعية؛ وتتعلّق الأولى بأطراف الدعوى وإجراءاتها ومحلّها (أي القرار الإداري محل الطعن)، وميعاد رفع الدعوى... وتتعلّق الثانية (الموضوعية) بالعيوب التي تؤسس عليها الدعوى والتي تلحق بأحد أركان القرار الإداري، فتشكّل سبباً لإلغائه، ومن ذلك مثلاً: عيب السبب، الشكل، تجاوز السلطة، مخالفة القانون... وما ينبغي الوقوف عنده هنا، أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد -عكس بعض التشريعات الأخرى^{٣٣}- قد جعل الطعن المسبق قبل رفع دعوى الإلغاء جوازياً وانتفى فيه النص عن شرط الدعوى الموازية. وتجدر الإشارة هنا، إلى أنّ الطابع الاختياري أو الإجباري للتظلم لا يعني على الإطلاق منع المتنافسين من حقّ اللجوء إلى القضاء في حالة عدم الالتزام بانتهاجه، بل -وتماشياً مع روح القضاء ومبادئ التقاضي- هناك حرص دائم من جانب القاضي الإداري على ترجيح حق اللجوء إلى القضاء مباشرةً وكلّما اقتضت الضرورة ذلك، وهذا الحرص مرشح في الوقت الراهن للمزيد من الرسوخ، خاصة مع تزايد نسبة اللجوء للتواصل الإلكتروني بين المصالح المتعاقدة و المتنافسين^{٣٤}، وهو ما سوف ينعكس دون أدنى شك على تطبيق أحكام التظلم في علاقته مع قبول الدعوى^{٣٥}. و بعد التأكيد من استيفاء شروط القبول في الطعن الموجّه ضد القرار المشيب بعيب عدم مراعاة ضوابط المنافسة أثناء إبرام الصفقة، تنفّذ رقابة قاضي الإلغاء إلى صحّة الأركان التي يتعيّن أن تتوفر فيه كأبيّ قرار إداري. وتتمّ هذه الرقابة على مستويين: المستوى الأول يتمثل في استقصاء الإشكالات المتعلقة بتعليل قرارات الإقصاء من المنافسة والتي تملك المصلحة المتعاقدة إزاءها كامل

^{٣٢} - د. الجبالي أمزيد، المرجع السابق، ص ١٢٠.

^{٣٣} - ومن ذلك مثلاً المشرع المغربي الذي نصّ على ضرورة تقديم شكاية لصاحب المشروع أو الوزير المعني قبل اللجوء إلى قاضي الإلغاء حيث يتعلّق الأمر بإحدى صفقات الدولة على خلاف إذا كنّا بصدد الطعون الإدارية الأخرى التي يكون فيها التظلم الإداري المسبق اختيارياً، الذي قد يسلكه الطاعن بمحض إرادته، بينما يكون عدم سلوك إجراءات التظلم المسبق المنصوص عليه في المرسوم ٥ فبراير ٢٠٠٧ في المادتين ١٩ و ٤٧ سبباً في عدم قبول الدعوى.

^{٣٤} - أنظر في خصوص العقود الإلكترونية المادتين ١٧٣ و ١٧٤ من المرسوم المنظم للصفقات العمومية عندنا في الجزائر، المشار إليه سابقاً.

^{٣٥} - وهذا يعني أنّ الشكاية المقدمة بواسطة الإرسال الإلكتروني سوف تنتج نفس الأثر القانوني أمام القاضي الإداري (أي كإجراء لقبول دعوى الإلغاء) وسوف يتعامل القاضي مع التمسك بحجّة هذا الإرسال من طرف المتنافس، بنفس الشكل مع الطريقتين الأخرتين وهما (لجوء المتنافس بواسطة إرسال مضمونة مع إشعار بالتوصل إلى المعني، وإمّا باللجوء كتابة إلى صاحب المشروع المعني إذا ما لاحظ المتنافس أن إحدى الإجراءات لم تحترم) خاصة وأنّ الأصل هو حرية الإثبات أمام القاضي الإداري.



الحرية والسلطة التقديرية^{٣٦}، أما الثاني فيتعلّق بالرقابة على السلطة التقديرية على صاحب المشروع في إقصاء التعهدات والعروض المقدّمة من المتنافسين، ويتمّ ذلك من خلال الوقوف والتأكد من مدى التوفيق بين السلطة المقيدة نسبياً لصاحب المشروع وسلطته التقديرية في اختيار نائل الصفقة. وما يجب الوقوف عنده في الأخير، أنّه، و انطلاقاً من كون إبرام الصفقات يتمّ من الناحية العملية وفق وتيرة أسرع بكثير ممّا هي عليه بالنسبة لتحريك دعوى الإلغاء من أجل استصدار حكم بإلغاء المقررات الصادرة في إطار عملية تنظيم المنافسة، قد تسارع الإدارة في إبرام العقد قبل صدور حكم نهائي، وبالتالي فإنّ حكم الإلغاء في حالة عدم ثبوت عدم مشروعية هذه المقررات- لا يصدر إلا بعد نشوء الالتزام التعاقدية والشروع في تنفيذه. و أمام اصطدام حجية الحكم بالإلغاء في هذه الحالة بضرورة الحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية القائمة في إطار الصفقة، وحفاظاً على المصلحة العامة (المرفق العام)، فقد يطرح إشكال عويص في هذه الحالة، و في تقديرنا، يجب التمييز بين وضعيتين مختلفتين متعلقتين بالمستوى الذي بلغه الشروع في تنفيذ الالتزام التعاقدية وتقدير المصلحة المتوقّعة من العزوف أو الاستمرار في الصفقة؛ ففي الحالة الأولى أي في حالة ثبوت عدم مشروعية المقرّر و صدور الحكم بالإلغاء وكان في طوره الأول، بإمكان الإدارة أن تقوم بتصحيح عيب الإخلال بضوابط المنافسة، وليس أمام الطرف المتنافس سوى التسليم بالأمر الواقع والبحث عن حل خارج الحكم بالبطلان، وهو المطالبة بالتعويض في حالة الضرر الحاصل، أما في حالة صدور الحكم بالإلغاء و اضطراب المصلحة المتعاقدة إلى الاستمرار في تنفيذ العقد، حفاظاً على المصلحة العامة، واستقرار العلاقة التعاقدية القائمة، فإنّ القضاء مضطر تبعاً لذلك للتسليم كذلك بالأمر الواقع بسبب تقدم مراحل تنفيذ الصفقة. وفي هذا السياق "أكدّ مجلس الدولة الفرنسي أنّ إلغاء القرار المنفصل لا ينتج بذاته أيّ أثر مباشر على العقد الذي يتعيّن الاستمرار في تنفيذه واعتباره شريعة الطرفين بما يكفل مصلحة المرفق العام، مع الاحتفاظ للمتنافس المتضرر -دائمًا- من الإخلال بضوابط إبرامه بحقّه في التعويض..."^{٣٧}

و كخلاصة لما سبق ذكره حول دور قضاء الموضوع في ضبط وحماية المنافسة في مجال صفقات الدولة، يمكن القول، أنّه رغم ما ينطبع به هذا المجال من دقّة ووضوح نسبي للمعايير المتعيّن اعتمادها للتمييز بين قضاء الإلغاء و القضاء الشامل، فإنّ الحكم بإلغاء المقررات المتعلقة بالإقصاء غير المشروع من المنافسة يصطدم في غالب الأحيان -عمليًا- باستقلالية العقد الذي يكون قد نشأ قبل صدور هذا الحكم، ممّا يجعل عملية إبرام الصفقة محصّنة ضد عواقب ما شابها من عيوب عند إبرامها، وبالتالي فإنّه لا يبقى أمام المتنافس المتضرر -والواقع يثبت ذلك- من الإقصاء غير المشروع سوى المطالبة بالتعويض أمام القضاء الشامل،

^{٣٦}- أنظر في هذا الشأن، نص المادة ٥٢ من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر -المصدر السابق ذكره- وكذا القرار المؤرخ في ٢٨ مارس ٢٠١١ الذي يحدّد كيفيات الاقتصاد من المشاركة في الصفقات العمومية.

³⁷ - Voir rapport du conseil d'état au titre de l'année 1990, "Etudes et documents du conseil d'état", (EDCS), P :127.



والذي لم تتحدّد بعد في كفه معالم الحماية اللازمة الناجمة لممارسة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، من هنا وجب البحث عن إطار آخر ومستوى آخر من القضاء للحصول على الكثير من المكتسبات ولو بصفة احتياطية.

المبحث الثالث: أولويات سبل إصلاح المنظومة التنافسية عندنا في الجزائر في مجال صفقات الدولة (وجهات نظر باحث)

إذا كان لتطبيق سياسة المنافسة في العشريتين الماضيتين تأثيراً إيجابياً على تحرير الطاقات و بروز العديد من المشروعات، فعلى العكس من ذلك، فإنّ سلوك المؤسسات لم يكن له الأثر المرجو في دفع المسار التنافسي، وعليه، تمّ معاينة تشكّل احتكارات خاصّة "مجموع سلط"، جاءت على أنقاض الاحتكارات القديمة للدولة خاصّة في قطاع التوريد؛ فالجوء التّعسفي لعقود الشراء الحصريّة وتقاسم الأسواق ومناطق التّموين (خاصة صفقات الدولة)، يوضّح دون أي شكّ اختيار المؤسسات للسلوكيات البعيدة كليّة عن التنافسيّة الاقتصاديّة و الضغوطات التي تفرضها على الأسواق وبالتالي الشفافية والصراحة اللتين تتطلّبهما هذه الأخيرة. و عليه، فالكّل يتساءل عن الخطوات التي يجب على النظام أن يسلكها لتحقيق هذا المبتغى، والنّهوض بالتالي بعجلة النمو، سؤال نحاول الإجابة عليه من خلال ما يلي:

المطلب الأول: الموازنة بين حرّيتي المنافسة والتّعاقد في مجال الصفقات العموميّة:

بداية يجب أن نذكر أنّ المخطّط الاستثماري الجديد الذي انطلق، يمنح الأولويّة في الحصول على الصفقات للمؤسسات الوطنيّة المحليّة (٢٥% نسبة أفضلية للمنتج الوطني في الصفقات العمومية)، وكذا المنتجات والخدمات المحليّة، ومن ثمّ من حقنا أن نتساءل عن الحدّ الذي ستساهم به هذه الإصلاحات من جهة و الضمانات القانونيّة الجديدة وكذا الحماية القضائيّة المستحدثة في التّوفيق بين حرية المنافسة وحرّية التّعاقد في مجال صفقات الدّولة؟، إنّه سؤال من صميم إشكاليّة الموازنة بين الأصل والاستثناء الذي يحدّ منه، أي بين مبدأ حرية المنافسة الذي يرسخ الشفافية والحفاظ على مصالح المتعاملين الاقتصاديّين بالقطاع الخاصّ، وبين ضرورة إعطاء هامش من السّلطة التّقديرية للمكّلفين بالصفقات لتمكينهم من تحقيق فعالية الطلّبات العموميّة من خلال منحهم عند الاقتضاء حرّية اختيار المتعاقدين مع الإدارة^(٣٨). ولتجسيد هذا التوجه لابدّ في رأينا- من تفعيل إجراءات يقع على رأسها ما يلي:

(أ) تمكين الإدارة العمومية من تسيير المرافق العامة بالتقويض فعلا، بالإضافة إلى إنشاء مستوى الوزارات والولايات لتسوية النزاعات الصفقات .

(ب) تقييم للعروض بعد التحقيق في القدرات المالية والتقنية للمؤسسات، ولا ملفات إدارية إلا بعد الظفر بالصفة.. ومعايير جديدة لانتقاء المتعاملين الاقتصاديّين، مع السماح بإبرام صفقات بأسعار مؤقتة.

(٣٨) - د. الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحليّة والتنمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، عدد ٧٩، ص: ٢٥.



ج) تمكين الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد من مراقبة إبرام الصفقات وتنفيذها إلغاء الصفقات لكل من يعد أعوان مكافحة الفساد بتقديم مكافأة وقائمة سوداء للمرشحين.

د) إلغاء إبرام الصفقات و فسخ الصفقات من جانب واحد، عندما يتعلق الأمر بالمصلحة العامة.

هـ) منح أفضلية نسبية ثابتة للمنتج الوطني في الصفقات العمومية و إلزام المتعاملين الأجانب بالاستثمار في شراكة بعد الفوز بالصفقة العمومية.

و) التراضي للصفقات الاستعجالية بموافقة الوزير من دون اللجوء إلى مجلسي الحكومة والوزراء.

ي) رفع سقف حدود صفقات الأشغال إلى مليار و 500 مليون بدلا من ٨٠٠ مليون سنتيم والدراسات من 400 مليون إلى مليار، مع توسيع صفقات الأشغال لتشمل الترميم والتهيئة والإصلاح، و 10 ملايين حدود صفقات إشهار السلطات المحلية والمؤسسات الخاصة بالأشغال.

المطلب الثاني: الرقابة على إبرام الصفقات في إطار القضاء الاستعجالي:

الفرع الأول: لماذا قضاء الاستعجال؟

إنّ من أهم المكتسبات الراهنة في مجال العدالة عندنا إحداث قضاء استعجالي مختص^{٣٩} بمنازعات إبرام الصفقات العمومية، وهي ضرورة لا مناص منها بسبب عدم استيعاب المسالك القضائية الموجودة لمثل هذه المنازعات. قد يقول قائل كيف ذلك؟ ولماذا قضاء إداري استعجالي بالضبط؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل يمكن حصرها في تقديرنا- في الدواعي التالية:

- عجز المسالك الأخرى (خاصة قضاة الإلغاء) - كما سبق أن أوضحنا- والدعاوى التي تشملها والتي تستغرق مدة من الزمن لا تستجيب ولا تتناسب في الكثير من الأحيان مع الحالة المستعجلة التي يتطلبها الانتهاك الواقع بخصوص حرية المنافسة؛ فإذا أبرم العقد وتمّ الشروع في تنفيذه، فقد يترتب نتائج يصعب تداركها والتحكم فيها بعد ذلك.

- إنّ استجابة مجلس المنافسة لطلب الأطراف المعنية باتخاذ التدابير المؤقتة غير ممكنة كما نعلم، إلا إذا تضمنت الممارسة موضوع الادّعاء الأصلي تأثيراً خطيراً ومباشراً على المصلحة الاقتصادية العامة، وألحقت ضرراً بمصالح المؤسسة المدعية، وهذا يترجم الطابع الاستثنائي لهذه التدابير التي تظهر كإجراء يخرج عن الإجراءات المألوفة.

^{٣٩}- يمكن تعريف حالة الاستعجال بأنها: " تلك الوضعية التي تؤدي لا محالة إلى وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه بإتباع الإجراءات العادية، ويقع عبء إثبات هذه الحالة على المدعي (صاحب الادّعاء الأصلي) بمعنى إثبات وجود علاقة سببية مباشرة بين الممارسة المقيدة للمنافسة أو المحظورة والضرر الممكن حصوله أو المحتمل والذي عبّر عنه المشرع الجزائي بالضرر المحقق وليس الواقع، وبالتالي فإنّ الأمر لا يتعلّق بإزالة ضرر وإنما بتفادي ضرر وشيك الوقوع نتيجة لارتكاب هذه الممارسة غير المشروعة.



- إضافة للدعاوى المذكورة سابقاً و التي يختصّ بها قاضي الموضوع، وتفادياً لسلبياتها، فإنّ للمدعي حق اللجوء إلى قاضي الاستعجال لوقف تنفيذ القرار الصادر ضده، لا سيّما في حالة ما إذا كان القرار نتيجة استعماله حقاً أو حرية عامة.

إنّ هذه الاستجابة كانت واردة وجاءت في سياق التوجيهات والتوصيات الدولية الصادرة بهذا الشأن، خاصة من الدوائر الاقتصادية والقانونية للاتحاد الأوروبي على أساس الشراكة الاقتصادية التي تربط بلدنا بهذا الأخير بعد أن ظلّ الاختلاف قائماً بين النظام القانوني لمنازعات الصفقات العمومية وبيننا وبين الأنظمة المؤطرة للمنازعات في هذا المجال بالدولة الشريكة واحداً من ضمن الأسباب التي تدفع بالشركات الأجنبية إلى مطالبة الإدارة عندنا (أي المصلحة المتعاقدة) بتضمين الصفقة بند اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات؛ وهو المطلب الذي كانت تستجيب إليه الإدارة في الكثير من الأحيان بدلاً من المنع الذي كان سائداً قبل ذلك. ومن ثمّ يعتبر القضاء الاستعجالي مسلكاً قضائياً مخصّصاً لتوفير حماية مؤقتة وسريعة للمراكز الحقوقية في مواجهة ما يهددها من آثار وخيمة مرشحة للتفاقم بسبب مرور الوقت إلى حدّ يخشى معه استدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه قبل حدوث النزاع، لذلك فهو يختلف عن مسالك قضاء الموضوع بالنظر إلى الطابع الاستثنائي المميّز لإجراءات الطلبات الاستعجالية المتمثل أساساً في كونها فورية ومشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون.

الفرع الثاني: سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في مواد صفقات الدولة :

استناداً إلى نصوص المادتين ٩٢٠ و ٩٢١ والمواد من ٩٨٧ إلى ٩٨٨ من ق إ م إ، فإنّ القضاء الإداري الاستعجالي يتمتّع عموماً بسلطات متميّزة مقارنة بتلك التي يملكها القاضي الإداري العادي ويتعلّق الأمر خاصة في مواد الصفقات العمومية - وحسب التعديل الجديد لقانون إ م إ، الذي حياه فيه المشرع ببعض الاختصاصات التي تمكّنه نسبياً من رقابة الإدارة العامة في مرحلة إبرام الصفقة، وفي حالة ثبوت مخالفة من طرف هذه الأخيرة لالتزامات الإشهار والمنافسة، أو أي إخلال بطرق إبرام الصفقات العمومية أو الإجراءات المتطلبة التي يحددها القانون - ب:

- سلطة الأمر بالامتنال لالتزامات الإشهار والمنافسة، وتعيين أجل محدّد للقيام بذلك (م ٩٤٦/ف٤) وهي سلطة جوازية "يمكن أن" تخضع لتقدير المحكمة، شأنها في ذلك شأن مسألة تحديد الأجل ...

- سلطة توقيع الغرامات التهديدية: في حالة عدم الالتزام بالأمر أعلاه الصادر عن المحكمة الإدارية، فقد منحت للقاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات سلطة توقيع الغرامات التهديدية،

٤٠- وذلك استناداً إلى نصّ المادتين ٩٢٠، ٩٢١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليه سابقاً.

٤١- أنظر نصّ المادتين ٩٤٦ و ٩٤٧ من ق إ م ج (المصدر المشار إليه آنفاً).

٤٢- المقصود بالإشهار عملية الإعلان عن الصفقة المنح المؤقت لها، ويتضمّن بيانات إلزامية تتعلّق بموضوعها والهيئة التي أعلنتها وشروطها...، كما يشمل في حالة المنح المؤقت لها المعايير التي اختير على أساسها المرشح الفائز... الخ، أمّا عن الإخلال بالالتزامات المنافسة، فيتمثّل في امتناع الإدارة عن تمكين المرشحين من بعض الوثائق الضرورية كدفتر الشروط، أو عدم قبول بعضهم دون مبرر... الخ



وذلك حسب م ٩٤٩/٥ف، والتي تبدأ من تاريخ انتهاء الأجل الممنوح للمخالف، مع ملاحظة أنه لا توجد في علمنا وسائل قانونية مخوّلة له لإجبار الطرف المخالف الممتنع عن الامتثال لهذا الأمر.

- سلطة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة: بمجرد إخطار المحكمة الإدارية بالدعوى في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، فإنه يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد الذي تمّ توقيعه بين المصلحة والمتعامل (والذي تمّ اختياره دون احترام إجراءات التباري)، ولها كامل السلطة التقديرية في ذلك. وفي هذه الحالة، يؤجل توقيع الصفقة إلى نهاية الإجراءات القضائية أمام محكمة الاستعجال، على أن لا يتجاوز ذلك عشرين (٢٠) يوماً^{٤٣}، مع الإشارة، أنّ هذه السلطة الأخيرة هي سلطة وقائية يباشرها القاضي الاستعجالي بمجرد إخطاره بالدعوى ولا يحتاج فيها للتأكد من ثبوت المخالفة.

وحاصل القول من كل ما سلف، أنه و بالنظر إلى الوضع الراهن للقانون الاقتصادي وللعمل القضائي عندنا، فإنه بإمكاننا الخروج بالاستنتاجات التالية:

- أنّ الحماية القضائية لحرية المنافسة في مجال الصفقات تتميز عموماً عندنا في الجزائر بافتقارها حالياً إلى كثير من الأحكام التفصيلية بشأن تطبيق الضمانات القانونية المقررة لفائدة ممارسة هذه الحرية، وذلك راجع -حسب رأينا- تارة إلى قلة حالات اللجوء إلى القضاء نتيجة تردّد وعدم إقبال المتنافسين عن مخاصمة الإدارات والمؤسسات العمومية خاصة، حفاظاً على نقاء السيرة تجاهها، وفي الغالب ما يتم في مثل هذه الأحوال السعي إلى محاولة الظفر بمشروع بديل عن هذا التنازل الضمني، وأحياناً أخرى إلى الجمود الذي يعرفه هذا المسلك؛ وفي هذا الجانب أكدت رئيسة مجلس الدولة أثناء اليوم الدراسي الذي عرف مشاركة مختصين من فرنسا على ضرورة النظر للعدد الكبير من القضايا المطروحة أمام مجلس الدولة والمتعلقة بقانون الصفقات العمومية والذي وصل إلى نحو ٤ آلاف قضية...^{٤٤}
- لما كانت مسالك التقاضي المتوفرة لا تسعف في توفير الحماية القضائية المطلوبة، فإنّ إقبال المشرع على إحداث قضاء استعجالي خاص بهذا النوع من المنازعات لم يكن من قبيل الترف التشريعي بل ضرورة ملحة لا مناص منها وارتقاءً حقيقياً (ولو نظرياً) أكثر نجاعة (حماية قضائية سريعة ومستعجلة)، خاصة إذا علمنا أنّ إبرام وتنفيذ الصفقات يتم في إطار عمليات مركبة من عدّة إجراءات متلاحقة و مترابطة، ممّا يجعل مسوّغ تدخل القاضي الإداري الاستعجالي كامناً في تفادي التأثير السلبي لأيّ إجراء غير صحيح على سلسلة الإجراءات المالية وعلى النتيجة النهائية لعملية المنافسة برمتها.

^{٤٣} - لمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة، راجع مداخلة الأستاذة ليلي بوكيجل، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية

المنافسة، الملتقى الوطني حول "حرية المنافسة في القانون الجزائري"، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، عنابة.

^{٤٤} - المصدر: كلمة رئيسة مجلس الدولة سميرة عبد الصديق أثناء اليوم الدراسي الذي نظم بتاريخ ٢٠١٦/١١ بمقر المحكمة العليا والذي أكد على ضرورة الاهتمام والاستفادة من التجربة الفرنسية في مجال حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية.



- يبقى الإشكال دائماً مطروحاً كون المشرع لم يميّز بين الصفقة المبرمة من طرف الإدارات العامة وتلك التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية (وهي شركات تجارية) فيما يتعلّق بالطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود ، انطلاقاً من أنّه –طبقاً للمعيار العضوي الذي ما زال يتبنّاه المشرع الجزائري- فإنّ الصفقات التي تبرمها هذه الأخيرة لا تعدّ عقوداً إدارية، وعليه، وكنتيجة، إذا كان القضاء الإداري يرفض (في الموضوع) الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الشأن، فإنّ ذلك سوف يؤثر على اختصاصه كقاضي استعجال.
- يجب التأكيد في الأخير، أنّ الإصلاح الذي شهدته بلادنا مؤخراً بخصوص الجهات التي تملك ولاية الفصل في هذا النوع من المنازعات يقوم على أساس التمييز بين الرقابة على صحة إجراءات الإشهار وتنظيم المنافسة والتي أوكلها المشرع لقاضي المستعجلات والرقابة على مشروعية مقرر المصادقة على الصفقات التي لا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق دعوى الإلغاء، مع ما يترتب على ذلك من محدودية القضاء الاستعجالي الذي ينتهي اختصاصه بمجرد البتّ في طلبات إيقاف إجراءات الإشهار وإبرام الصفقة بمجرد المصادقة عليها.

وعلى ضوء ما سبق، لا بأس أن نبدي بعض الاقتراحات والتوصيات نوجزها فيما يلي:

١. من المحبّب أن يُحكّم المعيار المادي إلى جانب المعيار العضوي لتحديد نطاق الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية ليشمل جميع المؤسسات المذكورة في المادة ٠٢ من تنظيم الصفقات (بمعنى الجمع والموازنة بين المراقبتين العضوية والموضوعية).
٢. من المحتمّ في إطار مشروع إصلاح القضاء الاستعجالي العمل على التوفيق بين ممارسة حق اللجوء إلى هذا المسلك وإجبارية التظلم الإداري المنصوص عليه بنظام صفقات الدولة والذي يتعيّن أن لا يشمل إجراءات الإشهار وتنظيم المنافسة حتى لا تضيع الجدوى من فكرة العجلة بشأن إيقافها بعد صدور مقررّ المصادقة، بحيث يجوز في مثل هذه الحالات –استثناءً- اللجوء إلى القضاء (الاستعجالي) دون سلوك إجراءات التظلم الإداري المنصوص عليها...
٣. أنّه يجب أن يكون بالإمكان في حالة الطعن بالإلغاء في مواجهة مقررّ المصادقة على الصفقة للمطالبة بإيقافه، اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ، فالمنطق يقتضي حذف إيقاف التنفيذ كمسلك تابع لدعوى الإلغاء ونقله إلى مقامه الطبيعي بولاية القضاء الاستعجالي...
٤. يجب إدراج موضوع الصفقات بشكل لا رجعة فيه في منطوق احترام مبادئ الولوج إلى الطلبات العمومية والمساواة والشفافية في التعامل مع المرشحين وتبسيط الإجراءات بما يمثله هذا النظام ضمن مشروع ترسيخ منهج حديث للحكومة غايتها الارتقاء بممارسة حرية المنافسة وضمان حسن استعمال المال العام.



خاتمة:

تعتبر الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي تستعملها الإدارة لممارسة نشاطاتها، ومن ثمّ المجال الأكثر خصوبة لاستغلال وتسيير المال العام. لذا نجد أنّ المشرع قد أحاطها بمجموعة من الضمانات القانونية (من حيث إبرامها وتنفيذها...) يقع على رأسها محاولة إرساء نظام قضائي متكامل لفضّ النزاعات الناشئة عنها، سعيًا منه لضمان التوازن بين حماية هذا المال العام من جهة، وفعالية ونجاعة الخدمات المقدّمة من جهة أخرى، في إطار بيئة ونسق تحكمه مبادئ المساواة والشفافية وحرية التنافس. لكن فقدان هذا التوازن مرتبط -في تقديرنا- أساسًا بغياب آليات للربط والتوفيق بين القواعد المقررة بنظام صفقات الدولة وقواعد المنافسة، انطلاقًا من قابلية أحكام هذا الأخير للتطبيق في غالب الأحيان في هذا المجال. وتبعًا لذلك، فإنّ السؤال المتعلّق بمعرفة أين تنتهي حرّية المنافسة، ومن أين تبدأ حرّية التعاقد هو مدار المنطق الداخلي الذي تنهض عليه الحماية القانونية والقضائية لحرّية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وفي سبيل ذلك، يتعيّن أن تتيح عمليّة التّباري ربط مشروع الصّفقة بالعرض الذي يتحقّق في إطار أفضل مستوى للتّناسب بين الثّمّن والجودة، وهي نتيجة يصعب تحقيقها إذا لم يتم تنظيم المنافسة في هذا المجال على أساس شروط جوهرية تم الوقوف عليها.

و عليه، إذا كانت احتمالات تقوية هذه الحماية (عن طريق التّوفيق بين المرسوم رقم ١٥-٢٤٧، باعتباره المرجع الأساس للنّظام القانوني لصفقات الدولة والقانون ٠٣/٠٣ المعدّل والمتمّم والمتعلّق بحرّية المنافسة من جهة، وبين رقابة قضاء الموضوع ورقابة القضاء الإداري (المحاكم الإدارية المستحدثة خاصة) من جهة أخرى، ضئيلة نسبيًا، فيجب التّفكير أكثر في توسيع دائرة هذا التّساؤل، لتشمل إسهام القضاء الزّجري (الجنائي) بالإضافة إلى القضاء التّجاري الموضوعي (أي استحداث محاكم تجارية تفصل في المنازعات التي تدخل في هذا الشّأن) في حماية حقوق المتنافسين بشكل عامّ وعدم الوقوف عند دائرة قضاء الاستعجال (رغم اعتبارها خطوة مقبولة ومكسبا هاما في هذا الجانب). ثمّ انطلاقًا من كون تنظيم المنافسة في مجال صفقات الدولة لا يهدف فحسب إلى ترسيخ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين أمام فرص الطّفر بها، بل هو أيضًا، وسيلة لضمان شفافية إبرام الصفقات وفعالية النّفقات المرصودة لإنجاز الأعمال اللّازمة لسير المرافق العامّة، فإنّ الأمر يقتضي إلحاق هذه الضّمانات (القانونية والقضائية) بصميم النّظام العامّ في كلّ ما يرتبط بتحقيق مبدأ المساواة باعتباره نقطة ارتكاز لتحريك إجراءات المنافسة من أجل نيل الطّلبات العموميّة، سواءً حيال الشّروط المطلوبة للمشاركة في هذه الإجراءات، أو حيال الوصول إلى المعلومات المتعيّن نشرها بين المتنافسين، أو حيال الأسباب الموجبة لاختيار نائل الصّفقة وتنحية غيره من المتنافسين.

وأخيرًا، فإنّ ما ينبغي أن يتذكّره الجميع، أنّ أصعب شيء بالنّسبة لأيّ نظام يريد تحقيق هذه القيمة؛ "المنافسة"، في أيّ مجال كان، هو خلق ثقافة للمنافسة، لأنّ ذلك يعني في الكثير من الأحيان ثورة على الدهنيات الموجودة، وأنّه لضمان وتأمين وجود منافسة حقيقية - وهو الدّور المنوط بالنّظام حاليًا - لا يكفي فقط أن نحرّر الاقتصاد، إذ إنّ أكثر ما نخشاه في هذا الخصوص، أن تظلّ الحماية القانونية المتوقّرة نسبيًا على صعيد الممارسة ترقّي حرّية الإدارة في التعاقد وتجعل منها الأصل،



في حين تبقى حرية المنافسة هي الاستثناء، وذلك على عكس المبادئ والغايات القائمة على مستوى الخطاب القانوني، والتي من مظاهرها حالياً تصادم توجهين متعاكسين؛ توجّه يلوّح ببعض إرهابات الارتقاء بالحماية القانونية والقضائية لممارسة هذا الحق (حرية التنافس) خلال إبرام الصفقات العمومية، وتوجّه ثان مرتبط بالعوامل (النظرية والواقعية) الحائلة دون الممارسة الفعلية والتجسيد الفعلي لهذه القيمة، والتي حاولنا الوقوف من خلال هذه المحاولة على بعضها.

وكخلاصة لكل ما سبق ذكره، يمكننا الجزم، أنّ أهم تحدّ تواجهه البلاد حالياً، هو مسألة التوفيق وتحقيق التوازن بين تفعيل المنافسة وتحرير السوق من جهة، وتدخّل الدولة لحماية اقتصادياتها من جهة أخرى، وأنّه لا يمكنها ترك هذه الأخيرة لقانون الأقوى والتخلي عن دورها كحارس للمصالح العامة، وبالتوازي الحاجة إلى إرساء قواعد أصيلة قد لا توجد بالضرورة في تجارب الاقتصاد الحرّ الحالية.

قائمة المصادر والمراجع

- الدستور الجزائري. (٢٠١٦/٠٣/٠٦).
- القانون ٠٣/٠٣ المتعلق بالمنافسة والأسعار. (٢٠٠٣). الجزائر.
- القانون المتعلق بحرية المنافسة والأسعار. (١٩٨٦/١٢/٠١). فرنسا.
- المرسوم الرئاسي الجزائري رقم ١٥ - ٢٤٧ (الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة) .
- المرسوم الرئاسي رقم ١٠-٢٣٦ (الصفقات العمومية).
- قرار مجلس الدولة. (١٩٩٠). دراسات وملفات مجلس الدولة EDCS، ص١٢٧.
- قرار مجلس المنافسة رقم ٧٩/d/٠٤. (٢٠٠٤/١٢/٢٣). الجريدة الرسمية لمجلس المنافسة.
- قرار مجلس المنافسة رقم ٢٧/D/٠٣. (٢٠٠٣/٠٦/٠٤). الجريدة الرسمية لمجلس المنافسة.
- قرار حول كفاءات الاقتصاد من المشاركة في الصفقات العمومية. (٢٨ مارس ٢٠١١).



عبد المجيد تبون، الوزير الأول السابق (رئيس الجمهورية الحالي). (٢٠١٨). عرض مخطط وبرنامج الحكومة أمام البرلمان.

تقرير المديرية العامة لضبط وتنظيم الأنشطة الاقتصادية بوزارة التجارة. (٢٠١٧/٠٥/١٨). ملتقى التحسيس حول المنافسة" المنظم من طرف وزارة التجارة بالتعاون مع مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED).

الجيلالي أمزيد. (٢٠٠٨). الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة. سلسلة "مؤلفات وأعمال جامعية"، العدد ٧٩ ص ٢٥، ١٢٠ و ١٤٢. منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. المغرب. بارثيلمي ميركادال، باتريس ماكبيرون. (١٩٩٨). قانون الأعمال في فرنسا. دار فرانسيس لوفابر للنشر، ص ٤٦١. باريس، فرنسا.

بزعيش بويكر. (٢٣-٢٤ ماي ٢٠٠٧). خصوصية إجراءات الطعن في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، ص ٣١٦. ملتقى حول السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي. جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

رضا جنح. (٢٠٠٤). القانون الإداري، ص ٢٤٣. مركز النشر الجامعي، تونس.

زعيمية رشيد. سلطات الضبط المستقلة، ص ٨٠. دار هومه للنشر، الجزائر، الجزائر.

سمية عبد الصدوق (رئيسة مجلس الدولة). (٢٠١٦/١١). يوم دراسي حول ضرورة الاهتمام والاستفادة من التجربة الفرنسية في مجال حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية. مقر المحكمة العليا، الجزائر، الجزائر.

عمار بوضياف. (٢٠٢٠). شرح تنظيم قانون الصفقات العمومية، دار جسور. الجزائر.

عمار بوضياف. (٢٠٠٢). الوجيز في القانون الإداري، ص ١٥٦. دار يحانة. الجزائر.

فيفيان ميشال. (١٩٩٥). نظرية التمييز بين الانتصاف والتقاضى الإداري التعاقدية، ص ٣٠٢. جامعة ليل



ك.برغال. (٢٠٠١/١١/٠٨). خلاصة مجلس الدولة، تحليل تطور القانون الإداري RFDA، ص ١١٦. رواندا.

ليلى بوكيجل. دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة. الملتقى الوطني حول "حرية المنافسة في القانون الجزائري". جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، عنابة.

محمد الأعرج. (٢٠٠٥/٠١/١٣). القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد واختصاص قضاء الإلغاء. *المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية*، عدد ٦٥ ص ١٤٧. المغرب.

محمد عبد اللطيف. (أكتوبر ٢٠٠٥). الدستور والمنافسة. *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية*، العدد ٣٨ ص ١١٢. جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر.

محمد الصغير بعلي. (٢٠٠٥). العقود الإدارية، ص ١٧. *دار العلوم للنشر*. عنابة، الجزائر.

محمد الشريف كتو. قانون المنافسة والممارسات التجارية، ص ٣٩. *منشورات بغدادي للطباعة*. الرويبة، الجزائر.

Bibliography

The Algerian constitution. (06/2016).

Law 03/03 on Competition and Prices. (2003). Algeria.

Law on Freedom of Competition and Prices (12/01/1986). France.

Algerian Presidential Decree No. 15-247 (Public procurement and utilities authorizations).

Presidential Decree No. 10-236 (Public Procurement).

State Council Decision. (1990). EDCS State Council Studies and Files, p.127.

Competition Council Decision No. 04 / d / 79. (December 23, 2004). Official Gazette of the Competition Board.



Competition Council Decision No. 03 / D / 27. (06/04/2003). Official Gazette of the Competition Board.

Decision about the means of the economy to participate in public deals. (March 28, 2011).

Abdel Majid Tebboune former Prime Minister (the current President of the Algerian Republic). (2018). Presenting the plan and program of the government to Parliament.

Report of the General Directorate for Controlling and Regulating Economic Activities at the Ministry of Commerce (05/18/2017). The "Awareness of Competition" forum organized by the Ministry of Trade in cooperation with the United Nations Conference on Trade and Development (CNUCED).

Al-Jilali Emzid. (2008). Legal and judicial protection of competition in state deals. Series "*Publications and University Works*", No. 79, pp. 25, 120 and 142. *Publications of the Moroccan Journal of Local Administration and Development*. Morocco.

Barthelme Mercadal, Patrice Maciron. (1998). Business law in France. *Francis Lefebvre Publishing*, p. 461. Paris, France.

Bazaeesh Boubaker. (23-24 May 2007). Privacy of Appeal Procedures for Decisions Issued by Independent Administrative Authorities, p. 316. *Forum on Independent Administrative Authorities in the Economic and Financial Field*. Abdel Rahman Meera University, Bejaia.

K. Berghal. (11/8/2001). State Council Abstract. *RFDA*, p.116. Rwanda.



Leila Boukehal. The role of the administrative judiciary in protecting the principle of freedom of competition. National Forum on "*Freedom of Competition in Algerian Law*". Badji Mokhtar University, Faculty of Law, Annaba.

Mohammed Abdullateif. (October 2005). The constitution and competition. *Journal of Legal and Economic Research*, Issue 38, p. 112. Mansoura University, Faculty of Law, Egypt.

Muhammad Al-Araj. (01/13/2005). Administrative decisions separate from the contract and jurisdiction of the annulment judiciary. *Moroccan Journal of Local Administration and Development*, No. 65, p. 147. Morocco.

Muhammad al-Soghair Ali. (2005). Administrative Contracts, p. 17. *Science House Publishing*. Annaba, Algeria.

Muhammad Sharif Kto. Competition Law and Commercial Practices, p. 39. *Baghdadi publications*. Rouiba, Algeria.

Rasheed chieftain. Independent Control Powers, p. 80. *Huma Publishing House*, Algiers, Algeria.

Reda Junaih. (2004). Administrative Law, p. 243. University Publishing Center. Tunisia.

Sumaya Abd al-Saduq (President of the State Council) (11/2016). A study day on the necessity to pay attention and to benefit from the French experience in resolving disputes related to public procurement. *The seat of the Supreme Court*, Algiers, Algeria.