

ميدان الحقوق
تخصص قانون الأعمال



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي
بعنوان

التحقيق في الاتفاقات التوافقية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية

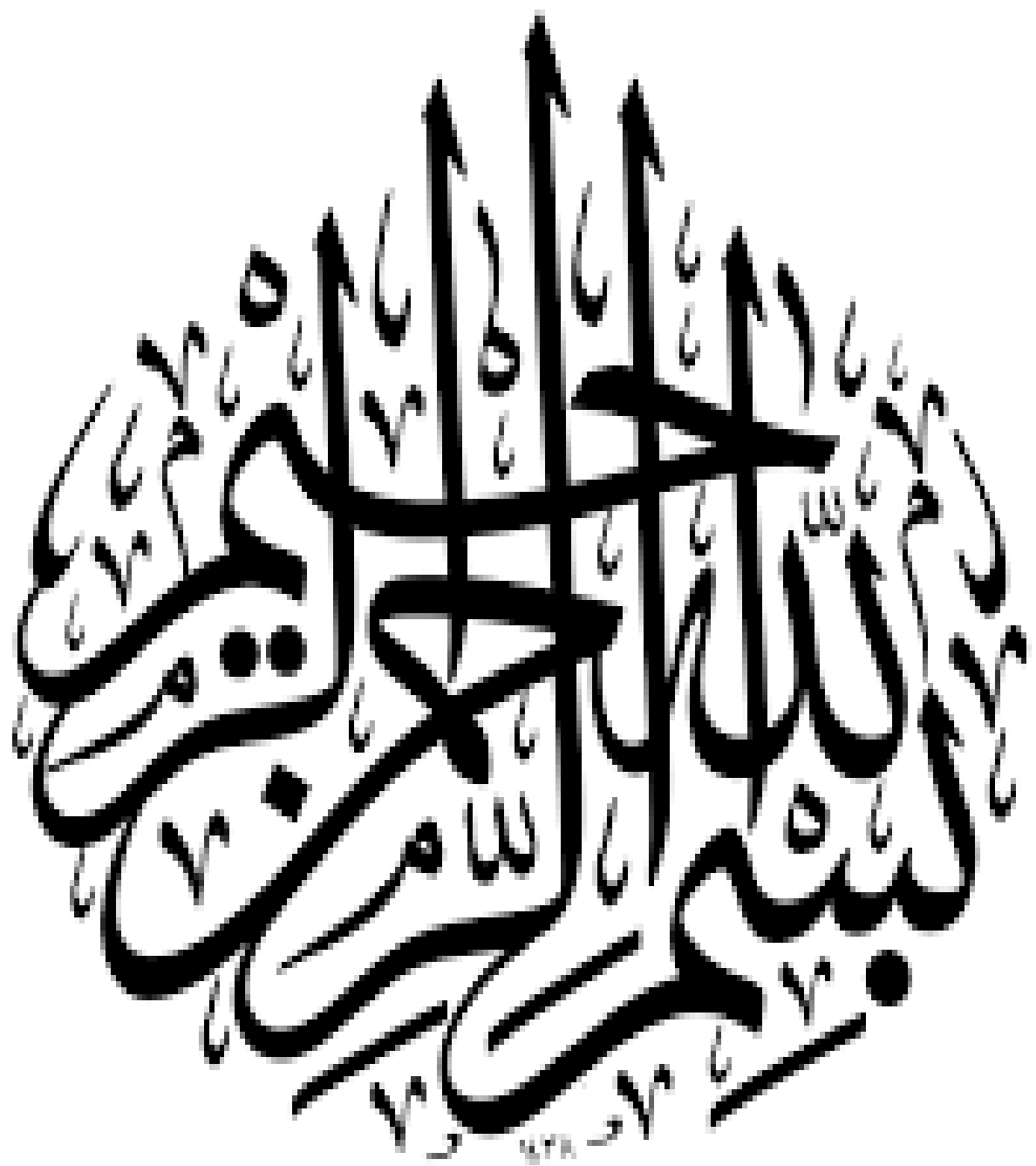
إشراف الأستاذ
د. عجابي إلياس

إعداد الطالب:
حويشي توفيق

لجنة المناقشة

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
1	د. الوافي السعيد	أستاذ محاضراً	المسيلة	رئيساً
2	د. عجابي إلياس	أستاذ محاضر	المسيلة	مشرفاً ومقرراً
3	د. لجلط فواز	أستاذ محاضر	المسيلة	ممتحناً

السنة الجامعية: 2022/2021



شكر وعرافان

أقدم بجزيل الشكر والعرافان بالجميل للأستاذ الفاضل

الدكتور "عجايي إلياس"

الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذا العمل المتواضع،

وبما قدمه لي من نصائح وتوجيهات قيمة طيلة مشوار البحث والإنجاز.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى السادة الأساتذة الكرام في تخصص قانون الأعمال

على مجهوداتهم المبذولة طيلة فترة التكوين الأكاديمي، كل باسمه،

خاصة الأستاذ الدكتور "صغير بيرم عبد المجيد"

على نصائحه التي لم يبخل بها طلبته وتفرغه الدائم لانشغالهم ومرافقتهم.

وإلى جميع موظفي وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية

وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور "خضري حمزة" عميد الكلية،

متمنيا لهم المزيد من التقدم والازدهار للرفق بالكلية والحفاظ على مكاتبا العلمية.

إهداء

نحمد الله عز وجل ونثني عليه على منتهى وكرمه في توفيقني لإنجاز هذا العمل

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأصبع عليهما وافر الصحة والعافية

إلى الزوجة الفاضلة وفلذات كبدي المعتز بالله جواد وأماني

إلى جميع الأصدقاء والأحباب

وكل زملاء العمل بمديرية التجارة

إلى كل زملاء الدراسة في تخصص قانون الأعمال دفعة 2022

وإلى كل منافس شريف، يدرك أن المنافسة الحرة الشريفة وإن قل ربحتها،

خير وأحب إلى الله من المنافسة الضارة وإن كثر ربحتها

إلى كل هؤلاء، أهدي عملي المتواضع

ملخص:

التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية

Investigation of collusive agreements between public bidders

يثار في كثير من الأحيان تساؤل حول جدوى قانون الصفقات العمومية في ضبط الطلب العمومي بشكل يضمن حقوق أطراف العلاقة بنحو يستجيب لمعطيات السوق الحقيقية، هذا التساؤل يعبر عن أحادية تستبعد الممارسات التي يفرزها السوق والتي تؤثر على جودة ومصداقية الطلب العمومي والتي لا يمكن رصدها إلا بإقران العلاقة بين قانوني الصفقات العمومية وقانون المنافسة.

فتظهر علاقة تكامل بين القانونين في تكريس المشرع الجزائري حماية الصفقات العمومية من مخاطر الممارسات المخلة بالمنافسة لاسيما منها تلك الاتفاقات التواطئية التي تنشأ بين المؤسسات لغرض الفوز بالصفقة بزيادة أسعارها وتقاسم أرباحها، حيث أن كشفها يؤدي إلى توقيع الجزاء القانوني الناشئ عن حظرها من طرف مجلس المنافسة بعد إخطاره من الأشخاص المؤهلة بذلك واستيفاء شروط هامة يجب مراعاتها عند رفع الإخطار، وهذا العبء يقع على المصالح المتعاقدة.

Raised the question many times about the feasibility of public contracts law in controlling public demand guarantees the rights of the parties to the relationship about respond te real marked data, this question reflects the single exclude practices which emerge from the market, which affected the quality and credibility of public demand which can not be monitired only associates the relationship between the public transaction law and competition law.

A complementary relationship between the two laws is evident in the Algerian legislature's dedication to protecting public transactions from the risks of anti-competitive practices especially those collusive agreements that arise between institutions for the purpose of winning the deal by increasing their prices and sharing their profits, As its disclosure leads to the signing of the legal sanction arising from its prohibition by the Competition Council after its notification of persons so qualified and fulfilling important conditions that must be observed when filing the notification, this burden falls on the contracting interests

الكلمات المفتاحية:

الصفقات العمومية، المنافسة، الأسواق التنافسية، الاتفاقات، المؤسسات، المصلحة المتعاقدة، المؤشرات، مجلس المنافسة.

تعتمد الإدارات والهيئات العمومية لتلبية حاجياتها من السوق على طلب عروض شراء على شكل صفقات عمومية، تطرح كمنافسة للحصول على أفضل عرض أو قيمة مالية، قصد توفير الموارد المالية للخزينة العمومية، وبالتالي حماية المال العام وضمان نجاعة الطلبات العمومية، وهذا هو هدف قانون الصفقات العمومية الذي جاء بقواعد هامة لإرساء نظام مشتريات يقوم على مبدأ المنافسة وتعزيزه بطريقة تضمن حرية المشاركة فيها بتقديم عروض من طرف كل مؤسسة راغبة في ذلك، وفي جو من الشفافية والمساواة، ضمانا لحرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

إن حرية الوصول إلى الطلبات العمومية تفسر صريح لمبدأ حرية التجارة والصناعة وممارسة الأنشطة التجارية بصفة عامة، والتي أقرها المشرع الجزائري عبر دساتير الدولة المتعاقبة منذ نهج سياسة الانفتاح الاقتصادي الذي عرفته الجزائر وكرسته في قانون الصفقات العمومية ومختلف القوانين الأخرى. فمبادئ المنافسة في الصفقات العمومية الذي جاء به التنظيم المتعلق بها تضمن حتما نجاعة الطلب العمومي، وإذا كان لتطبيق هذه المبادئ تأثيرا إيجابيا على حرية المؤسسات في الوصول إلى الصفقات العمومية، فإن سلوك هذه المؤسسات يعرقل الحرية التنافسية في المجال، فاللجوء إلى اتفاقات لتقاسم الأسواق ومناطق التمويل يوضح دون شك اختيار المؤسسات للسلوكيات البعيدة كليا عن الروح التنافسية، لهذا أدرج المشرع الجزائري الصفقات العمومية ضمن نطاق تطبيق قانون المنافسة، حيث يندرج هذا التطبيق ضمن الآليات التي تضمن النجاعة المطلوبة والتوفيق بين قانوني المنافسة والصفقات العمومية، فهدف قانون الصفقات العمومية هو حماية المال العام عن طريق حماية المتعاملين الاقتصاديين من الفساد الإداري والشروط التي لا تتسق وقواعد المنافسة النزيهة، وهدف قانون المنافسة هو حماية المصالح المتعاقدة من هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين.

إن مجالات الترابط بين القانونين يكمن في امتداد مفهوم السوق في قانون المنافسة إلى السوق الذي هو محل صفقة عمومية، مما يتيح الأفضلية لقانون الصفقات العمومية، فتضمن له حماية قانونية بأوجه متعددة في وجه الممارسات المقيدة له في هذه السوق، لكن من المؤسف كما أسلفنا، أن أسواق الصفقات العمومية لا تكون دائما تنافسية بشكل تلقائي، ففي أحيان كثيرة تظهر ممارسات التواطؤ والاتفاقات على تقاسم الصفقات العمومية على أنها أسلوب طبيعي من أساليب التجارة وإدارة الأعمال، فالاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض لها خطورة خاصة، من حيث أنها تخدع المصالح المتعاقدة حول حقيقة المنافسة بينهم، وبالتالي تضر المشتريين العموميين من خلال زيادة أسعار السلع والخدمات وحتى الانتقاص من الجودة والحد من العروض الجادة.

من ناحية أخرى، قام المشرع الجزائري بتعديلات متتالية لقانوني المنافسة والصفقات العمومية، وهو ما يعكس فهمه لنمو الممارسات المنتهجة وحركية وتطور الأسواق، ففي إطار الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية منح المشرع الجزائري للمصالح المتعاقدة وعلى الخصوص لجنة فتح الأظرفة وتقييم

العروض سلطة كاملة لإقتراح رفض القبول إذا رأت أنه يحتوي على أسعار مخفضة أو مرتفعة طبقا لقانون الصفقات العمومية، مما يحيل بدوره إلى تطبيق أحكام قانون المنافسة في هذا المجال، حيث يقع على عاتقها مراقبة ومعاقبة مدى التزام مقدمي العروض بالحرية التنافسية أو ممارساتهم المنافية للمنافسة خاصة الاتفاقات التواطئية للفوز بالصفقة المتنافس عنها، وعليها أيضا التعمق في فهم عواقب ممارسات التواطؤ التي يجعل لردعها أهمية قصوى بالنسبة للدولة من أجل إنفاذ قانون المنافسة.

إن كشف الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية ليس بالأمر السهل، نظرا للصعوبات المحاطة بنشوتها والمتعلقة بإثباتها، خاصة تلك الأعمال المدبرة منها والمتضمنة اتفاقات ضمنية يجعل من إثباتها أمرا عسيراً، لذلك يبدو مهما على المصالح المتعاقدة الإلمام تماما بكامل المسائل المرتبطة بالمنافسة التي تؤثر على الصفقة المراد إبرامها قصد حمايتها، وإن تم اكتشاف اتفاقات ما، يجب عليها العمل على إخطار مجلس المنافسة بصفته السلطة الضابطة للسوق وحمي المنافسة في كل الأسواق.

تظهر أهمية الدراسة التي قمنا بها في مدى تدخل قانون المنافسة في الصفقات العمومية وإجراءاتها والتي نبين من خلالها تدخله فيما يخص الممارسات المقيدة للمنافسة فيها والطرق الكفيلة بتدخله، قصد تكريس التكامل المطلوب بين قانوني المنافسة والصفقات العمومية الذي يكفل إنجاز الصفقات العمومية في ظل منافسة حرة ونزيهة، وتأتي أهمية الدراسة أيضا للوقوف والإحاطة بمجموع العوائق التي تحول دون إخطار مجلس المنافسة بهذه الممارسات.

فنصوب من خلال دراستنا لهذا الموضوع لنتبين التحديات التي تواجه المصالح المتعاقدة ولجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في رصد ممارسات المتعاملين الاقتصاديين التي تمس بألية وعمل وسير المنافسة في سوق الطلبات العمومية، وطرق مكافحتها والربط بين المصالح المتعاقدة وعمل مجلس المنافسة الذي يجب أن يعلم بكل ممارسة من شأنها تحييد منافع المنافسة، وكذا سير مجرى التحقيق وطرق الكشف عن مؤشرات الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض وكيفيات إخطار مجلس المنافسة، لكون محاربة هذه السلوكيات والاتفاقات أمر ضروري من خلال تدخل قانون المنافسة في ذلك وتكليف مجلس المنافسة بهذه المهمة.

وعن العامل الذاتي لاختيار الموضوع فهو يتعلق بالجانب المهني الشخصي المتعلق بميدان المنافسة، وهذا قصد تجديد المعارف والتكوين الذاتي المطلوب الذي تصبو إليه كلية الحقوق والعلوم السياسية وجامعة المسيلة من خلال سياسة انفتاحها على محيطها الاجتماعي والاقتصادي، لتكون دراستنا ثمرة هذا التكوين الأكاديمي.

أما عن الجانب الموضوعي، فهو يرتبط بحدثة موضوع المنافسة في الصفقات العمومية، وإدراكنا أن حماية المنافسة في الطلب العمومي من جانب حماية المصالح المتعاقدة لا تقوم إلا بالكشف عن مؤشرات التواطؤ فيها ومنابتها وخطورة تلك الممارسات على النفقات العمومية والمال العام.

إن خطورة الاتفاقات التواطئية وصعوبة البحث عن مؤشرات جعلتنا نبحت عن دراسات سابقة حول موضوعنا والإشكالات المطروحة فيه، وما وجدناه من دراسات سابقة لا يفي بموضوعنا، فقد اهتمت بعضها بصفة عامة بدراسة الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة غير أنها لم تهتم بمجال الصفقات العمومية، والبعض الآخر من الدراسات اقتصر على جانب مبادئ المنافسة وإجراءات الصفقات العمومية ورقابتها وعلاقتها بمبدأ المنافسة ومدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية أو بالأحرى على المرافق العمومية، وبذلك لم تتطرق إلى فكرة الاتفاقات التواطئية في الصفقات العمومية ماعدا دراسة واحدة تتشابه نوعا ما من هذا الجانب معنا، متمثلة في أطروحة دكتوراه للطالب رقراقي محمد زكرياء، معنونة بـ "الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي-" من جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، والذي أسهم فيها بالتعريف بكل الممارسات المقيدة للمنافسة بطرح إشكال حول مدى اعتبار القواعد والآليات المقررة وفقا للتشريع الجزائري كفيلة بحماية سوق الصفقات العمومية من الممارسات المنافية لتنافسياتها مقارنة بالتشريع الفرنسي، وكانت من نتائج هذه الدراسة عجز مجلس المنافسة عن تأدية مهامه على الوجه المرجو منه نظرا لغياب ثقافة المنافسة بالنسبة للمؤسسات ومختلف الفاعلين الاقتصاديين وحتى بالنسبة للأشخاص المعنية بإخطار مجلس المنافسة في حالة معاينتها لممارسات منافية للمنافسة، غير أن هذه الدراسة لم تتعمق في التحقيق المتبع لكشف الممارسات المعنية، وهذه هي إضافتنا في هذه الدراسة.

إن سعي المشرع الجزائري إلى تكريس مبادئ تحكم المنافسة في الصفقات العمومية قصد ضمان فعاليتها يستلزم بالمقابل مواجهة الاتفاقات بين مقدمي العروض من طرف مجلس المنافسة عن طريق إخطاره من طرف المصالح المتعاقدة، ورغم الانتشار الكبير لظاهرة الاتفاقات التواطئية، وبالبحث عن قرارات لمجلس المنافسة، إلا أننا لم نعثر إلا على قرار واحد يعالج الموضوع منذ إعادة تفعيل مجلس المنافسة سنة 2013، إن لم نقل منذ إنشائه، مما طرح علينا إشكالية عدم إخطار المصالح المتعاقدة عن وجود مثل هذه الممارسات بصفقتها المسؤولة عن كشفها.

وعلى هذا الأساس، يمكن طرح الإشكالية التالية:

ماهي العوامل المساعدة على تفشي الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية؟ وما سبب عدم إخطار مجلس المنافسة بالممارسات المرصودة؟

ففي محاولة مسبقة منا، وضعنا فرضيتين للإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة المراد معالجتها:

1. عدم إمام المصالح المتعاقدة بقانون المنافسة، وبالتالي عدم الإلمام بالاتفاقات التواطئية.

2. صعوبة الكشف عن الاتفاقات التواطئية من طرف المصالح المتعاقدة.

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي الغالب في الدراسات القانونية، من خلال تحليلنا لبعض النصوص القانونية والتعليق عليها، وكذلك تحليل قرارات لمجلس المنافسة واستنباط أهم مؤشرات الاتفاقات التواطئية، كما استعنا بالمنهج الوصفي قصد التعريف بالموضوع وجوانبه.

حيث قسمنا دراستنا إلى فصلين رئيسيين، اعتمدنا الأول كجانب نظري للمنافسة في سوق الصفقات العمومية مقسم إلى مبحثين، الأول آليات تطبيق المنافسة في الصفقات العمومية، فكان لزاما علينا التطرق إلى القواعد والمبادئ العامة للمنافسة في الصفقات العمومية (المطلب الأول) بأهميتها وأهدافها ومجال وآليات تطبيقها على الصفقات العمومية، ثم ارتأينا أن نعرض إلى قانون المنافسة وتطبيقاته في الصفقات العمومية (المطلب الثاني) بذكر أهميته وأهدافه ومجال وآليات تطبيقه على الصفقات العمومية. وعن المبحث الثاني، فقد تطرقنا فيه للاتفاقات المقيدة للمنافسة في سوق الصفقات العمومية، وذلك بالبحث عن ماهية الاتفاقات غير المشروعة (المطلب الأول) بتعريفها وشروط حظرها وتطبيقاتها، ولأن الأسواق التنافسية تختلف باختلاف السلع والخدمات تطرقنا إلى تحديد هذه السوق التنافسية (المطلب الثاني) بالبحث عن ماهيتها وتصنيفاتها القانونية ومدى تأثير سوق الصفقات العمومية بالاتفاقات المحظورة.

أما عن الفصل الثاني، فاعتبرناه فصل عملي تطبيقي للدراسة بالبحث عن آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض، فكان المبحث الأول منه تحليلا للاتفاقات التواطئية ومؤثراتها، حاولنا فيه تبيان ممارسة هذه الاتفاقات والعوامل المساعدة عليها (المطلب الأول) ودور المصالح المتعاقدة ولجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بصورها، وكل هذا عن طريق آليات لكشفها وإثباتها (المطلب الثاني) مذكرين بدور المصالح المتعاقدة في ذلك عن طريق تحليل بعض المؤشرات التي تساعدها في كشفها وإثباتها وبعض الآليات لتقليل مخاطر الاتفاقات التواطئية.

حيث أن كشف وإثبات هذه الممارسات شرط إلزامي لمتابعة المخالفين، جننا بالمبحث الثاني بسرد آليات وإجراءات إجراءات التحقيق في الاتفاقات التواطئية، بدءا بالتحقيق وإخطار مجلس المنافسة بالمؤشرات المرصودة (المطلب الأول) بذكر الأشخاص المؤهلين بالتحقيق والتحري وكذا إخطار مجلس المنافسة وشروطه، ولأن هذا الإخطار تتبعه إجراءات تحقيق أخرى أمام مجلس المنافسة كان لنا أن نبين سير هذه الإجراءات (المطلب الثاني) بدءا بالتحقيق ومرورا بسير الجلسات وصولا إلى قرارات مجلس المنافسة.

بعدها كانت خاتمة بحثنا عبارة عن حوصلة عامة لموضوع دراستنا التي كانت بعرض نتائجها وبعض الاقتراحات التي نراها ملائمة للتقليل من الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية.

الفصل الأول

المنافسة في سوق الصفقات العمومية

تمهيد:

نبحث في هذا الفصل جدوى قانون الصفقات العمومية في ضبط الطلب العمومي بشكل يضمن حقوق أطراف العلاقة الفاعلة فيه من المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين بنحو يستجيب لمعطيات السوق الحقيقية ويضمن حقوق مقدمي العروض في تقديم عطاءاتهم بكل حرية ومساواة وشفافية وفقا لقاعدة حرية التجارة والصناعة المكرسة دستوريا والمكفولة بموجب قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

غير أن هناك ممارسات يفرزها سوق الطلبات العمومية، تؤثر على جودة ومصداقية الطلب العمومي والتي لا يمكن رصدها إلا بإقران العلاقة التكاملية بين قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة، على اعتبار أن عقود الصفقات العمومية يمكن أن تتركز فيها ممارسات تضر بحرية المنافسة نظرا للقيم المالية المتمثلة في العقد، كأن يكون محطا لاتفاقات تهدف إلى تقاسم سوق الطلب العمومي.

حيث سنتطرق في المبحث الأول عن آليات تطبيق المنافسة في سوق الصفقات العمومية معرفين بقواعد المنافسة وأهدافها وعلاقتها بالصفقات العمومية (المطلب الأول)، ويقانون المنافسة وأهدافه وأهميته ومجال تطبيقه وآليات ذلك (المطلب الثاني)، ثم نركز في المبحث الثاني على الاتفاقات التوافقية في الصفقات العمومية بالبحث عن ماهية الاتفاقات المقيدة للمنافسة وشروطها وتطبيقاتها (المطلب الأول) ثم نبين مفاهيم السوق التنافسية وتصنيفاتها ومدى اعتبار الطلبات العمومية سوقا وتأثرها بالاتفاقات التوافقية (المطلب الثاني).

المبحث الأول: آليات تطبيق المنافسة في سوق الصفقات العمومية

إذا كان تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المقيدة للمنافسة في قطاعات الإنتاج والتوزيع والخدمات يعد أمرا طبيعيا ومنطقيا لتأثير هذه الممارسات على قانون العرض والطلب في السوق، فإن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية يحتاج إلى توضيح وتدقيق لما يثيره من مفاهيم، حيث فرقنا بداية بين مصطلح القواعد والمبادئ العامة للمنافسة وأثرها على الحرية التنافسية، وبين قانون المنافسة الذي يضبط ويحدد هذه الحرية التنافسية وعلاقتها بقانون الصفقات العمومية.

المطلب الأول: قواعد المنافسة والصفقات العمومية

إن الغرض العام من الصفقات العمومية هو التسيير الجيد للأموال العمومية بهدف الحصول على أقل عرض مالي بأعلى جودة للسلع والخدمات المطلوبة، وهنا تدخلت المنافسة لغرض حرية تقديم العروض بمشاركة واسعة للمتعاملين الاقتصاديين الراغبين في نيل الصفقة، بقواعدها المحددة لإبرام الصفقات العمومية، يسودها جو من الشفافية والمساواة والحرية للوصول إلى الطلبات العمومية، وهذا كله عن طريق آليات لإعلام المتدخلين في السوق المعني بالدعوى إلى المنافسة باحترام الهيئات والمؤسسات طالبة العروض لجملة من شروط المنافسة النزهاء.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

الفرع الأول: أهمية وأهداف قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

عرفت المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾ على أن الصفقات العمومية "عقود مكتوبة طبقا للتشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات".

حيث تبرم الصفقات العمومية وفق مبادئ وقواعد تعتبر أساسية للمنافسة في هذا المجال، فقد جاء ذكرها بمصطلح "مبدأ" في المرسوم المذكور بالمادة 05 منه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"⁽²⁾، وكذلك المادة 09 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية"⁽³⁾، والمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تفويضات المرفق العام "يجب أن يتم تفويض المرفق العام في احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف على ضمان معايير الجودة النجاعة في الخدمة العمومية"⁽⁴⁾. كما يقصد "بمبدأ المنافسة الحرة" السماح لعدة متعاملين اقتصاديين من ممارسة نفس النشاط الاقتصادي والاستمرار فيه دون قيود، أو بمعنى آخر، حرية ممارسة النشاط الاقتصادي شرط احترام متطلبات القانون التجاري وقوانين الضبط الاقتصادي⁽⁵⁾، فقاعدة حرية المنافسة تقتضي أن لكل عون اقتصادي الحق في ممارسة النشاطات التجارية داخل الأسواق.⁽⁶⁾

وبذلك، يعترف المشرع الجزائري لكل من حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات على أنها مبادئ أساسية لإبرام الصفقات العمومية، فهي تمثل شروط وقواعد للمنافسة الحرة والنزيهة في مجال الصفقات العمومية.

أولاً- حرية الوصول للطلبات العمومية:

يندرج مبدأ الوصول للطلبات العمومية تحت مبدأ عام، وهو مبدأ حرية التجارة والصناعة والاستثمار الذي كرسه الدستور⁽⁷⁾ للتخفيف من حدة الأزمات الاقتصادية والتصحيح الاقتصادي الذي عرفته الجزائر، مما يتيح للمصلحة المتعاقدة استقطاب أكبر قدر من المتنافسين عبر فتح المجال أمام جميع العارضين، وبالتالي اختيار المتعامل الأفضل والكفاء، فهو يعني إعطاء الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط الطلب

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

² المرجع نفسه.
³ القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم 48 المؤرخة في 05 أوت 2018.

⁵ محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 100.

⁶ سامي بن حملة، قانون المنافسة، منشورات نوميديا، قسنطينة، 2016، ص 17.

⁷ المادة 61 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

العمومي ليتقدم بعرضه للطالب العمومي، بالتوفيق مع سلطة الإدارة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس المصلحة العامة،⁽¹⁾ كما تعني أيضا أنه بإمكان أي متعامل اقتصادي تتوفر فيه الشروط المطلوبة المعلن عنها في إجراءات الصفقة ومن حقه التنافس من أجل الظفر بها.⁽²⁾ غير أن سلطة الإدارة مقيدة باحترام عروض جميع المتدخلين ولا يمكنها اقصاء أي عارض أو منعه من المشاركة إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عنها، وهو ما يضمن للعارضين شفافية في تعاملات الإدارة تدعيما لحرية المنافسة، فلا يكون التعاقد حكرا على متعامل أو متعاملين محددين بذواتهم، ومن حق كل المتعاملين الاقتصاديين الوصول للطلب العموميين وبذلك تم توسيع وفتح مجال الاستثمار العمومي.⁽³⁾

ثانيا- مبدأ المساواة بين المترشحين

المساواة في مجال الصفقات العمومية هي المساواة في معاملة المترشحين، وهو يعني ألا تتطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي، وبالتالي فهو يعد ضمانا للمنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية، كما يسعى لمعاملة المتعاملين المترشحين معاملة واحدة، بحيث تقوم الإدارة بإعمال مبدأ المساواة فيما بين جميع العارضين، فتكون الأفضلية بينهم على أسس الكفاءة الفنية والمقدرة المالية، مع عدم منح امتيازات أو وضع عقبات أمام بعض المتقدمين للمناقصة.

وعليه، يتعين على المصلحة المتعاقدة معالجة ودراسة ملفات المتعهدين بصفة مماثلة وفق نفس الإجراءات والأشكال والشروط، ومهما كانت أهميتهم الاقتصادية، لذلك فإن اختيارها يجب أن يكون وفق معايير موضوعية محددة مسبقا وبدقة.

ثالثا- مبدأ الشفافية في الإجراءات

يسمح مبدأ الشفافية بممارسة الرقابة بفعالية في مجال الصفقات العمومية على مستوى جميع مراحل إجراءات الصفقة، كما أن الشفافية تعتبر من أهم آليات الحكم الراشد، أين تظهر الأهمية لعلم المتنافسين المحتملين بكل المسائل عن طريق الإعلام والإشهار بإخطار المصالح المتعاقدة للمتعاملين الاقتصاديين رغبتها في التعاقد، كما تطلعهم على الفائز في الصفقة المتنافس عليها وإمكانية حقهم في الطعن.⁽⁴⁾ ولهذا، يمكن أن يكون انعدام مبدأ الشفافية مؤشرا على وجود ممارسات غير مشروعة.

فالشفافية في الصفقات العمومية هي تمكين مقدمي العروض من التأكد من أن عملية اختيار المتعاقد قد جرت من خلال وسائل واضحة، يمكن للإدارة من خلالها استعادة ثقة المتعاملين معها من خلال عدم التخصيص والتفضيل والتمييز بين المتعاملين، وهذا كله تدعيما لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المهتمين بموضوع ومجال الصفقة.

¹ - حمامة دوح، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 122.

² - النوي خوشي، الصفقات العمومية-دراسة تحليلية ونقدية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 25.

³ - نادية ظريفي، توسيع مجال الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إبرام الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي والتكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بجماعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، يوم 23 فيفري 2016، ص 06.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، ط 5، القسم الأول، الجزائر، 2017، ص 85.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

نستنتج أنه وللوصول إلى النجاعة المطلوبة من الصفقات العمومية، لا بد من اجتماع واتحاد المبادئ الثلاث الأساسية في كتلة واحدة وغير مجزئة أو منفصلة، وهي حرية الوصول للطلبات العمومية، الشفافية والمساواة.

الفرع الثاني: مجال تطبيق قواعد المنافسة على الصفقات العمومية

تبدأ إجراءات الصفقات العمومية بمرحلة تحضيرية لها قبل الإعلان، بحيث تلتزم فيها الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بتكريس مبدأ المنافسة الحرة عند تحديد الحاجات وكذا احترامها عند مرحلة إعداد دفاتر الشروط،⁽¹⁾ فمن خلال هاتين المرحلتين تتضح لنا النظرة الزمنية لمجال تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية وتكتشف لنا الوحدة الوظيفية المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية.

أولاً- قواعد المنافسة في مرحلة تحديد الحاجات

تعد مرحلة تحديد الحاجات إحدى أهم المراحل لإبرام الصفقات العمومية وأكثرها تأثيراً على المنافسة، حيث يجب على المصالح المتعاقدة تحديد حاجاتها بصفة دقيقة على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها مسبقاً، فتكون مفصلة بشكل واضح، وفيما يتعلق بالمنتج يجب أن يوضح كل المقاييس والمعايير المرتبطة به دون توجيه الحاجات نحو منتج معين،⁽²⁾ فيقع على عاتق المصلحة المتعاقدة وجوباً تحديد حاجاتها التي تكشف إلزامية اتباع الإجراءات الشكلية لمنح الصفقة العمومية أو اتباع الإجراءات المكيفة.

فهذه المرحلة من المراحل الأساسية التي تسبق العملية التعاقدية، والتي تعتبر عمل تقني وإجرائي على أساسه تبرم الصفقة العمومية،⁽³⁾ وتتم بعدة خطوات وضوابط تتبّعها وتقوم بها المصالح المتعاقدة، خاصة ما تعلق منها بحصر الحاجات وإحصائها وتحليل المعطيات ثم تحديدها بصفة نهائية، فحصر الحاجات يأخذ بعين الاعتبار النتائج المسطرة ومختلف العوائق والصعوبات المحتملة ونوعية الأشغال، فيكون الحصر قبل التعبير عن الحاجات في دفتر الشروط الخاص بالصفقة، ثم تأتي مرحلة تحليل المعطيات بقيام المصلحة المتعاقدة بتحليل النتائج المتوصل إليها لتحديد الاختيارات التي يمكن أن تعتمد عليها في تلبية الحاجات المحصاة، لتصل في الأخير إلى ضبطها بدقة.

حيث نستنتج أن الهدف العام من هذه المرحلة يتمثل في حرية الوصول للطلبات العمومية قصد إنشاء منافسة واسعة.

¹ - أمنة مخانشة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، 2016-2017، ص 62.

² - والي عبد اللطيف، كمال بوبعاية، التزام الإدارة بإعمال مبدأ المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة العمومية، مداخلة مقدمة في إطار الندوة الوطنية بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، يوم 05 فيفري 2018، ص 03.

³ - عبد الوهاب دراج، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه في الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2020-2021، ص 46.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

ثانيا- قواعد المنافسة في مرحلة إعداد دفاتر الشروط

باعتبار أن الصفقة العمومية عقد من عقود الإذعان، فإن الإدارة تقوم قبل الإعلان عن المنافسة بإعداد دفتر شروط بالأحكام المتعلقة بالصفقة بإرادتها المنفردة وفقا لما يسمى بدفتر الشروط، والذي يعد بمثابة عقد ملزم للإدارة والمتعاقد في حالة منحه الصفقة.⁽¹⁾

وتحقيقا لمبدأ شفافية الإجراءات، تُضمّن المصلحة المتعاقدة شروط المشاركة في الطلب العمومي في دفتر الشروط،⁽²⁾ بحيث تدرج فيه مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة والوثائق المكونة لها، الشروط المطلوبة في المترشحين، الأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعامل وكيفية التقطيط بالنسبة للعرضين التقني والمالي، كما تقتضي دقة دفتر الشروط تحديد الخدمات أو السلع المطلوبة وجميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة.⁽³⁾

دفاتر الشروط تمثل الجانب الشكلي المهم في الصفقات العمومية، وتعتبر من التدابير الوقائية التي تحمي الصفقات العمومية من الجرائم الماسة بحرية المنافسة وهدر المال العام.⁽⁴⁾ وعليه، فقد أولى المشرع الجزائري لدفتر الشروط أهمية بالغة باعتباره أول حلقة من حلقات إبرام الصفقات العمومية، وصلاح هذه الحلقة ينتج عنه صلاح المراحل اللاحقة.

الفرع الثالث: آليات تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

في إطار التزام الإدارة بمعاملة متساوية لجميع المترشحين على أساس مبادئ المساواة وحرية الوصول للطلبات العمومية والشفافية، تسعى المصلحة المتعاقدة إلى تمكين جميع المترشحين من المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية، وذلك من خلال مجموعة من الإجراءات بدءا بالإشهار، مروراً بتمكين المترشحين من دفاتر الشروط والوثائق المتعلقة بالصفقة، وصولاً إلى إيداع العروض وأجلها ثم منح الصفقة.

أولاً- الإعلان

تعد العلانية العنصر الأساسي لقاعدة الشفافية، وهي أول خطوة في طريق الرقابة على فعالية الإدارة، بحيث تتوفر آليات العلانية في الصحافة والنشرات لإتاحة الفرصة للمتعهدين الاطلاع والمشاركة في الصفقات العمومية، أين يعتبر الإشهار الصحفي شكلا جوهريا تلتزم به الإدارة وبمراعاته في جميع أشكال المناقصات.⁽⁵⁾

فالإعلان هو إعلام ودعوة توجهها المصلحة المتعاقدة إلى الراغبين في التعاقد عن طريق المنافسة للفوز بالصفقة العمومية، وهذا التنافس يحتم على المصلحة المتعاقدة إعلام جميع المتنافسين والجمهور بكل الطرق والوسائل المتاحة لتُظهر رغبتها الفعلية في التعاقد للعلن، ومن ثمة يفتح المجال أمام الجميع وبنفس الحظوظ لتقديم عروضهم، ويمكنهم من خلال هذا الإعلام التعرف على المعلومات الكافية المتعلقة بالصفقة

¹- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 60.

²- أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

³- مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، نُوقِشت يوم 2015/12/17، ص 147.

⁴- عبد الوهاب دراج، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 60.

⁵- مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 141.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

وكذا حق الطعن، فقد جعله المشرع إجباريا تجسيدا لمبدأ العلانية والمساواة والشفافية بين المتنافسين،⁽¹⁾ وإجراء ضروري وملزم يجسد المجال الحقيقي للمنافسة الحرة، وبالتالي يعد أول آلية من آليات تطبيق المنافسة في الصفقات العمومية.⁽²⁾

حيث يجب أن يُنشر إعلان طلب العروض في جريدتين وطنيتين على الأقل، موزعة على المستوى الوطني، محرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر بصفة إلزامية في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.⁽³⁾

وما يلاحظ هو مواكبة المشرع الجزائري للتطور التكنولوجي بظهور وتطور شبكة الأنترنت، أين أدرج أحكام الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المواد من 203 إلى 206 بتأسيس البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، فاللجوء إلى الإعلان عن الصفقة يوسع من نطاق المنافسة من حيث المكان والأشخاص فلا تكون الصفقة حكرا على عدد محدد من المعارضين أو المناطق.

ثانيا - إيداع العروض

تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفقا لإجراء التراضي"، وعرف طلب العروض بالمادة 40 منه "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة مهتمين متنافسين مع تخصيص الصفقة للمعارض الذي يقدم أفضل عرض".
ففي تعريف طلب العروض نجد عناصر المنافسة متمثلة في: الدعوة إلى تقديم العروض، وجود متعهدين متنافسين واعتماد معيار أفضل عرض لإرساء الصفقة، حيث تلتزم المصالح المتعاقدة في إطار تجسيد مبدأ المنافسة بين المترشحين بضمان الوصول للطلبات العمومية من خلال إعطاء الحق لكل المتعاملين في الحصول على دفاتر الشروط والوثائق المتعلقة بالصفقة ووضعها تحت تصرفهم مع إمكانية إرسالها للمترشح الذي يطلبها،⁽⁴⁾ ويجب أن تتضمن هذه الوثائق على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، وعلى الراغبين بتقديم عروض أن يحرروا عروضهم حسب النموذج المحدد من طرف المصلحة المتعاقدة، ويقصد بتقديم العروض الكيفية التي يقدم بها المعارضون عروضهم، أين يقدم ملف الترشيح متضمنا العرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام، ويتم وضعها جميعا في ظرف مقفل يحمل عبارة "لا يفتح"، وهذا حفاظا على مبدأ سرية العطاءات التي يُجهل العلم بموضوعها بالنسبة للإدارة وبالنسبة للمتقدمين فيما بينهم حتى وقت فتحها من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

¹ - مبروك عبد النور، صفية سليمان، الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، مداخلة مقدمة في إطار الندوة الوطنية بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، يوم 05 فيفري 2018، ص 03.

² - أمنة مخانشة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 66.

³ - أنظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

⁴ - أنظر المادة 63 من المرجع نفسه.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

منعا لأي تحايلات تهدر مبدأ المنافسة والمساواة بين أصحاب العطاءات،⁽¹⁾ فهذه السرية تقطع الطريق أمام المصلحة المتعاقدة من أي تلاعب في العروض المقدمة أو تسريب محتوياتها.

أما عن العناصر التي تحدد على أساسها آجال تحضير العروض، فتكون إما على أساس طبيعة موضوع الصفقة في حد ذاتها ومدى تعقيدها، وإما على أساس المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات، وفي حالة إذا صادف آخر يوم لإيداع العروض يوم عطلة أو راحة قانونية، فإن مدة التحضير تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي.⁽²⁾

ثالثا - التقييم والمنح

بهذه الآلية تخاطب المصلحة المتعاقدة المرشحين الفعليين الذين ثبت فعلا دخولهم ووصولهم للمنافسة، فتكون في مواجهة فعلية بينهم، لذا وجب عليها المعاملة المتساوية بينهم، فتنص المادة 54 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها"، وفي نفس المنوال صبت المادة 78 منه "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبط بموضوع الصفقة وغير تمييزية".

وعليه، فإن الاختيار الفعلي للعرض الأفضل يتجسد من خلال معايير انتقاء العرض وتأهيل المترشحين ضمن إجراءات غير تمييزية، فيعتمد منح الصفقة على المعايير المحددة من طرف لجنة فتح الأظرفة التي تستند إلى مبدأ العلنية، أين يعتبر هذا المبدأ بمثابة تفعيل أكثر لمبدأ المساواة بين المترشحين، تمنح من خلالها الإدارة فرص متكافئة لهؤلاء لحضور جلسة الفتح وتضمن لهم منحهم وقت إضافي لاستكمال عروضهم بالوثائق اللازمة عوض رفضها بصفة نهائية تحرمهم من فرصة أكيدة لنيل الصفقة، خاصة إذا كان العرض المالي لهؤلاء هو الأفضل.

وتنتهي هذه المرحلة بالتحقق من مشروعية عملية منح الصفقة العمومية، وفي حالة المخالفة يمكن للمترشح المتأثره مصالحه الطعن في قرارات المنح المؤقت للصفقة العمومية، ويتم هذا التحقق عن طريق نشر بيانات معينة عن الإجراء الفعلي للمنح المؤقت للصفقة لتأكيد مشروعية العقد المبرم مع الفائز بها.

¹ - عبد الوهاب دراج، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 37
² - أنظر المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

المطلب الثاني: قانون المنافسة والصفقات العمومية

الفرع الأول: أهمية وأهداف قانون المنافسة

حددت المادة الأولى من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾ أهداف هذا الأمر على أنه "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسة مقيدة بالمنافسة ومراقبة التجميعات قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين". حيث نستخلص من هذه المادة تعريفاً لقانون المنافسة وأهدافه.

أولاً- تعريف قانون المنافسة:

يعرف قانون المنافسة على أنه مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية من السلطة العامة قصد تنظيم الحياة الاقتصادية بين المتعاملين الاقتصاديين في نفس السوق بغية الوصول إلى الزبائن. نظم المشرع الجزائري قانون المنافسة بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008،⁽²⁾ والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010،⁽³⁾ الذي حاول المشرع ضبط سلوكيات الأعوان الاقتصاديين داخل السوق من خلال حظر الممارسات التي من شأنها عرقلة سير المنافسة الحرة، كما تضمن أحكاماً تتعلق بالجوانب الهيكلية في تنظيم المنافسة من خلال إنشاء مجلس المنافسة باعتباره السلطة العليا الإدارية المخولة بضمان السير الحسن بالمنافسة وتشجيعها.

يستند قانون المنافسة عموماً على فكرة الحرية التنافسية التي يحاول المشرع تكريسها قانونياً من خلال أحكام تباعد بالنشاط الاقتصادي عن التقييد، حتى وإن كانت الحرية المطلقة لا يمكن إعمالها بالنظر إلى ما يمكن أن تخلقه من آثار على مستوى السوق قد تحد من غاية إقرارها، وعلى هذا الأساس يكيف المشرع هذه الأحكام مع خصوصيات بعض النشاطات والأوضاع التي قد لا تحقق المنافسة الحرة غاياتها النهائية.

ثانياً- أهداف وغايات قانون المنافسة

1- زيادة الفعالية الاقتصادية:

يهدف قانون المنافسة أساساً إلى شجيع المتنافسين على الإبداع وزيادة الإنتاج وتحسين جودته، لهذا يعمل على تحقيق التوزيع المثالي للموارد الاقتصادية بين المتعاملين الاقتصاديين وحماية المنافسة الحرة في حد ذاتها، مما يؤدي إلى حماية السوق باعتبارها مجال هذه المنافسة، وتستتبعها آليات حماية الأعوان الاقتصاديين المتنافسين داخل هذه السوق لاسيما من خلال تكريس مبدأ حرية الأسعار وحظر الممارسات المقيدة بالمنافسة المتضمنة في الفصل الثاني من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.⁽⁴⁾

¹- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003.

²- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 يعدل ويتم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 36 المؤرخة في 02 جويلية 2008.

³- القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

⁴- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 04-02، منشورات بغدادية، 2010، بدون طبعة، الجزائر، ص 11.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

وتتحقق الفعالية الاقتصادية عن طريق البحث الدائم عن فرص للتميز والتفوق للمنافسين، مما يترتب عليها زيادة الإنتاجية وتحسين القدرة التنافسية للمنتجين والتجار، مما يساعد على النمو الاقتصادي.⁽¹⁾

2- تحقيق رفاه المستهلك:

رفاه المستهلك غاية من غايات قانون المنافسة، حيث أن تأسيس قانون المنافسة على اعتبارات اقتصادية بحتة باعتماد المنافسة بواسطة الأسعار على حساب الجودة والنوعية يتعارض مع مصالح المستهلك، إذ قد يكون ضحية صراع المتعاملين الاقتصاديين واتفاقاتهم في رفع الأسعار وتوحيدها، من أجل هذا لجأ المشرع إلى تقنين المنافسة لكبح جموح السوق والمنافسة المتوحشة بين المتعاملين الاقتصاديين، فحماية المنافسة أو المتعاملين داخل السوق قد تشعب بالضرورة حماية المستهلك من خلال المنافسة وبما يؤدي إلى انسحاب الأعوان الأقل قدرة اقتصادية وبالتالي هيمنة الأعوان الاقتصاديين الأكثر قدرة على السوق، بما يستتبعه ذلك من معاودة ارتفاع الأسعار بشكل غير مبرر اقتصاديا.⁽²⁾

ثالثا- شروط المنافسة

يكرس قانون المنافسة جملة من شروط المنافسة الحرة والنزيهة، نذكر منها ما يأتي:

1. كثرة المتعاملين الاقتصاديين الذين ينتجون السلعة أو يعرضونها أو الذين يقدمون الخدمة، بحيث لا يستطيع أحد منهم أن يؤثر تأثيرا محسوسا على السوق لو انسحب منه أو تواجد فيه.
2. الشفافية: تتمثل في المعرفة الكاملة بكل الظروف السائدة في السوق بما يترتب عليه مقدرة كل شخص سواء كان مشتري أو بائع على معرفة الأثمان التي تعرض بها السلع في تلك السوق.
3. حرية الدخول والخروج من السوق: ويقصد بذلك أنه لا يوجد أي حاجز لدخول أو خروج أي من المتعاملين من قطاع معين، كما يستطيع أي متعامل أن يبيع وأن يشتري دون مانع قانوني أو إجرائي أو عدواني، إضافة إلى حرية المنتج في الدخول إلى ميدان إنتاج سلعة معينة أو الخروج من ذات الميدان وقت ما شاء.

الفرع الثاني: مجال تطبيق قانون المنافسة

أورد المشرع الجزائري مجال تطبيق قانون المنافسة بالمادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فهو يطبق على "نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها، والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.

الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة".⁽³⁾

حيث يتبين أن مجال تطبيق قانون المنافسة يتحدد بالاستناد إلى معيارين:

¹ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص 11.
² - المرجع نفسه، ص 12.
³ - المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

أولاً- من حيث النشاط الاقتصادي

يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة هنا بمجموعة النشاطات المذكورة بالمادة 02 أعلاه، والتي تمارسها المؤسسات في ساحة السوق التنافسية، حيث عرفت المادة 03 من الأمر 03-03 المؤسسة على أنها: "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته، يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد".

والمؤسسة كموضوع لقانون المنافسة هي الشخص الذي يقوم بنشاطات تجارية ومبادلات اقتصادية قد تخل بقواعد هذا القانون.

ويمكن للمؤسسة أن تكون شخصا طبيعيا أو معنويا، خاصة أو عامة، أو غير تجارية، ويمكن لها أن تكون جمعية، المهم أن تمارس نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد بصفة دائمة وأثناء ممارسة المؤسسة لنشاطات اقتصادية، تمنحها صفة "العارض" أو "الطالب" في سوق معينة،⁽¹⁾ وأن فكرة النشاط الاقتصادي التي أقرتها المادة 02 لا تعني بالضرورة أن يكون ثمة مقابل مالي للنشاط، وتكون العبرة في مدى تأثير النشاط على سوق السلعة أو الخدمة، بل أن مجال قانون المنافسة قد يمتد إلى جمعيات غير ربحية مثل النقابات والتعاونيات متى كان لنشاطها تأثير على سوق الخدمة أو السلعة.

ثانياً- من حيث الأشخاص

تطبيقا لمبدأ المساواة بين المؤسسات الذي كرسه المشرع الجزائري في قانون المنافسة، أكد اعتماده على المعيار الشخصي في مجال تطبيق قانون المنافسة ليشمل بذلك نوعين من الأشخاص: الأشخاص الخاضعة للقانون العام والأشخاص الخاضعة للقانون الخاص مادامت تمارس نشاطا اقتصاديا.

التاجر: عرفت المادة الأولى من القانون التجاري التاجر على أنه "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم ينص القانون بخلاف ذلك."⁽²⁾ ويعتبر تاجرا أيضا في مفهوم المادة 21 من القانون التجاري كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري، أي أن القيد في السجل التجاري يعد قرينة على تمتع الشخص المسجل بصفة التاجر وبالتالي اكتسابه لأهلية ممارسة التجارة.

الحرفي: تعرف المادة 10 من الأمر 96-01 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف⁽³⁾ الحرفي بأنه "كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطا تقليديا يثبت تأهिला ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤولية" أما النشاط التقليدي حسب المادة 05 من الأمر نفسه فهو "كل نشاط إنتاج أو إيداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليها الطابع اليدوي".⁽⁴⁾

¹- مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 06-12-2012، ص 15.

²- المادة الأولى من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

³- المادة 10 من الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج ر عدد 03 المؤرخة في 14 جانفي 1996.

⁴- المادة 05 من المرجع نفسه.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

الجمعية: حسب المادة 02 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات⁽¹⁾: "الجمعية هي تجميع لأشخاص طبيعيين أو / ومعنويين على أساس تعاقدية لمدة محدد أو غير محددة، كما أنهم يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع الاجتماعي والمهني والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص وتشجيعها".

المنظمات المهنية: على الرغم من تنوع أدوار وأهداف هذه المنظمات تبقى بشكل عام إحدى الوسائل التي توحد وجهات النظر وأسلوب التعامل المهني بما يخدم الصالح العام لمنتسبي المهنة الواحدة، ومن أمثلتها نجد اتحادات المنتجين لشتى القطاعات والشعب، ونقابات المحامين والأطباء والصيدال... الخ، وبالتالي فإن كل هذه الاتحادات المهنية أيا كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها فهي تخضع لقانون المنافسة.

ثالثا- خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

إضافة إلى النشاطات السابقة، فإن قانون الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة يطبق على الصفقات العمومية بدءا من نشره الإعلان عن الطلب العمومي إلى غاية المنح النهائي للصفقة، طبقا للمادة 02 منه⁽²⁾.

وعليه، فإن قانون المنافسة يدخل ضمن مجاله الصفقات العمومية للأسباب التالية:

- أنها مرتبطة بالمتعاملين الاقتصاديين؛
- من أجل ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام؛
- حماية المصالح المتعاقدة من المتعاملين معها عبر الممارسات التي يعهد إليها المتعاملون الاقتصاديون التي من شأنها التأثير في عملية اختيار العروض.

إن الصفقات العمومية هي عبارة عن عقود إدارية لها اتصال مباشر بالمرافق العامة للدولة، وهي تختلف بذلك عن العقود التي يبرمها الخواص، لأن الدولة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ولا يكون ذلك إلا من خلال المرافق العامة، والصفقة العمومية ليست إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرفق العام. فتظهر العلاقة بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية بالمادة 02 الفقرة الأخيرة من الأمر 03-03 المذكور أعلاه التي جاء فيها: "غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية".

وبملاحظة هذه الفقرة يتبادر إلينا استبعاد تطبيق الأمر المتعلق بالمنافسة ورقابة مجلس المنافسة من مجال الصفقات العمومية لكونها نشاطا إداريا للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام مرفق عام وممارسة السلطة العامة، ويخلو هذا النوع من الصبغة الاقتصادية⁽³⁾ فيتحدد الطابع الاقتصادي لأعمال المرفق العام على أساس الاستعمال النهائي لطلبات المصلحة المتعاقدة التي تكون موضوع الصفقة العمومية، إذا أعيد

¹ - المادة 02 من القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، ج ر عدد رقم 02 المؤرخة في 15 جانفي 2012.

² - عبد الوهاب دراج، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 41.

³ - محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، العدد 02، 2010 ص 92.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

عرض الطلبات على المستهلك لتحقيق أرباح تجارية يزول هنا امتياز السلطة العامة من المصلحة المتعاقدة وذلك بسبب الغرض التجاري الذي صاحب الصفقة العمومية، بوصف الشخص العام عون اقتصادي لا بوصفه سلطة عامة ويمارس تأثيرا مباشرا على العرض والطلب في السوق بواسطة قراراته وتصرفاته التي لا تتصل بالمرفق العام والسلطة العمومية. حيث أن الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة تكون موضوع إخطار ومتابعة مجلس المنافسة، وتتقسم هذه الممارسة ما بين نوعين، فهي إما ممارسات يرتكبها المتعاملون الاقتصاديون المتعاقدون أنفسهم وتؤدي بالمساس بمبادئ المنافسة، وإما ممارسات ترتكبها المصلحة المتعاقدة المنفصلة عن السلطة العامة والمتعلقة هنا بالأعمال الخاضعة لقانون المنافسة لاعتبارات ممارستها أنشطة اقتصادية ما دلت عليه المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المشار إليها سابقا، حيث يطبق قانون المنافسة على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما في ذلك التي يقوم بها أشخاص عموميون. (1)

وتظهر السلطة العامة في أن اختصاص مجلس المنافسة بمرحلة الإبرام دون مرحلتها الإعداد والتنفيذ يعود إلى أن هاتين المرحلتين تمتاز في الصفقات العمومية بإظهار الإدارة لسلطانها العامة، ولهذا فإن قانون المنافسة يستثنيها لظهور الإدارة بمظهر السلطة العامة.

كما يخرج عن إطار قانون المنافسة القرارات الإدارية التي يتخذها المرفق العام في إطار ممارسة السلطة العامة في التسيير، وتعتبر في هذه الحالة القرارات نشاطا إداريا، وبالتالي فإن الممارسات المخلة بحرية المنافسة في الصفقات العمومية تكون من اختصاص القاضي الإداري الذي يفصل فيها وفق قانون الصفقات العمومية. (2)

ومن هنا نستنتج شرطين أساسيين لمدى خضوع المرافق العمومية لقانون المنافسة:

- عدم إعاقة تطبيق قانون المنافسة ممارسة امتيازات السلطة العامة؛
- عدم مساس قانون المنافسة بمهام المرافق العامة.

الفرع الثالث: آليات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

إن حرية المؤسسات في تقديم العرض الذي تراه مناسباً يتقيد بالحدود التي لا يخرج فيها هذا العرض إلى اعتباره مخالفة لأحكام قانون المنافسة، ومتى كان كذلك كان لمجلس المنافسة اختصاص الفصل فيه طالما أن المؤسسات تخضع لأحكام هذا القانون.

أولاً- إلزام المصالح المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة

على المصالح المتعاقدة مراعاة أحكام قانون المنافسة عند ممارستها لنشاطاتها، سواء كانت اقتصادية أو إدارية كإبرام الصفقات العمومية، ومن أجل ضمان تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية تلتزم المصالح المتعاقدة بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة، وكشف ومعاينة كل من يخل بمبدأ المنافسة.

¹ - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 16.

² - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 244.

1- عدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة:

ويعني ذلك أنه يجب على المصالح المتعاقدة أن تتجنب وتحذر من خلق وضعيات احتكار أو هيمنة على السوق تتنافى مع المنافسة بمناسبة العقود الإدارية التي تبرمها مع الأعوان الاقتصاديين.⁽¹⁾ تأكيداً لهذا المسعى، يمنع على المصالح المتعاقدة أي ممارسة تحمل في طياتها مساساً بالمنافسة، ويمكن تلخيصها فيما يلي:⁽²⁾

- خلق الشخص العام ممارسة مقيدة للمنافسة بفعل اختياره لتقنية معينة أو إجراء معين لإبرام الصفقة العمومية؛
- وضع معايير في اختيار العروض بشكل يجعل توافرها مقتصر على بعض المؤسسات دون غيرها، فاختيار الإدارة لبعض المعايير قد يؤدي إلى التقييد التعسفي للمنافسة؛
- تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقدة والمرشح لنيل الصفقة، وهو ما يعرف بالتفاوض الذي يحدث بعد فتح العروض المالية والتقنية وغيرها من الممارسات التي تشكل في محتواها وفحواها مساساً بالمنافسة الحرة، وهذا التبادل يصطدم مع ضرورة احترام السر المهني، وبالتالي فالعرض محمي بالتزام الإدارة باحترام السر المهني.⁽³⁾

2- كشف ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة

إن حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية يجب أن يكون من أولويات الشخص العام، فهي مستمدة من حماية المصالح المالية لهذا الأخير والمحافظة على شروط ممارسة المنافسة. فإذا كان المتعامل الاقتصادي مطالب بعدم ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة بفعل العقود التي يبرمها والتصرفات الانفرادية التي يصدرها، فإنه في حالة ما إذا ثبت ارتكاب ممارسات، فإن الإدارة ملزمة بالتأكد عندما تبرم صفقات عمومية ألا يكون المتعامل المقبول لنيل الصفقة قد نالها بفضل استخدام ممارسة مقيدة للمنافسة.⁽⁴⁾

ومن أجل تمكينها من أداء دورها في مراقبة الممارسات المحتملة للأعوان الاقتصاديين، تم إثراء قانون الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة تفرض في جوهرها التزاماً على الإدارة يتمثل في مراقبة وترقب الممارسات المقيدة للمنافسة، لذلك، من النصوص المكرسة لمبادئ المنافسة ما تضمنته المادة 72 المطبة 4 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي سمحت للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض إمكانية اقتراح رفض عرض مقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المقبول تشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في الإخلال بالمنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت،⁽⁵⁾ وذلك أن المتعامل الحائز على الصفقة يمكن أن يستغل وضعية الهيمنة بشكل تعسفي خلال فترة العقد فيكون أمام

¹- مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 223.

²- نادية تياب وهنية أحمد، تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بين النصوص القانونية والإشكالات التطبيقية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 12، العدد 01، جامعة الوادي، ص 605.

³- مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 225.

⁴- المرجع نفسه، ص 226.

⁵- أنظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

حالة تعسف ناتجة عن وضعية الهيمنة المحظورة بالمادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تمنع كل اشكال تقييد المنافسة عن طريق التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة.⁽¹⁾

وضمن أحكام نص المادة 72 نفسها بالمطمة 5، فإن معالجة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للعرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا تنصب أيضا على مراقبة أسعار عرضه المالي بالنسبة لمرجع تحديد الأسعار ما إذا كان هذا العرض المالي مبالغ فيه على نحو من الانخفاض غير العادي وغير المبرر من الناحية الاقتصادية مما يتيح له نيل الصفقة، فلها أن تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إن لم يكن مبررا بما فيه الكفاية من المتعهد نفسه، أين يجد هذا النص أساسه في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁾ التي تمنع عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق إذا كان الهدف من وراء ذلك إبعاد مؤسسة ما أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

ثانيا- تدخل مجلس المنافسة كهيئة ضابطة لقواعد المنافسة

يتمتع مجلس المنافسة بصلاحيات تنازعية، إلا أنها مقتصرة على الممارسات المقيدة للمنافسة، فطبقا لأحكام المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص صراحة على أنه "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 06 و07 و10 و11 و12 أعلاه أو تستند على المادة 09 أعلاه"⁽³⁾ حيث يختص مجلس المنافسة في النظر إلى الممارسات التالية:

- الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية (المادة 06)؛
- التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق (المادة 07)؛
- العقود الاستثنائية (المادة 10)؛
- التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية (المادة 11)؛
- البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي (المادة 12).

إن الممارسات المشار إليها تشكل نطاق يمارس فيها مجلس المنافسة اختصاصه بالمتابعة ومعاقبة مرتكبيها، وأن إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيق قانون المنافسة يجعلها من التصرفات الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة الخاصة بالممارسات المرتكبة من قبل المتعاملين الاقتصاديين بدءا من نشر الإعلان عن الطلب العمومي إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

¹ - أنظر المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 12 من المرجع نفسه.

³ - أنظر المادة 44 من المرجع نفسه.

المبحث الثاني: الاتفاقات المقيدة للمنافسة في سوق الصفقات العمومية

إن من أبرز الممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة في سوق الصفقات العمومية نجد الاتفاقات التواطئية الرامية إلى الحصول عليها بشكل غير مشروع، حيث يتم ذلك عند تقديم العروض وقبل مرحلة إسناد الصفقة من أجل إيهام المصالح المتعاقدة بوجود منافسة حقيقية من خلال العروض المقدمة، في حين أن مقدميها هم أطراف في اتفاق غايته تمكين أحدهم من الفوز بها، وما العروض المقدمة إلا عروض مفتعلة ومتفق على تفاصيلها فيما بين مقدميها، ومن السمات اللازمة لاتفاقات منح الصفقات العمومية أنها مانعة للمنافسة، إذ أنها تتعارض مع الدعوة إلى التقدم بالعروض.

حيث يرتبط موضوع حظر الاتفاقات أساساً بالأهداف الاقتصادية للدولة، فتشترط توفر مجموعة من الشروط لكي يخضع الاتفاق للحظر. ولفهم الاتفاق المنافي للمنافسة ينبغي توضيح المقصود به مع الإشارة إلى العناصر الواجب توافرها والمفاهيم المقدمة للأسواق التنافسية وخصوصياتها في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: ماهية الاتفاقات المقيدة للمنافسة

كرس قانون المنافسة مبدأً أساسياً يتمثل في حظر الاتفاقات التي تعرقل حرية المنافسة والتي تمس بمبدأ حرية التجارة والصناعة والاستقلالية في اتخاذ القرار، حيث يمس مجال الحظر كل الأنشطة الاقتصادية وكذا الصفقات العمومية، فيأخذ الاتفاق بين مقدمي العروض أشكالاً متعددة من أجل أن يتخلوا عن الصفقة العمومية لمصلحة أحد منهم.

الفرع الأول: مفهوم الاتفاقات المقيدة للمنافسة أو المحظورة في قانون المنافسة

أولاً- تعريف الاتفاق غير المشروع

جاء حظر الاتفاقات صريحاً في المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم كما يلي: "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية،
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

فيظهر من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعرف الاتفاقات، بل اكتفى بالنص على حظرها بشكل عام، مبينا الحالات التي تستدعي ذلك بالنظر إلى أهدافها وتأثيرها على مجرى المنافسة في السوق، حيث اشترط أن تهدف إلى المساس بالمنافسة سواء حاضرا أو مستقبلا، وهذا ما يستشف من عبارة "...تهدف أو يمكن أن تهدف..."، كما نلاحظ اختلاف وتعدد المصطلحات والمفاهيم التي اعتمدها المشرع الجزائري في نص هذه المادة دون أن يوضح الفروقات الجوهرية بينها.

فيرى البعض أن الاتفاقات المقيدة للمنافسة تشمل كل تنسيق في السلوك بين مشروعين أو أكثر، أو شخصية من الأشخاص المعنوية أو الطبيعية أو أكثر، أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح أيا كان الشكل الذي يتخذه إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عنه من شأنها أن تقيد أو تحرف المنافسة في السوق، فهي إحلال التعاون محل المنافسة التي قد تؤدي إلى خروج أحد الأطراف من السوق نتيجة هذا التحالف والتعاون، وتشارك بذلك التحالفات في الأرباح وفي المكاسب المباشرة وغير المباشرة،⁽¹⁾ والتي يستهدفون بها تغيير القواعد الطبيعية في السوق ليصبح غير خاضع للعرض والطلب.

وبالتركيز على نص المادة 06 المذكورة أعلاه، يتضح لنا أن الاتفاقات التي تيرم بين المؤسسات غير محظورة قانونا من حيث المبدأ، لكن وبما أن التجربة بينت أنها كثيرا ما تؤدي إلى الإخلال بحرية المنافسة عن طريق عرقلة السوق في هذه الحالة أوجب المشرع منعها والمعاقبة عليها، إذ لا تصبح الاتفاقات محظورة إلا إذا كانت تهدف أو تحدث أثر الحد من المنافسة في السوق،⁽²⁾ كما أن عامل تعدد المؤسسات في الاتفاق شرط ضمني نستخلصه من المصطلحات المعبرة عن الأشكال المختلفة التي يمكن أن يتخذها الاتفاق، فهي أعمال لا يرتكبها التاجر لوحده.

ولما كانت المنافسة الحرة تستلزم أن تحدد كل مؤسسة سياستها التجارية واستراتيجيتها في السوق بشكل حر ومستقل، فإن فكرة الاتفاق غير المشروع تشمل بذلك كل الممارسات التي تأتيها المؤسسات بشكل إرادي وتحد من خلالها من تلك الحرية والاستقلالية، فالاتفاق يتحقق بانصراف الإرادة المستقلة لمجموعة من الأعوان الاقتصاديين تتمتع بسلطة القرار إلى الانخراط في قالب مشترك يشكل سلوكا جماعيا لتبني خطة مشتركة تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات.⁽³⁾

ثانيا- شكل الاتفاق غير المشروع

يظهر من خلال المادة 06 السابقة أن هناك تعدد لأشكال الاتفاقات المقيدة للمنافسة، فقد تتجسد هذه الأخيرة في شكل ممارسات أو أعمال مدبرة أو اتفاقات صريحة أو ضمنية، فإحساسا من المشرع بتنوع أشكالها عبر عن رغبته في إعطاء مفهوم واسع للتواطؤ كشرط لقيام الاتفاق المقيد للمنافسة، ومحاولة منه للإلمام بكل أشكال الممارسات التي تأتيها المؤسسات لتوسيع نطاق الحظر القانوني بغض النظر عن الشكل

¹ - معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقات الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 133.

² - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 41.

³ - محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، مرجع سابق، ص 220-221.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

الذي يتخذه الاتفاق⁽¹⁾ وعدم حصره في العقود، و بالنتيجة مواجهة وضبط كل ممارسة تتضمن تواطؤ بين المؤسسات مهما كان شكلها، خاصة وأن مصطلح الممارسة أو العمل المدبر له مدلول واسع يشمل كل أشكال التواطؤ الأكثر ليونة، بحيث لا يؤثر الشكل القانوني للتواطؤ على تقدير الاتفاق على الرغم من أن هذا الأخير يتطلب لتحقيقه تطابق إرادة الأطراف إلا أنه يشترط أن يتخذ ذلك التطابق أي شكل قانوني معين. بصفة عامة، قد يتخذ الاتفاق شكل أعمال تنسيقية بين المؤسسات في شكل اتفاقات صريحة أو ضمنية، وقد يتخذ شكل إحياءات أو أي شكل قانوني آخر كشركات الأموال والأشخاص، أو عقد مبرم بين نقابات أو تنظيمات مهنية، وقد يتخذ التنسيق بين المؤسسات مجرد اتخاذ سلوك موحد يربط عدة مؤسسات بهدف تقييد المنافسة في سوق سلعة أو خدمة.⁽²⁾

كما قد يتخذ الاتفاق شكل اتفاقية ملزمة للأطراف بغض النظر عن شكلها القانوني أو تسميتها، وقد يتجسد في شكل عقد مدني مكتوب، أما الاتفاق غير الملزم فقد يأخذ شكل ترخيص أو اعتماد يتميز بوجود إرادة للأطراف للتصرف بشكل معين في السوق.

تكمن الغاية في عدم اشتراط شكل معين للاتفاقات المقيدة للمنافسة في عدم إمكانية حصر كل أنواعها وأشكالها، ولذلك عمدت التشريعات في الغالب ذكرها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر،⁽³⁾ وأكدت على ضرورة حظر كل اتفاق من شأنه المساس بالمنافسة سواء كان مكتوباً أو تجسد في مجرد ترتيبات ونفاهات شفوية.

1- الاتفاق:

أورد المشرع الجزائري مصطلح الاتفاقيات والاتفاقات، حيث يرى البعض بأن المصطلحين يعبران عن الإرادة المشتركة لأكثر من طرف من أجل إحداث أثر معين، وقد يتخذ شكلاً صريحاً أو ضمناً، وهذا ما يتطابق مع القواعد العامة للتعبير عن الرضا وفقاً لأحكام القانون المدني،⁽⁴⁾ حيث يصبان في نفس المعنى ألا وهو اتحاد إرادتين أو أكثر بهدف تحقيق شيء أو الامتناع عن فعل شيء، ولذلك لم يكن غرض المشرع الجزائري التمييز بينهما، بل لتوسيع مفهوم الاتفاق المقيد للمنافسة ليشمل كل أشكال الممارسات التواطئية.⁽⁵⁾

كما أنه قد يأخذ الاتفاق شكل عقد حسب مفهوم القانون المدني،⁽⁶⁾ يوصف في هذه الحالة بأنه اتفاق تعاقدية ينشئ التزامه على عاتق أطرافه الذين يلتزمون قانوناً تجاه بعضهم وذلك بغض النظر عن شكله وموضوعه ونظامه القانوني وصفة موقعه، ويشمل بذلك كل العقود التي تولد التزامات متبادلة على عاتق

¹ محمد بودالي، حماية المنافسة في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006، ص 524.

² محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص 107.

³ حسين الماحي، حماية المنافسة، المكتبة العصرية، مصر، ط1، 2007، ص 56.

⁴ تنص المادة 60 من القانون المدني على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع الشك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

⁵ إيمان بن طاوس، مسؤولية العون الاقتصادي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 108.

⁶ يعرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني على أنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

المتعاقدين، كما لا يهيم في ذلك إذا كانت قد أفرغت في قالب مكتوب أو شكل رسمي بل يمكن أن تتمثل كذلك في العقود العرفية،⁽¹⁾ وتكون قابلة لأن تدخل في إطار الحظر القانوني لأنها قد تتضمن إرادة مشتركة لتكليفه بمثابة اتفاق محظور متى تصرفت المؤسسات بإرادتها المشتركة بشكل مخل بالمنافسة في السوق. حيث يستنتج مما سبق أنه إذا كان كل عقد هو اتفاق، فإن العكس ليس صحيح، لأن الاتفاق يتخذ أشكالاً عديدة غير العقود.⁽²⁾

بصفة عامة، فإن الاتفاق الضمني المقيد للمنافسة يستلزم أن تجسد إرادة أحد الأطراف الهادفة إلى تحقيق غرض مقيد للمنافسة في شكل دعوة صريحة أو ضمنية للطرف الثاني من أجل التحقيق المشترك لذلك الهدف، وبالتالي لا ينتج الاتفاق الضمني إلا بتلاقي العرض والطلب.

2- الممارسة والعمل المدبر:

أدرج المشرع الجزائري هذا الشكل من الاتفاق المحظور دون إعطاء تعريف أو تفسير قانوني، حيث لا يتخذ الاتفاق المقيد للمنافسة في بعض الأحيان طابعاً شكلياً ولا صيغة تصرف قانوني ظاهر، وهذا ما يعرف بالعمل المدبر. فاستعمال المشرع لمصطلحي "الممارسة" و"العمل المدبر" ليس إلا تكراراً للتأكيد على ضرورة حظر مثل هذه التصرفات بسبب تأثيرها السلبي على المنافسة في السوق ورغبته في توسيع دائرة الحظر ومحاولة الإلزام بكل أشكال الاتفاقات المقيدة للمنافسة.

إن كلمة "العمل" كما يدل عليه اللفظ تشير إلى سلوك معين للفاعلين، حيث لا يتم التركيز فيه على الإرادة، في حين ربما أن العمل يكون مدبراً، فإن فكرة الاتفاق ليست بعيدة، فتظهر إرادة المساهمين في الاتفاق من خلال عمل مشترك تقوم به مؤسستين على الأقل أو مجموعة من المؤسسات، تتميز بكونها عبارة عن سلوكات متطابقة تأنيتها المؤسسات بالرغم من عدم وجود أي التزام قانوني.⁽³⁾

فالعمل المدبر يتميز بوجود مجموعة من التصرفات المتناسقة لعدة مؤسسات دون وجود اتفاق يحدد بشكل دقيق اتجاه السلوك في السوق، لكن في الواقع تقوم المؤسسات عن معرفة وبشكل مشترك إنشاء شروط لتقييد المنافسة، فهو إذن، عمل أو ممارسة تواطئية تمثل التطور في الممارسات المقيدة للمنافسة التي كانت في البداية تتجسد في صيغة قانونية كالعقود، ثم أصبحت في وقت لاحق تتجسد في شكل تنسيق أو تواطؤ بين المؤسسات،⁽⁴⁾ كأن تقوم عن معرفة بتوحيد أسعار المنتجات أو الخدمات تبعاً لما أعلنته إحداهما، فمثل هذا التصرف يعبر عن موافقتهم الضمنية لسياستها التجارية، ولذلك يفترض العمل المدبر توافر عنصرين: صدور تصرف يؤدي بطبيعته إلى الإخلال بالمنافسة في السوق، وتوافر عنصر ذهني يتمثل في تخلي المؤسسات عن القيام بتصرف مستقل مع التأكد باتباع الآخرين لنفس السلوك.

¹ - تعرف المادة 327 من القانون المدني العقد العرفي كما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبغه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه...".

² - إيمان بن طاوس، مسؤولية العون الاقتصادي، مرجع سابق، ص 109.

³ - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 67.

⁴ - معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقات الدولية، مرجع سابق، ص 144.

فالممارسة أو العمل المدبر تعتبر شكلا من أشكال التواطؤ الأكثر صمتا، لأن تصرف المؤسسات لا يحدد بشكل مستقل للسياسة المراد اتباعها في السوق⁽¹⁾ يمكن تكييفه على أنه تواطؤ ضمني لأنه يعبر عن وجود تفاعلات متبادلة أو تفاهم ضمني أو صامت بين المؤسسات على تبني سياسة واحدة لتثبيت التسعيرة أو حجم الإنتاج أو تقاسم الأسواق دون وجود اتفاق صريح ومكتوب بينها أو أي اتصال مباشر، وإنما هذه التفاعلات لا تعدو أن تكون أكثر من مجرد تفاهم ضمني حول العرض في السوق عن طريق مراقبة كل مؤسسة لسلوك المؤسسات الأخرى، حيث قد يخفي التواطؤ الضمني بعض الأعمال المدبرة ونوايا الإضرار بأحد أو بمجموعة من المؤسسات أو الإخلال بالمنافسة الحرة وتقييدها.⁽²⁾

نتيجة لما سبق، فإن العمل المدبر يقوم بتوافر عنصرين:

- عنصر معنوي: يستخلص من مصطلح "مدبر"، ويتمثل في وجود إرادة مشتركة لدى المؤسسات لاتباع نفس السلوك دون اشتراط وجود اتفاق بمعنى الكلمة، بل يكفي أن تعرف كل مؤسسة وهي متأكدة أو على الأقل تعلم باتباع المؤسسات الأخرى نفس السلوك مما ينتج عنه وجود توازي في السلوك بينهم رغم أنه ناتج عن قرارات فردية لكل واحد منهم،⁽³⁾ وتراجع المؤسسات عن سلوك مستقل عن قصد لتيقنها أن المؤسسات الأخرى ستقوم باتباع نفس السلوك في السوق؛
 - عنصر مادي: يستخلص من مصطلح "عمل" أو "ممارسة"، وهو يمثل التجسيد المادي للمؤسسات المتواطئة لتقييد المنافسة سواء باتباع سلوك إيجابي أو سلبي، وهو التنسيق العملي بين المؤسسات، الشيء الذي سيؤدي إلى تقييد المنافسة أو القضاء عليها.⁽⁴⁾
- لذلك، فمعايير التنسيق المشكل للممارسة التواطئية لا يستلزم خطة حقيقية، بل تفهم وتستننتج على ضوء أحكام قانون المنافسة، والتي تقضي بأن يحدد كل متعامل اقتصادي بشكل مستقل السياسة التي يريد اتباعها في السوق.

الفرع الثاني: شروط الاتفاق المحظور

اتضح لنا سابقا أن الداعي من منع المشرع للاتفاقات هو إخلالها بقواعد المنافسة، وتبعاً لذلك فإن مجلس المنافسة يتعين عليه البحث والتأكد من عدم مشروعية هذه الممارسات. وحتى يتأتى ذلك، لابد من البحث عن الشروط الواجب توافرها في هذه الاتفاقات للحكم بعدم مشروعيتها وكذا في كيفية إثبات وجودها، فلا اعتبار أن اتفاق ما أنه محظور لابد من اجتماع بعض الشروط التي تتمثل أساسا في التوافق بين المؤسسات والإخلال بحرية المنافسة والعلاقة السببية بين الاتفاق والأخلال بالمنافسة، علما أن الاتفاقات في مجال الصفقات العمومية لها نفس طابع وشروط الاتفاقات في باقي الأسواق الاقتصادية.

¹- أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008، ص ص 204-205

²- مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص ص 64-65.

³- إيمان بن طوس، مسؤولية العون الاقتصادي، مرجع سابق، ص 106.

⁴- مسعد جلال زوجة محتوت، المرجع نفسه، ص 67.

أولاً- وجود توافق بين المؤسسات المرشحة للصفقة

لقد افترض المشرع وجود حرية الإرادة في التواطؤ بين مؤسسات تتمتع باستقلالية في اتخاذ قراراتها المتعلقة بسلوكها في السوق، مع العلم أنه لا يمكن أن يحدث تراضي من دون استقلالية، لذلك يشترط أن تتمتع المؤسسات بالاستقلالية التامة في اتخاذ القرارات التي تتعلق بإدارة نشاطها التجاري أو الصناعي أو الخدمي، ولا يقصد هنا بالاستقلالية بالاستقلال القانوني، بل يقصد بها الاستقلال الاقتصادي.

ينبغي لقيام الاتفاق توافق إرادات مستقلة لمجموعة من المؤسسات، أي اشتراط الصفة الجماعية في الاتفاق المنافي للمنافسة الذي يجب أن يصدر من إرادتين لمؤسستين كحد أدنى بهدف الإخلال بالمنافسة داخل السوق ولا يشترط في هذه الأطراف بالضرورة وجود لديهم نية مخالفة قواعد المنافسة،⁽¹⁾ وبالتالي يتحقق الاتفاق بمجرد انصراف إرادة كل مؤسسة معنية بسلطة القرار إلى الانخراط في قالب مشترك يشكل سلوك جماعي لمجموعة من المؤسسات مما يؤثر على الاستقلالية المعترف بها لكل منها، وعلى هذا الأساس لا يقوم الاتفاق إذا كانت إرادة إحدى المؤسسات مثلاً مشوبة بأحد عيوب الإرادة كالإكراه، ولكن يجب في هذه الحالة أن يكون العيب المثار هو الدافع الفعلي للدخول في اتفاق محظور، أي أن تكون المخالفة قد ارتكبت لتجنب خطر مباشر وحقيقي يهدد المؤسسة المعنية ويكون من غير الممكن دفعه بالطرق المشروعة.⁽²⁾

ويمكن تقسيم وتصنيف الاتفاقات استناداً إلى معيار القائمين بالتشاور، حيث نميز بين الاتفاقات التي تخص المؤسسات المتواجدة في نفس المستوى من الإنتاج أو التسويق وهو ما يعبر عنه بالاتفاقات الأفقية، وتلك التي تتم على مستويات مختلفة وهي ما تعرف بالاتفاقات العمودية.⁽³⁾

فالاتفاقات الأفقية هي التي تتم بين مجموعة من المتعاملين المستقلين فيما بينهم، أي لا تجمعهم رابطة تبعية، بمعنى مؤسسات متواطنة متواجدة على نفس المستوى من السلطة الاقتصادية، يقومون بنشاط اقتصادي مماثل ويعملون على مستوى واحد في السوق والتي يمكن لجوؤها إلى اتفاق أفقي تتفق بمقتضاه على توزيع السوق فيما بينها وإقصاء المؤسسات التي ليست طرفاً في الاتفاق.

أما الاتفاقات العمودية الرأسية فيقصد بها تلك الاتفاقات التي تتم على مستويات مختلفة في السوق من الإنتاج والتوزيع، كالاتفاقات التي تبرم بين منتج يتواجد في مرتبة عليا وموزعين يتواجدون في القاعدة.

ثانياً- ضرورة الإخلال بالاتفاق بالمنافسة

يمكن تعريف الإخلال بالمنافسة بأنه الأضرار التي تلحق بهيكل السوق والاعتداء على حسن سير العرض والطلب فيها، مما يؤثر على حرية ممارسة الأعمال التجارية.

فإلى جانب وجود اتفاق، لا يكون هذا الأخير محظوراً إلا إذا كان يرمي إلى المساس بالمنافسة الحرة، وبالتالي ينبغي البحث عن الآثار التي يترتبها على حرية المنافسة سواء بالحد منها أو بالإخلال بها، سواء

¹ محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص 55.

² محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجبيلي اليابس، سيدي بلعباس، 2017-2018، ص 110.

³ معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقات الدولية، مرجع سابق، ص 137-138.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

كان هذا الإخلال محققاً أو محتملاً، بحيث تمنع جميع الاتفاقات حتى تلك التي ليس من الأکید مساسها بحرية المنافسة.

والمقصود بمساس الاتفاق بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية بين مرحلتي نشر الإعلان عن الطلب العمومي والمنح النهائي للصفقة هو عدم مشروعيتها، والتي تقدر وفقاً لقانون المنافسة، وهكذا فإن التأثير على المنافسة في الصفقات العمومية يعتبر الشرط الجوهري لعدم مشروعية هذه الاتفاقات وذلك مهما كانت طريقة التأثير على المنافسة، حيث تقوم المخالفة إذا تبين أن موضوع الاتفاق في حد ذاته منافي للمنافسة ولو لم ينتج أثره، وبالتالي يكفي لاعتبار اتفاق ما بأنه محظور بمجرد انصراف نية الأطراف إلى إعاقة أو تقييد المنافسة الحرة دون ضرورة تحقيق الأهداف غير المشروعة، فيكفي أن يكون تأثير الاتفاق سلبياً على المنافسة من خلال منعها أو الحد منها أو الإخلال بقواعدها. (1)

ثالثاً- العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة

يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين تقييد المنافسة وآثار هذا الاتفاق لاعتبار هذا الأخير أنه محظور، فحسب المادة 06 سالفه الذكر فإنه يجب أن يكون محل الاتفاق أو تكون الآثار الناتجة عنه تنصب على المساس بقواعد المنافسة، أين تتوفر العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة في حالة ما إذا كان الضرر الذي لحق بحرية المنافسة في السوق عن فعل الاتفاق المعني القائم بين الأطراف المتواطئة فيه، حيث ينبغي أن تكون هناك علاقة قائمة بين الاتفاق الذي تم بين الأطراف المعنية وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية على حرية المنافسة، مما يقضي على مجلس المنافسة دراسة الاتفاق دراسة معمقة وتحليل السوق اعتماداً على ما تتوصل إليه من حوصلة اقتصادية على هذا السوق، فإذا لم يتم إثبات وجود علاقة بين الاتفاق والسير الحسن للمنافسة فلا محل لحظر الاتفاق. (2)

كما لا يمكن إدانة اتفاقات المؤسسات في أي سوق، بما فيها سوق الطلبات العمومية، إذا كانت ناتجة عن نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، حيث يملك أصحاب هذه الممارسات الاستثناء في تبرير اتفاقهم على أساس وجود هذا النص، (3) كما تباح تلك الاتفاقات المبررة بتقدم اقتصادي وتقني ملموس وكان فيها تشجيع للتشغيل أو كان من شأنها أن تقرر الوضعية التنافسية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، فتعتبر مثل هذه الاتفاقات مباحة لتأثيرها الإيجابي على المصلحة العامة واستفادة المستهلكين بما فيهم المشترين العموميين، ويشترط أن تكون مثل هذه الاتفاقات أو الممارسات محل ترخيص من مجلس المنافسة، (4) مع إمكانية الحصول على تصريح بعدم تدخل مجلس المنافسة في الممارسات المحددة في المادتين 06 و 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلقين بالاتفاقات المحظورة ووضعية الهيمنة على السوق.

1- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص 59.

2- محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، 114.

3- يشترط للاستفادة من هذا الاستثناء على وجه الخصوص أن تتوفر بعض الشروط في النص القانوني المقرر للاستثناء من المنع والحظر حسب المادة 09 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

4- أنظر المادة 08 من المرجع نفسه.

- صدر في هذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل، ج ر عدد 35 سنة 2005.

الفرع الثالث: تطبيقات الاتفاقات المحظورة

إن تطبيقات الاتفاقات المحظورة لا يمكن حصرها في حالات محددة لكونها تتعلق بظاهرة اقتصادية دائمة التطور، ولهذا فإن المشرع الجزائري نص على بعض هذه التطبيقات على سبيل المثال فقط، وهو ما يفهم من خلال عبارة "لاسيما" وإن كان من غير الممكن حصر هذه الاتفاقات إلا أنه يمكن تصنيفها حسب الخصائص المشتركة فيما بينها في مجموعتين من الاتفاقات والتي يكون من شأنها التقليل وإبعاد المنافسين أو تقييد وعرقلة حرية المنافسين في السوق.

أولاً- اتفاقات ترمي إلى تقليل عدد المنافسين في السوق

1- الحد من الدخول إلى السوق أو في ممارسة النشاط التجاري فيها:

يدخل في هذا الإطار بصفة عامة كل الاتفاقات التي تهدف إلى وضع قيود لدخول السوق، خاصة اتفاقات المقاطعة والاتفاقات التي تحد من الدخول إلى المهنة.

فاتفاقات المقاطعة هي تلك الاتفاقات التي بموجبها تتعمد مجموعة من المؤسسات على مقاطعة أحد المتعاملين الاقتصاديين بهدف إقصائه من السوق دون مبرر شرعي،⁽¹⁾ أو رفض البيع قصد الإضرار بمؤسسة أخرى، حيث أن هناك عدة أسباب للمقاطعة منها السعي إلى السيطرة على المنافسين ومحاولة إقصائهم من السوق أو بحجب المواد الأولية أو قطع قنوات التوزيع.

2- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين:

تستهدف هذه الاتفاقات اقتسام السوق جغرافياً، وتتضمن اتفاقات توزيع الزبائن والتي تظهر أكثر في الشروط الحصرية التي يمكن أن تتضمنها عقود التموين، أين يتعهد الممون بتموين موزع وحيد وحصري شرط أن يقوم هذا الموزع بالبيع في إقليم جغرافي معين، وهذا ما يسمى بشرط الحصرية الإقليمية، وقد يكون شرط الحصرية بالتزام الموزع بالتمون من ممون وحيد وهو ما يسمى بحصرية الشراء أو التموين، فهذه الاتفاقات يمكن أن تكون محظورة إذا قيدت حرية الموزع بصفة مطلقة ومنعت دخول المؤسسات المنافسة سوق منتج أو خدمة.

كما تظهر فيها اتفاقات اقتسام أسواق الطلبات العمومية كأن تتم هذه الاتفاقات عن طريق اتفاق المؤسسات على تقديم عروض أعلى سعراً مقارنة بسعر العرض الذي تقدمه مؤسسة أخرى طرف في الاتفاق، وهذا ما يسمح لهذه الأخيرة بالفوز بالصفقة التي تظهر بعرضها الأقل سعراً، وعليه تعد هذه العروض محظورة لكونها تحرف حتمياً المنافسة عن طريق تبادل المعلومات حول الأسعار المقترحة بصفة مسبقة بهدف تقسيم السوق بين المتنافسين المشاركين في الاتفاق واستبعاد منافسين آخرين.

3- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يجرهم من منافع المنافسة:

تتحقق فرضية تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين في حالة ما ذا تم التعامل مع المؤسسات معاملة تمييزية، ويتم النظر في مدى مشروعية هذا التعامل من خلال المقارنة بين

¹ - محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، مرجع سابق، ص 234.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

معاملة كل المتعاملين الاقتصاديين المتواجدين في الظروف نفسها في الزمان نفسه وفي المكان نفسه، فإذا اختلفت معاملتهم كأن يتم فرض شروط مجحفة للبعض دون الآخر أو عكس ذلك أي تقديم تسهيلات للبعض دون البعض الآخر فهنا نكون أمام المعاملة التمييزية، أما إذا كان المتعاملون الاقتصاديون في ظروف مختلفة سواء من حيث الزمان أو المكان، فليس هناك أي إخلال بقواعد المنافسة ولا حرمان للأطراف المعنية من منافع المنافسة.

ثانيا - اتفاقات ترمي إلى تقييد نشاط المنافسين في السوق

1- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها:

يخضع تحديد الأسعار في نظام اقتصاد السوق لقاعدة العرض والطلب، وهذا تطبيقاً لأحكام قانون المنافسة الذي نص صراحة على مبدأ حرية الأسعار الذي يعتبر شكلاً من أشكال حرية المنافسة.⁽¹⁾ فمن المفروض أن المؤسسات المتنافسة في السوق يحق لها أن تحدد أسعارها بكل حرية وفقاً لقاعدة العرض والطلب، فلا يحق لها أن تتشاور في ذلك مع غيرها من المؤسسات، لذا تحظر كل الاتفاقات التي تهدف إلى وضع أسعار متطابقة وكل الاتفاقات التي تتعلق بتخفيض الأسعار أو ارتفاعها أو حتى الاتفاقات التي تلزم بإعادة البيع بسعر محدد مسبقاً والتي من شأنها تحريف الآلية الطبيعية لتحديد الأسعار. أما استعمال المشرع الجزائري لعبارة "التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها" فيقصد به أن هذا الارتفاع أو الانخفاض له أغراض غير مشروعة ومخلة بالمنافسة، وغالباً ما يكون التخفيض المصطنع يهدف إلى القضاء على مؤسسة جديدة في السوق لا يمكنها البيع بهذه الأسعار المخفضة مما قد يؤدي إلى إفسادها، وهو ما يسمى بالأسعار العدوانية، حفاظاً من المؤسسات على حصتها في السوق. فاتفاق تحديد الأسعار هو عبارة عن عقد أو تفاهم مشترك بين مجموعة من المؤسسات يهدف إلى تعطيل قوى السوق، حيث يتنازل هؤلاء المتعاملين عن استقلاليتهم وسلطتهم التقديرية في وضع الأسعار المناسبة.⁽²⁾

2- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع العقد:

قد يفرض أحد المتعاملين الاقتصاديين على متعامل آخر شروط مجحفة لإبرامه العقد، فعادة ما تتحقق هذه الوضعية عندما يكون أحد الأطراف في وضعية قوة وهيمنة، فيستغل وضعيته هذه ويفرض عند إبرامه للعقد خدمات إضافية، فيضطر المتعامل إلى الخضوع لهذه الالتزامات غير المبررة وتكون هذه الخدمات الإضافية ليست لها صلة بموضوع العقد سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية، وهو ما يصطلح عليها بصفقات الربط، والتي مؤداها ضرورة أن يصحب شراء منتج معين يرغب المشتري في شرائه بمنتج إضافي يطلق عليه المنتج المرتبط بغض النظر إن كان مرغوباً فيه أم لا، وكذلك بالنسبة لتقديم الخدمات.⁽³⁾

¹ - أنظر المادة 04 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، مرجع سابق، ص 237.

³ - المرجع نفسه، ص 238.

3- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني:

تسمى هذه الاتفاقات باتفاقات الحصص، فهي تلزم المؤسسات بكمية معينة من الإنتاج أو تحديد الحصة الإنتاجية أو التسويقية التي لا يحق لها أن تتجاوز هذه النسبة المخصصة لها، وهذا ما يؤدي إلى خفض عرض المنتجات والخدمات والذي يخلق بدوره ظروفًا ملائمة لرفع الأسعار بصفة اصطناعية. وتدخل ضمن هذه الاتفاقات أيضا الاتفاقات التي تهدف إلى الحد من الاستثمارات ذات القيمة الفائضة التي تصل إلى حد غلق بعض المصانع في حالة الأزمات، وتدخل ضمنها أيضا ما يسمى باتفاقات التخصص المتعلقة بالابتكار والتطور التقني، سواء تعلق الأمر بالقضاء عليها من خلال تجميد كل عمليات البحث أو التطور لتقنيات تهدف إلى تحسين المنتج وتطويره أو وضع قيود عليها.

المطلب الثاني: تحديد الأسواق التنافسية

يكتسي تحديد السوق التنافسية أهمية أساسية بالنسبة لقانون المنافسة بصفة عامة، لأن مجلس المنافسة في ضوء السوق يحكم على الممارسات المنافسة للمنافسة التي تقوم بها المؤسسات أين يتم التأكد من تقييدها للمنافسة، حيث سنعرف أولا المقصود بالسوق التنافسية، وتعريف السوق وتصنيفاتها القانونية، والربط بين سوق الصفقات العمومية والاتفاقات المحظورة وتأثيرها بها.

الفرع الأول: ماهية السوق التنافسية

إن تحديد السوق التنافسية هو وسيلة أساسية تسمح بقياس درجة المنافسة الحالية والمحتملة، بمعنى أنها وسيلة تسمح بالتنبؤ بما ستكون عليه درجة المنافسة في المستقبل للتقرير ما إذا كان من الضروري التدخل في الوقت المناسب لرقابة سلوك مؤسسة ما أو عدة مؤسسات من أجل منع أو ردع السلوك المرصود من طرف سلطات الضبط المعنية، حيث تظهر عدة مصطلحات للسوق، منها السوق التنافسية والسوق المرجعية أو السوق المعنية.

أولا- السوق التنافسية

تعرف الأسواق التنافسية بأنها تلك التي تعمل فيها العديد من المؤسسات وقدرتها على تحديد أسعارها، وحرية الولوج والخروج منها، حيث يجب التأكد مسبقا من أن المؤسسة تمارس ولا تتدخل إلا في سوق معينة تسمى بالسوق التنافسية لكي تطبق عليها أحكام قانون المنافسة.

يجمع الفقهاء على أن الأسواق التي تخضع للمنافسة هي التي تتدخل فيها المؤسسات، وبالتالي إذا غابت المؤسسة من السوق فلا يوجد سوق بمفهوم قانون المنافسة،⁽¹⁾ وأن السوق عبارة عن مكان التقاء العارضين الذين يرغبون في البيع بأحسن سعر ممكن، والذين يحاولون تلبية حاجياتهم اعتبارا لمواردهم، وتتم المعاملات الاقتصادية فيه بمجرد التقاء العرض والطلب،⁽²⁾ وقد يكون العارض في السوق شخص طبيعي أو معنوي، من القانون العام أو القانون الخاص، أما الطالب فيه فيكون هو المستعمل المهني الذي يشتري أو يطلب خدمة لحاجيات مهنية وقد يكون مستهلكا.

¹ - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 15.

² - أمنة مخانشة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 77.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

إلا أن هذا الحيز من المبادلات الخاضعة للعرض والطلب يتطلب أن يكون فيه تنظيم محكم تحترمه كل الأطراف الفاعلة فيه خاصة إذا كانت هناك مواجهة بين العارضين والطالبين والتي تؤثر على الكميات أو على الأسعار المتواجدة على مستواه.

جاء في المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم الفقرة ب منه تعريف السوق بأنها "كل سوق للسلع والخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية".

والملاحظ أنه يكثر التداول والاستعمال لمصطلح السوق خاصة في المجال الاقتصادي وعند الفقهاء الاقتصاديين أكثر منه عند القانونيين الذين يعتبرونه تنظيمًا دقيقًا للعلاقات الاقتصادية والتجارية، يشارك فيها الجميع، منتجين ومستهلكين، بدرجات متفاوتة في التأثير في تشغيله دون سلطة عليا تفرض نوعًا من السلوك.⁽¹⁾

وبذلك فالسوق يعتبر ذلك الموضع الذي تُجلب له السلع ومختلف المنتجات القابلة للبيع والشراء من قبل مؤسسات أو تنظيمات تسيّر المعاملات والمبادلات بينهم وفقًا لقاعدة العرض والطلب بعفوية دون سلطة تتحكم في الأسعار وفيما ينتج وما لا ينتج.

لكن سرعان ما أثبت الواقع أن ممارسة أي نشاط اقتصادي في السوق سيؤول لا محالة إلى خضوع صراع بين متنافسين يتسابقون على احتكار السوق وتحقيق أكبر نسبة من الأرباح، فالمنافس في غياب القانون لا يتوصل لهدف تحقيق مستوى الأرباح الذي يرغب فيه إلا عن طريق القضاء على منافسيه ويستعمل في ذلك جميع الوسائل الممكنة.⁽²⁾

ثانياً- السوق المرجعية أو السوق المعنية

إن رسم حدود السوق هو مبدئيًا وسيلة أو أداة أساسية تمكننا من التطبيق السليم لمجموعة القواعد المتعلقة بالأسواق التنافسية، أو هي ذلك الإطار الذي تطبق فيه قواعد المنافسة، لأن تصرفات المؤسسات لا تقدر بذاتها بل بالنظر إلى تأثيرها الفعلي على سوق معينة.⁽³⁾

تتجلى الغاية من تحديد السوق المعنية في تحديد سلطة المؤسسة داخلها وقدرتها على تحديد المنافذ ورفع أسعار المنتجات أو الخدمات، والتأكد من وجود منافسين فعليين يمارسون ضغوطات على حرية المؤسسات في التصرف بشكل مستقل، لذلك فإن عملية تحديد السوق مسألة أولية وضرورية لمعرفة ما إذا كان التصرف محل بالمنافسة أم لا، وبالتالي فهي عامل لتقدير الممارسة المنافية للمنافسة ودرجة خطورتها. اعتبر جانب من الفقه بأن السوق المرجعية هو ذلك الحيز الذي يدخل فيه المنتج مع المنتجات الأخرى التي يعتبرها المستهلك بديلة مما يستوجب على المؤسسة المعرفة الدقيقة للمنتجات المنافسة والبديلة

¹ - حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص 14.

² - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 13.

³ - مريم الحاسي، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبيلي اليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019، ص 103.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

من حيث أنها تلبى نفس الحاجة التي يلبيها منتجها (كما سنرى في الفرع الثاني من هذا المطلب)، وهو ما انطبق على تعريف المشرع الجزائري الذي قام بإعطاء تعريف للسوق كما ذكرناه بالمادة 3 أعلاه، ضف إلى ذلك ما عرفه بنصه كالتالي: "يعد سوقا تنافسيا إن كان للزبون إمكانية الاختيار بين سلسلة من منتجات واسعة نوعا ما تتمتع بخصائص مماثلة وإن لم يلق الممون أي عائق لتموين المنتجات أو الخدمات في سوق يذكر".⁽¹⁾

حيث تُعنى هذه الأسواق المرجعية بتطبيق مبدأ التنافس الحر، ويرجع الفضل لها في تقدير وتحديد الممارسات والأعمال التي تقوم بها المؤسسات عند قيامها بالنشاطات الاقتصادية الفاعلة على مستواها والماسة بها، فنجد أن المشرع الجزائري حين قام بتعريف السوق التي يمكن أن تكون ببساطة عبارة عن أي صنف آخر من الأسواق الأخرى والكثيرة التي لا يمكن حصرها، وأراد من خلاله تحديد المقصود بالسوق المرجعية على أنها المكان الذي يلتقي العرض والطلب لمنتج أو خدمة معينة يتم فيه البيع والشراء وكل عملية أخرى تظهر على مستواه.

فيمكن أن نستنتج أن السوق المعنية أو السوق المرجعية تمثل تلك الأرضية الخصبة التي يكون فيها المنتج أو الخدمة في نظر المستهلك بديلا أو قابلا للتعويض من جهتي العرض والطلب، تنشئ وضعا جديدا بالنسبة للمتنافسين الذين يتفاعلون فيها للاستحواذ و/أو للحفاظ على أكبر الحصص فيها قصد تحقيق أكبر المنافع والأرباح دون المساس بقواعد المنافسة الحرة.

ولذلك فإن تحديد السوق المرجعية له أهمية لما تسمح لنا بمعرفة وضعية المؤسسة في السوق وقدرتها على مستواه من خلال زيادة بيع سلعتها بشكل يتجاوز الأسعار المنافسة دون أن يؤثر انخفاض رقم المبيعات الناتج عن زيادة السعر في ارتفاع الأرباح المحصلة،⁽²⁾ كما يسهل بواسطتها التعرف على وجود متنافسين فعليين مستقلين، وتكييف الضرر اللاحق وتقدير السلوك الضار بالمنافسة وتمكين الأجهزة والسلطات القائمة على حماية المنافسة من الكشف عن كل خلل قد يضر بالسير الحين لها.⁽³⁾

الفرع الثاني: التصنيف القانوني للسوق التنافسية

يختلف تحديد أنواع السوق نظرا لكثرة معايير تصنيفها، إلا أنه وتأسيسا على نص المادة 03 المذكورة آنفا، يبدو من المنطقي الوقوف على تصنيفين أساسيين، أولهما يرتكز على اعتبار نوعي مجسد في طبيعة ونوع المنتج أو الخدمة، والثاني يقوم على عنصر الرقعة الجغرافية للسوق.

أولا- من حيث طبيعة المنتجات البديلة للسلع والخدمات

يعرف البعض سوق المنتج بأنها تلك السوق التي تلبى حاجيات المستهلكين من سلع وخدمات، حيث تكون هذه الأخيرة قابلة للتبادل أو تعويضية فيما بينها نظرا لصفاتهما وقيمتها والغرض الذي خصصت له،⁽⁴⁾

¹ - راي رقم 13 ر 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013، المتعلق بإخطار وزير التجارة لمجلس المنافسة لإبداء رأيه حول احترام قواعد المنافسة في سوق الاسمنت، النشرة الرسمية للمنافسة، مجلس المنافسة، الجزائر، عدد 2، 2013، ص12.

² - حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص 16.

³ - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 58.

⁴ - مريم الحاسي، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 105.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

وأن معيار التبادل أو المماثلة هو مدى إمكانية التبادل بين السلع والخدمات، فإذا قلنا أن سلعتين أو خدمتين أنهما متبادلتين فهذا يعني أنهما تنتميان لنفس السوق.

ولقياس درجة التبادل بين السلع والخدمات حتى يمكن إدراجها في سوق واحدة، يوجد منهجان لقياس درجة التبادل: (1)

- الأول يتمثل في قياس جانب الطلب على المنتجات في السوق، أي البحث عن المنتجات التي يراها المستهلك أو المشتري متبادلة ومماثلة، أو تقوم مقام السلعة أو الخدمة محل النظر، فالطلب هو مقدار ما يطلب من منتج عند سعر معين في وحدة زمنية معينة.

- الثاني يكمن في النظر إلى جانب العرض في السوق لاسيما العروض التي تقدمها المؤسسات التي تستطيع تحويل خطوط إنتاجها في وقت قصير من أجل تزويد السوق بالمنتجات المعنية أو المنتجات المتبادلة معه، فالعرض هو كمية المنتجات التي تقدمها المؤسسات عند سعر معين وفي وحدة زمنية معينة.

إذن، فالمقصود بالمنتجات التبادلية إمكانية العميل الاستغناء عن سلعة أو خدمة واستبدالها بأخرى لها نفس المميزات النوعية والقيمية، وبالتالي فإن غياب المنتجات البديلة من شأنه أن يعطي المؤسسات السيطرة والقدرة الاقتصادية، وهذا ما يؤثر على أسعار المنتج وحجمه طالما لا يوجد له بديل، بعبارة أخرى، تعني التبادلية إمكانية تحول المستهلكين إلى طلب سلع أو خدمات بديلة متوافرة في السوق في حالة زيادة سعرها ويفترض فيها التشابه في النوع والاستعمال بحيث تقوم كل واحدة مقام الأخرى في الأداء المطلوب، وهذا ما يجعلها سوقا واحدة "لاسيما بسبب مميزات وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له".

1- من حيث مميزات المنتجات البديلة:

لتشكيل سوق تنافسية مرجعية واحدة، يجب أن تقدم نفس مميزات سلع وخدمات مختلفة على أنها تكون قابلة للإبدال كونها تقدم كمؤشر هام لذلك، وعكس ذلك يكون صحيح، فتشابه السلع والخدمات مع اختلافهما في المميزات الأساسية لا يمكنهما تشكيل سوق واحدة لأنهما غير قابلين للإبدال بينهما، أي كلما تقاربت مميزات المنتجات أمكن القول بأنها متماثلة مثلا من حيث النوع، الشكل والخصائص الطبيعية والفنية وحتى التقنية.

2- من حيث استعمال المنتج:

بحيث يمكن القول أن ثمة منتجات قد تكون مختلفة الخصائص بيد أنها تشبع ذات الحاجة أو مخصصة لاستخدام واحد، ومن ثم تُعد هذه المنتجات قابلة أن تحل محل المنتجات أو الخدمات الأخرى. على العكس من ذلك، قد تتشابه المنتجات إلا أنها لا تقوم بذات الوظيفة أو تخصص لذات الاستخدام، ومن ثمة لا تكون قابلة للإحلال فيما بينها، وبالتالي لا تضمها سوق مرجعية واحدة. (2)

¹ - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 29.

² - أمنة مخاشنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 100.

3- من حيث السعر:

السعر عموما هو تضحية بالنقود من طرف المستهلك على المنتج الذي يرغب في الحصول عليه، أما بالنظر من طرف المؤسسة فهو يعتبر بمثابة إيراد مقابل تنازلها عن المنتج المباع أو الخدمة التي تقدمها، فمتى كان هناك فارق في السعر يمكن أن يعبر كذلك عن عدم قابلية السلع والمنتجات أو الخدمات للإبدال خاصة إذا كانت بشكل مستمر ودائم.

لذا، فبالرغم من الأهمية التي تحملها الأسعار في تقدير التبادلية تبقى كعامل مؤثر لسلطات المنافسة من أجل التمييز بين مختلف الأسواق ليس إلا.

4- من حيث تصرف المستهلك:

إن نجاح قاعدة العرض والطلب في الأسواق مرهون بمدى استقطاب المؤسسات لأكبر قدر ممكن من الزبائن كمستهلكين من حيث رضاهم بما هو معروض ومقدم من السلع والخدمات، فإلى جانب المؤشرات الأخرى التي تساعد على تحديد السوق نجد نظرة المستهلك ومدى تأثيره بالمحيط والبيئة التي يعرض فيها المنتج كأحد العوامل التي تساعد في تقدير سوق المنتجات خاصة من خلال سلوكه.⁽¹⁾

ثانيا- من حيث المنطقة الجغرافية

تمثل السوق الجغرافية ذلك الإقليم الذي تقوم فيه المؤسسات بعرض وطلب المنتجات والخدمات، أو هي تلك المنطقة التي يمارس فيها المشروع (المؤسسة) نشاطه التجاري ويعرض فيها منتوجاته، ويتحدد نطاقها حسب حجم وأهمية نشاط ذلك المشروع، وعادة ما تكون هذه السوق كالمرآة تعكس حجم الحصة السوقية للسلعة أو الخدمة التي يستحوذ عليها المشروع.⁽²⁾

إن الفائدة الأولى من تحديد السوق الجغرافية هو تحديد القانون المطبق على الممارسة المكتشفة من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكننا أن نحددها إذا ما كان عون اقتصادي في وضعية هيمنة أو احتكار إلا إذا حددنا الحيز الجغرافي الذي يبسط فيه هيمنته، وبالتالي قد تعرف السوق الجغرافية على أنها تحتوي الإقليم الذي تكون فيه الشركات المعنية متدخلة في عرض السلع والخدمات المعنية والتي تكون آثار المنافسة عليها متجانسة بالقدر الكافي والتي يمكن أن نفرقها عن حيز جغرافي مجاور لها لأن شروط المنافسة تختلف بصفة ملحوظة.⁽³⁾

لم يحدد المشرع الجزائري تعريفا خاصا بالسوق الجغرافية وإنما لمح فقط لها بالمادة 03 بقوله "المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات بها".

حيث تعتبر السوق الجغرافية ذلك الامتداد الجغرافي الذي تعرض فيه المؤسسات السلع والخدمات، وترسم بذلك حدود امتداد النشاط الاقتصادي الذي تمارسه بشرط عدم وجود بديل لها بنظر المستهلك، فيمكن أن تكون عبارة عن مكان ضيق جدا ومحدود للغاية، أو تكون واسعة النطاق لا تتحصر في مكان معين

¹ - آمنة مخانشة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 101.

² - حسين الماخي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص 36.

³ - صبرينة بوزيد، قانون المنافسة لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالم، 2015-2016، ص 71.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

ومحدد، فقد تشغل كامل إقليم الدولة أو الدائرة أو ولاية منها، بحيث تشكل جزء من السوق تسمى سوق وطنية أو محلية أو جهوية، إما بطريقة رسمية والتي تظهر بصورة أوضح في الفضاءات التجارية المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-111 الذي يحدد شروط وكيفية إنشاء الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية والتي يقصد بها كل حيز أو منشأة مبنية أو غير مبنية مهيأة ومحددة المعالم تمارس فيه مبادلات تجارية بالجملة أو بالتجزئة وتتمثل لاسيما في أسواق الجملة للفواكه والخضر والمنتجات الصناعية والغذائية وكذا أسواق اللحوم والأسماك أسبوعية أو نصف أسبوعية أو في شكل مساحات صغرى من نوع سوبرمارت أو مساحات كبيرة من نوع متجر كبير ومتجر ضخم أو المراكز التجارية.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى نص المادة 03 من الأمر 03-03 نجد أن السوق التنافسية تتماشى مع المبدأ العام المتعارف عليه في القانون "مبدأ إقليمية القوانين"، وبناء عليه تطبق قواعد المنافسة الجزائرية على تصرفات المتعاملين الاقتصاديين المتواجدين داخل التراب الوطني وكذا تلك الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين الموجودين خارج التراب الوطني إذا كان لممارستهم غير التنافسية تأثيرا مباشرا أو غير مباشر على السوق الوطنية.⁽²⁾

ولم يقتصر كل هذا على وضع قوانين داخلية فقط، بل امتد إلى أطر دولية أو إقليمية وثنائية لذات الغرض، بحيث نجد أن الجزائر وقعت اتفاق الشراكة الأورو متوسطي سنة 2002 الذي دخل حيز النفاذ سنة 2005 الذي يحدد إطار العلاقات بين الاتحاد الأوروبي والجزائر.⁽³⁾

وقد خصصت ثلاثة مواد وهي 41، 42 و 43 على اعتبارها القواعد العامة للنظام العام الاقتصادي، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 41 من الاتفاق على التالي:

"تعارض الأمور التالية مع الأداء السليم لهذا الاتفاق طالما من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين الاتحاد والجزائر:

أ- كل الاتفاقات بين المؤسسات وكل القرارات الصادرة من مجموعات من الشركات والممارسات المتفق عليها بين المؤسسات التي يكون هدفها أو من أثرها منع المنافسة أو تقييدها أو تحديدها؛

ب- إساءة استعمال المركز المهيمن من قبل إحدى المؤسسات أو عدد منها على:

- كامل أراضي الاتحاد أو جزء هام منها.
- كامل أراضي الجزائر، أو جزء هام منها."

¹- المادتين 02 و 03 من المرسوم التنفيذي رقم 12-111 المؤرخ في 06 مارس 2012 الذي يحدد شروط وكيفية إنشاء وتنظيم الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية، ج ر عدد 15 المؤرخة في 14 مارس 2012.

²- محمد تيورسي، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 32.

³- أنظر المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005 المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس الشراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج ر عدد 31 مؤرخة في 30 أبريل 2005. لاسيما الملحق رقم 05 منه المتعلق بكيفية تطبيق المادة 41 الخاصة بالمنافسة.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

حيث أن سن مثل هذه الأحكام يهدف لا محالة إلى تكريس فعالية للمنافسة الحرة في مختلف الأسواق التنافسية بأكملها أو جزء مهم منها وكذا الحفاظ عليها من كل الممارسات التي تلحق بها الضرر. بمعنى أن تطبيق حدود السوق الجغرافية وفقا للمشرع الجزائري يكون على الاتفاقات المحظورة وغيرها من الممارسات المقيدة للمنافسة التي أبرمت داخل التراب الجزائري أو يمس بطريقة مباشرة أو غير مباشرة المسار التنافسي داخل السوق الوطني أو جزء منها ولو لم يكن مقرها داخل التراب الجزائري.

الفرع الثالث: تأثير سوق الصفقات العمومية بالاتفاقات المحظورة

يختص مجلس المنافسة بالنظر في ممارسة الأشخاص المتدخلة في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية عندما تكون مخلة بالمنافسة، حيث تتنوع وتتعدد هذه الممارسات لتشمل إمكانية إقدام بعض المترشحين على إبرام اتفاقات منافية للمنافسة فيما بينهم من أجل مضاعفة قوتهم الاقتصادية في السوق، لاسيما وأن ضوابط المنافسة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية لا تعتبر الوسيلة المثلى لمنع خلق مثل هذه الممارسات، لذلك يتعين الرجوع لقانون المنافسة للبحث عن آليات مجابهة التأثير السلبي لهذه الممارسات على حرية المنافسة وعلى حسن سير السوق التنافسية، فالتعامل غير المقيد للمتدخلين يحقق أفضل توزيع للموارد الاقتصادية وأدنى الأسعار للمشتري العمومي وأعلى مستوى من الجودة والتقدم، في حين تعتبر الاتفاقات غير المشروعة نقيض ذلك، وعلى ذلك يشكل الحظر الوارد عليها حجر الزاوية لقانون المنافسة، التي غالبا ما لا تعتمد المؤسسات على المنافسة لنقوية مكانتها وتعزيز قوتها في السوق بل تلجأ إلى التواطؤ عن طريق إبرام اتفاقات اقتصادية قابلة لأن ترتب آثار سلبية مخلة بالمنافسة عبر السوق.

أولاً- مدى اعتبار الصفقات العمومية سوقا

جاء في قرار لمجلس المنافسة الجزائري أنه "كل صفقة عمومية تم إبرامها وفق إجراءات طلب العروض فإنها تشكل سوقا قائما بحد ذاته، حيث ينشأ هذا السوق بالتقاء الطلب المقدم من طرف صاحب الصفقة (الهيئة أو الإدارة العمومية) وبين الاقتراحات أو العروض المقدمة من طرف المترشحين (المؤسسات التجارية) استجابة لطلب العروض".⁽¹⁾

وبذلك يكون طلب العروض في مجال الصفقات العمومية سوقا، يعتبر فيها دفتر الشروط الطلب، وعطاءات المشاركين العرض، حيث أن المنافسة فيه ركيزة جوهرية باعتبار أنها تمكن من الحصول على أحسن العروض وأنسبها من ناحية، كما تضمن المساواة بين المتنافسين أمام الطلبات العمومية من ناحية أخرى، وهو ما يجعل الانتباه واليقظة من طرف المشتريين العموميين ضروريين للحيلولة دون ارتكاب ممارسات مخلة بقواعد المنافسة وذلك من كون سوق الصفقات العمومية تشكل بطبيعتها أرضية ملائمة لممارسات من هذا القبيل يمكن ان تتخذ أشكالا متنوعة وأخطرها الاتفاقات الرامية إلى تقاسم السوق.

حيث أن المشرع الجزائري كان قد انتبه لهذه الخطورة فكان من بين أهداف تعديل قانون المنافسة سنة 2008 منع الممارسات التي تخل بنزاهة وثقة الأعوان الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية،

¹ - أنظر قرار رقم 2018/06 الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة بتاريخ 19 جويلية 2018، مجلس المنافسة، الجزائر، ص 09.

الفصل الأول: المنافسة في الصفقات العمومية

سواء كانوا وطنيين أو أجانب، خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي تشهده الجزائر والاندماج الدولي الذي تسعى إليه مع ظهور آلية الإعلان عن الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية والتي أصبح الطلب العمومي يتخطى بموجبه الحدود الإقليمية للدولة بمجرد نشر الإعلان عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على شبكة الأنترنت.

واعتبارا لذلك، فإن العارضين تتعدد جنسياتهم، ومن ثم تتعدد الدول التي تنظم فيها نشاطاتهم الاقتصادية وفق القوانين المتعلقة بهم، حتى ولو لم يشر المشرع الجزائري بصفة صريحة إلى السوق الداخلية أو الواقعة في الإقليم الوطني لتحديد الممارسات المنافسة للمنافسة، بل ذكر كلمة السوق فقط.⁽¹⁾

ثانيا- خصوصية الاتفاقات المحظورة في سوق الصفقات العمومية

تتمثل أهم خصوصيات الاتفاقات المحظورة في ميدان الصفقات العمومية في اعتبار هذه الأخيرة سوقا معنية ذات طابع خاص، متميزة نوعا ما عما ورد في المادة 6 من قانون المنافسة التي تنص على حظر الاتفاقات المنافسة للمنافسة "... في نفس السوق أو جزء جوهري منه...".

كما أشرنا سابقا، فإنه تعتبر السوق الفضاء الذي تتنافس بداخله المؤسسات، الأمر الذي جعلها مسرحا لتقييد محتمل لحرية المنافسة، ولتقدير ما إذا كان الاتفاق يقيد المنافسة أم لا، لا بد من الأخذ بعين الاعتبار السوق المعنية به أو السوق المرجعية، على أن تحديد السوق في مجال الصفقات العمومية يختلف حسب الممارسة المرتكبة، فبالنسبة للاتفاقات المحظورة يكون تحديدها مبنيا على مجرد النقاء طلب المشتري العمومي على سلعة أو خدمة معينة مع العرض المقدم من طرف العارضين، وبالتالي يعتبر كل طلب عروض سوقا مرجعيا.

ونظرا لخصوصية الاتفاقات المحظورة في سوق الطلب العمومي فإن التعامل معها بدوره يتم بطريقة مختلفة مقارنة بالنظام القانوني الذي يحكم الاتفاقات في باقي الأسواق على أساس أن تنفيذ هذا النوع من العقود يتم بواسطة المال العام للدولة، فتخل الاتفاقات المرتبطة بها بالمنافسة وبمبدأ الاستعمال الحسن للمال العام، مما يجعل مواجهتها بشكل أكثر صرامة.

¹ - محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، ص 79.

الفصل الثاني

آليات التحقيق في الاتفاقات التوافقية
بين مقدمي عروض الصفقات العمومية

تمهيد:

إن للمصلحة المتعاقدة عبر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أولوية الكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة التي يمكن أن تظهر قبل وبعد الاطلاع على العروض والتي تستند لنصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث أن احترام مبادئ المنافسة الحرة والوقوف على حدود نصوص قانون المنافسة تستدعي تطبيق المبدأ الأساسي للشفافية. فيجد المشتري العمومي نفسه بعد طرح الطلب العمومي وسط هيكل من المؤسسات وتنظيم محكم للمتعهدين مقدمي العروض، لهذا وجب على المصالح المتعاقدة الاضطلاع الكامل والكافي لمجال المنافسة القائمة في مجال السوق محل الطلب، حيث وجب التعامل معها بوجهة نظر القوة السوقية ودرجة العلاقات وقوة التأثير على المتعهدين الآخرين، ليس فقط بوجه الوثائق والمستندات الرسمية المقدمة في العروض، بل في كل التصرفات والسلوكيات بينهم.

المبحث الأول: تحليل الاتفاقات التواطئية ومؤشراتها بين مقدمي العروض

على المصالح المتعاقدة وعلى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مراعاة السوق التنافسية والمعرفة السابقة لصور الاتفاقات المحظورة في الصفقات العمومية وطرق كشف مؤشراتها، حيث ورجوعا إلى اجتهادات مجلس المنافسة الجزائري نجدها شحيحة في هذا المجال إن لم نقل منعدمة، مما يحتم علينا استنتاجها من واقع الصفقات العمومية والبحث في المراجع النظرية التي ذكرت تطبيقات للاتفاقات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، خاصة مذكرة "الأونكتاد" حول سياسة المنافسة وقطاع المشتريات العامة،⁽¹⁾ ونورد نماذجا للاتفاقات مع أهم العوامل التي نرى أنها مساعدة كثيرا في قيامها.

المطلب الأول: الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض والعوامل المساعدة عليها

تؤدي الاتفاقات المحظورة بين المؤسسات المرشحة لنيل الصفقات العمومية إلى الإضعاف من المنافسة، وفي بعض الحالات إلى إقصاء بعض المؤسسات الأخرى غير المتفقة، وتتخذ في ذلك عدة أشكال وصور تتوفر فيها شروط الاتفاق المحظور المشار إليها سابقا.

الفرع الأول: تبادل المعلومات بين مقدمي العروض

يعد تبادل المعلومات أحد أشكال التعاون بين المؤسسات المتنافسة والذي يتم من خلاله تقديم معلومات لبعضهم البعض، وإذا ما نظرنا إلى الفوائد الاقتصادية التي يحدثها تبادل المعلومات نجد أنه يزيد من شفافية السوق ومن وعي المستهلك، وهو ما يؤدي إلى فعالية وكفاءة اقتصادية أفضل، كما يمكن أن يؤدي أيضا إلى مخالفة قانون المنافسة من خلال التأثير السلبي على المنافسة بما يضر مصلحة المستهلكين والمشتريين العموميين أو بالمنافسين الآخرين.

¹ - مذكرة حول سياسة المنافسة وقطاع المشتريات العامة، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مجلس التجارة والتنمية، لجنة التجارة والتنمية، فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بقوانين وسياسات المنافسة، جنيف، سويسرا، جويلية 2012.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

أولاً- فوائد المعلومات المتبادلة

يدخل تبادل المعلومات ضمن إطار التعاون بين المتنافسين والمؤسسات التي تعمل بنفس مستوى الإنتاج أو في نفس سلسلة التوزيع الخاصة بمنتجات أو خدمات تشكل سوقا واحدة مستقلة، فتكون فرصة تبادل المعلومات ضرورية لتطوير العلاقات السوقية من أجل ممارسة النشاط الاقتصادي بشكل فعال في السوق المعنية.⁽¹⁾

فسهولة الحصول على المعلومات من السوق تمكن المؤسسات من التخطيط والتنبؤ بشكل فعال فيما يتعلق بإنتاجها وعلاقتها التجارية وكذلك الاستثمار في قوى إنتاجية جديدة أو في الأبحاث والتطوير، وهو ما يؤدي إلى تحسين الجودة وزيادة الابتكارات وتخفيض أسعار السلع والخدمات المعروضة.⁽²⁾ كما قد يخلق تبادل المعلومات تكييفا جديدا حول العرض والطلب داخل السوق المعنية، فمن الممكن أن يساهم في إعادة توزيع المنتجات بشكل أكثر فاعلية في المناطق الجغرافية التي تتسم بوجود طلب أكثر من العرض، ومن الممكن أن يساهم أيضا في تحفيز تمايز السلع والخدمات فيما يتعلق بالطلب القائم من قبل المستهلكين، وهو ما يصب في صالحهم ويزيد من شفافية السوق.

ثانيا- تبادل المعلومات قبل تقديم العروض

يشكل اتفاقا منافيا للمنافسة بين المؤسسات ثبوت وجود تنسيق أثناء تقديمها لعروض في الصفقات العمومية، خصوصا من خلال تبادل المرشحين لمعلومات حول محتوى هذه العروض قبل إيداعها أو الحصول على هذه المعلومات من طرف الإدارة.⁽³⁾

بحيث أن مجرد تبادل المعلومات قبل تقديم العروض يعد مخلا بقواعد المنافسة دون أن يقترن باتفاقات لاحقة فيما بين المؤسسات المتواطئة الراغبة في الحصول على الصفقة، فهذا التبادل كاف لتضليل المشتري العمومي، فلا تعد ممنوعة بموجب قانون المنافسة إلا إذا كان الهدف منها تقاسم الطلب العمومي عن طريق التغيرير بالمشتري العمومي حول مدى توافر المنافسة الحرة في السوق، وأن يتم تبادلها قبل تقديم العروض دون ضرورة الوقوف عن حصول الأطراف المتواطئة على الصفقة أو على جزء منها لمتابعة ممارستها أو ردعها.⁽⁴⁾

يمكن أن تشمل المعلومات عدد المشاركين والوسائل المادية والبشرية التي تحوزها،⁽⁵⁾ كما يمكن أن تتعلق بأسماء المؤسسات وأهميتها في السوق المعنية وكذا الأسعار المزمع اقتراحها من طرفها.

¹- أمل محمد شليبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 152.

²- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، مرجع سابق، ص 183.

³- نص المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مرجع سابق.

"لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض، ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط"،

⁴- حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص 60.

⁵- ينظر في ذلك قرار مجلس المنافسة التونسي في القضية رقم 4155 بتاريخ 16 ديسمبر 2004، التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي لسنة 2004، ص 127، ومما ورد فيه:

"وحيث أن التواطؤ بين المؤسسات الاقتصادية في مادة الصفقات العمومية يمكن أن يتخذ أشكالا مختلفة، ويتجلى في مظاهر متعددة كتتنسيق العروض حول الأسعار التي تنوي بذلها، أو تبادل المعلومات حول عدد المشاركين والوسائل المادية والبشرية المزمع استعمالها، وذلك بغرض تقاسم الصفقات بينها جغرافيا أو زمنيا أو بغية فرض أثمان على الإدارة بهدف تحقيق أرباح ما كان لها أن تحققها لو أنها التزمت بمبادئ المنافسة الحرة التي تفرض استقلالية العروض وسريتها".

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

إن زمن تبادل المعلومات هام لتكييفها على أنها مخلة بالمنافسة، وأن التبادل قبل إبرام العقد يبقى دائما مضرا لأنه يدفع بالمؤسسات إلى أن تتحالف ضد منافسيها عوض أن تنجز عروضها وفقا لقدراتها وإمكانياتها،⁽¹⁾ لكن لا شيء يضمن أن تبادل المعلومات اللاحقة لتقديم العروض لا يساعد على إعداد العروض التي تطلبها الإدارة لاحقا والاطلاع على تلك التي تم إيداعها من طرف المتنافسين والتي تمكن من معرفة عدة مسائل لتقدير درجة المنافسة في السوق زيادة على الاطلاع على المعايير التي تعتمدھا لانقضاء أفضل عرض وفقا لمعادلة السعر والجودة، وهي المعلومات التي من شأنها حمل المؤسسات الراغبة في الحصول على الصفقة على التواطؤ فيما بينها لإقصاء غيرها والتفرد بالطلب العمومي.

الفرع الثاني: وعي المصالح المتعاقدة بخصائص الأنشطة التجارية التي تساعد على سهولة التواطؤ في الصفقات العمومية

على الرغم من أن ممارسات التواطؤ يمكن أن تحدث في أي قطاع اقتصادي، إلا أنه يوجد بعض القطاعات التي تكون ذات عرضة أكبر لهذه الممارسات نتيجة خصائص معينة في الصناعة أو المنتج أو الخدمة، بحيث تساعد هذه الخصائص في دعم الممارسات التواطئية، وقد تكون مؤشرات هذه الممارسات أكثر فائدة وإيجابية في حال وجود عناصر داعمة معينة، ولهذا السبب يجب أن يوضع في الاعتبار أثناء تحديد الحاجيات من طرف المصالح المتعاقدة تقييم خصائص السوق المعنية والتي قد تساهم في تسهيل الاتفاقات بين المتنافسين، وفيما يلي بعض الخصائص التي نرى أنها تساعد على الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض.

أولا- قلة أو انعدام المؤسسات في السوق المعني بموضوع الطلب العمومي

تزيد احتمالية وجود ممارسة التواطؤ في الصفقات العمومية كلما قل عدد المؤسسات التي توفر السلعة أو الخدمة موضوع الطلب العمومي، فكلما قل عدد العارضين كلما كان من السهل التوصل إلى اتفاق حول كيفية التواطؤ، وهذا حسب طبيعة النشاط أو القطاع الذي يتسم بسهولة مراقبة المؤسسات لبعضها البعض. فوجود عدد صغير من المؤسسات في السوق يعطيهم فرصة الحصول على معلومات كافية حول استراتيجيات منافسيهم، وهو ما سيجعلهم يتبنون استراتيجيات مماثلة بالدخول في اتفاقات تواطئية لإقصائهم من السوق المعني.

كما أنه عندما يكون هناك عدد قليل من المؤسسات متواجدة في السوق أو على وشك الدخول إليها وذلك بسبب موانع الدخول المتعارف عليها كتكلفة الإنتاج أو صعوبة أو بطء الدخول أو اشتراط الحصول على رخصة أو اعتماد مسبق من السلطات المعنية بمنحها، فإن المؤسسات المتواجدة في هذه السوق تعد محمية من الضغط التنافسي الخاص باحتمالية وجود وافدين جدد داخل هذه السوق، وهذا العائق يدعم مجهودات التواطؤ في الصفقات العمومية.

¹ - محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، ص 122.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

ثانيا- الطلبات العمومية المتكررة أو المتوقعة

إن التغيرات الجوهرية في ظروف العرض والطلب تؤدي إلى زعزعة اتفاقات التواطؤ، بينما يؤدي ثبات الطلب على السلعة أو الخدمة أو الطلب المتوقع من قبل المشتري العمومي إلى زيادة فرص التعرض لخطر التواطؤ كحاجة المشتري العمومي مثلا دوريا إلى طلب توريد أوراق الطباعة وحبر الطباعة الضروريين واللازمين لسير المرافق العامة حتى وإن كان مفقودا في السوق.

وفي نفس الوقت، فإنه أثناء فترات التقلبات الاقتصادية يتجه المتنافسون إلى التواطؤ في الصفقات العمومية لتعويض خسارتهم من خلال جني الأرباح الناتجة عن هذه الاتفاقات عن طريق الزيادة في سعر المنتج أو الخدمة.

كما أن عمليات الشراء العمومي المتكررة والمتماثلة تزيد من فرص الاتفاق والتواطؤ، حيث أن تكرار الطلبات العمومية يساعد أطراف الاتفاق على تقسيم العقود فيما بينهم.

ثالثا- السلع والخدمات المتماثلة والمتبادلة

عندما تكون السلع أو الخدمات المطلوبة من المشتري العمومي والتي تقدمها المؤسسات متطابقة أو متشابهة بشكل كبير يكون من السهل على المؤسسات أن تتوصل إلى اتفاق حول هيكل السعر وتقاسم الأرباح.

ففي حالة قلة المنتجات أو الخدمات البديلة الجيدة التي يمكن أن تحل محل السلعة أو الخدمة المطلوبة، فإن المؤسسات التي ترغب في التلاعب سيكونون أكثر أمنا، حيث أنهم على دراية بأن المؤسسة المنافسة أمامها بدائل قليلة، لذا فإن محاولاتهم لرفع السعر والاتفاق بينهم تتكلم غالبا بالنجاح.

ونضم لهذه الفكرة أيضا قلة الابتكارات أو انعدامها في المنتج أو الخدمة، أين تساعد المؤسسات على التوصل إلى اتفاق والإبقاء عليه لمدة طويلة، لأن المنتج لن يتغير في الشكل والسعر خلال هذه المدة، مما تسمح بتنفيذ الاتفاقات، وهذا ما كان يعنيه المشرع الجزائري بالمادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة في المطة الثانية من حظر الاتفاق الخاص بـ "تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني".

الفرع الثالث: وعي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بصور الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض

يحدث التواطؤ في الصفقات العمومية عند قيام المؤسسات المفترض تنافسها بالاتفاق سرا من أجل زيادة أسعار السلع والخدمات أو تقليل جودتها للمشتري العمومي وإعاقة مجهوده من الحصول عليها بأقل سعر وأفضل جودة ممكنين، بغرض زيادة الحجم المالي للعرض الفائز عن طريق تقاسم الصفقات فيما بينهم أو التنافس الوهمي عليها بغرض استفادة أحدهم من الصفقة بشكل دوري.

أين تتضمن خطط ممارسات التواطؤ غالبا آليات لتقسيم وتوزيع الأرباح المكتسبة مع المؤسسات المتفق فيما بينها، وعلى الرغم من ذلك فإن الترتيبات الخاصة بممارسات التواطؤ قد تستخدم طرق أكثر دقة لتحديد الفائزين ومراقبة تقسيم العائدات خلال فترة أو فترات زمنية، وعادة ما يطبقون استراتيجية أو أكثر

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

من الاستراتيجيات المتعارف عليها والآتي ذكرها، حيث تشكل هذه الاستراتيجيات أنماطا من الممكن كشفها من قبل المصالح المتعاقدة ولجنة فتح الأظرفة على الخصوص.

أولا- التقسيم الزمني للعروض

قد تسعى المؤسسات المرشحة بعد الاتفاق فيما بينها إلى تعيين المؤسسة التي ستفوز بالصفقة بشكل مستمر قبل تقديم العروض، وتعتمد في ذلك أسلوبا خاصا لتضليل المصالح المتعاقدة يتمثل في تقديم عروض تغطية، أو ما يسمى أيضا بالعروض الشكلية والصورية، وتعد هذه الطريقة الأكثر استخداما عند القيام باتفاقات التواطؤ.

وبطبيعة الحال، يتم الموافقة على عروض التغطية لتوحي ظاهريا بوجود منافسة حقيقية، ويحدث تقديم هذه العروض عندما توافق المؤسسات المتواطئة على تقديم عروض تتضمن مثلا على ما يلي: (1)

- تقديم عرض بسعر أعلى من سعر العرض المقدم من الفائز المتفق عليه؛
- تقديم عرض مبالغ فيه ومن المتوقع ألا يُقبل؛
- تقديم عرض بأسعار مخفضة أكثر من سعر تقديرات المصالح المتعاقدة أو السعر السائد في السوق. (2)

إن الهدف المرجو من تقديم عروض التغطية هو أن تظهر المؤسسة التي وقع الإجماع على تمكينها من الفوز بالصفقة في صورة العارضة الأفضل على مستوى السعر والجودة، فتقوم باقي المؤسسات المتواطئة بتقديم باقي هذه العروض التي قد تحتوي على عروض مالية مرتفعة مثلا، مما يخطر للمشتري العمومي على أنها أقل أهمية مقارنة بعرض المؤسسة المعنية للفوز بالصفقة، فينتج عنها إقصاء عروض بقية المؤسسات المتواطئة وفوز تلك المعينة مسبقا.

ويمكن أن تكمن غاية المؤسسات من تقديم عروض التغطية ليقع تمكينها من الصفقة اللاحقة باعتماد نفس الأسلوب، وهكذا تتم نفس العملية إلى أن يتم إرضاء كل المؤسسات المتواطئة من خلال التداول على الصفقات زمنيا كل بدوره، أو حصول الأطراف على جزء من الصفقة الحالية، وهو ما يسمح لهاته المؤسسات بالتحكم في الصفقات في مجال تخصصها. (3)

حيث أن مثل هذه الممارسة لها العديد من المخاطر، فهي تؤثر على ثمن الصفقة بأن تكون أكثر ارتفاعا مما لو تمت في أجواء منافسة حقيقية، كما أنها توع الإدارة في الغلط لاعتقادها أن الصفقة تم منحها على أساس منافسة فعلية.

¹- محمد زكرياء قراقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، ص 129.

²- أنظر المادة 72 المطعة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

³- أبو بكر عياد كرافة، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013، ص 58.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

ثانيا- التقسيم الجغرافي للعروض

قد تتواطأ المؤسسات الناشطة في سوق واحدة والمشاركة في تقديم العروض على تقسيم سوق الصفقات العمومية جغرافياً بأن تتفق على عدم التنافس لدى مشترين عموميين معينين أو في مناطق جغرافية معينة، وترشيح مؤسسات معينة للصفقات المعلن عنها في إقليم معين، وبالمقابل ترشح المؤسسات الأخرى في مناطق أخرى، كأن تقوم بأي مما يلي:

- تخصيص مشترى عمومي بالاسم لمؤسسة متفق عليها؛
 - تخصيص مشترين عموميين في منطقة معينة لمؤسسة متفق عليها؛
 - تخصيص فئة من المشترين العموميين في منطقة معينة لمؤسسة متفق عليها؛
 - تخصيص الصفقات حسب حجمها، مثلا الصفقات الكبيرة جدا لمؤسسة متفق عليها، والكبيرة لمؤسسة ثانية، والمتوسطة لمؤسسة ثالثة، والصغيرة لمؤسسة رابعة؛
 - تخصيص الصفقات حسب خصائص معينة فيها.
- وبذلك لن يتم تقديم عروض، أو يتم تقديم عروض تغطية فقط للصفقات المطروحة.

ثالثا- تقديم عروض المبدأ أو العروض غير الجادة

تعرف عروض المبدأ على أنها تلك العروض غير الحقيقية التي يقع التقدم بها بطريقة مقصودة، والتي يكون الغرض منها عدم الحصول على الطلب العمومي، وبالتالي عدم الفوز بالصفقة من طرف المؤسسات غير الراغبة في الحصول عليها.

وليس هناك مانع قانوني لهذه المؤسسات من تقديم عرضها، سواء كان غير واف أو غير تنافسي، فسيتم في كل الحالات إما دعوتها لتكملة عرضها فيما يسمح به قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾ أو رفض العرض.

حيث لا يعتبر تقديم هذه العروض في إطار الصفقات العمومية ممارسة منافية للمنافسة بطبيعتها طالما لم تقتزن بتواطؤ مؤسسات مرشحة، إلا أنها تكون ممنوعة في صورة ما إذا اقتزنت بسلوك آخر على غرار قيام مقدم العرض بإشعار بقية المؤسسات العارضة بأن عرضه خال من المصادقية، مما يؤدي إلى طمأننتهم بأن لا يكون عليهم قلق من العرض المقدم من المؤسسة غير الجادة.

تتخذ عروض المبدأ أو غير الجادة شكل بطاقة زائر، حيث تعتمد هذا الأسلوب تقاديا لإمكانية اقصائها من المشاركة في الصفقات اللاحقة عن طريق الاستشارة من طرف المصلحة المتعاقدة كلما تبين ذلك، إذ بإمكانها تقادي عدم استشارتها مثلا على اعتبار أنها غير مهتمة بطلب العروض المطروح وأن لا جدوى من دعوها للمشاركة في فرص لاحقة، بعبارة أخرى، إنها لا ترغب بنيل الصفقة المتقدم إليها رغبة منها بحجز مكانة دائمة لدى المصالح المتعاقدة في طلبياتها بحيث تكون معروفة لديها، مما يجعلها مرشحة لأن تكون ضمن المؤسسات التي تلجأ إليها المصالح المتعاقدة إلى التعامل معها فيما يخص العروض عن طريق الاستشارة.

¹ - أنظر المادة 71 المطة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

ويتم هنا إثبات هذه الممارسة بإقامة الدليل لا على وجود عرض مبدأ ممن عدمه، بل على توفر علم الأطراف المتفاهمة ومشاركتها في إنجاز هذا العرض، أي أن يكون معلوما للمتنافسين.⁽¹⁾

رابعا- التقدم بعروض مشتركة

من خلال نص المادة 57 الفقرتين 1 و2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،⁽²⁾ نلتزم إمكانية إباحة اتفاقات التفاهم حول منح الصفقات العمومية في حالة التقدم بعروض مشتركة، ويتم ذلك في حالة المشاريع الضخمة التي يصعب أحيانا تحملها بصفة انفرادية، فيتم الاتفاق على تقديم عرض مشترك بشأنها، على أنه حتى تخرج مثل هذه العروض من خانة الاتفاقات المنافسة للمنافسة يجب ان يعلن أصحاب العرض عند تقديمه عن كونه عرض مشترك فيما بينها وأن لا تكون الغاية من تقديم العرض المشترك منع المنافسة.⁽³⁾

فالالاتفاق الذي يجمع الشركة الأم مع أحد فروعها لا يُعد اتفاقا يخضع لقانون المنافسة وذلك رغم استقلالها القانوني، لأن الشركة الأم تعمل على وضع السياسة الاقتصادية والتجارية التي تتبعها الشركة الفرع، وهذه الأخيرة تبقى خاضعة تحت سيطرة الشركة الأم وتابعة لها، حيث وفي الحالة التي تضم فيها الشركة الأم وحدات مستقلة يمكن لهذه الأخيرة أن تستجيب للطلب العمومي وفق خيارين ممكنين:

1. المؤسسات المعنية بالمنافسة يمكن لها أن تتنازل عن استقلاليتها التجارية وتعمل على تقديم المؤسسة الأم المتمركزة في وضع اقتصادي وتنافسي جيد يستجيب للمنافسة المعروضة من بين الوحدات التابعة لها، وضمن هذا الفرض لا يمكن لهذه الوحدات التقدم سوى بعرض واحد.
2. يمكن للمؤسسات الفروع تقديم عروض متعددة على حسب الوحدات الاقتصادية، على ألا يكون قد تم تنسيق وتفاهم مسبق بين هذه الوحدات الفروع في تحضير عروضها باعتبارها وحدات مستقلة. وسواء في الحالة الأولى أو الثانية يمكن أن تقع الإدارة في الغلط حول نطاق المنافسة القائمة بين المؤسسات المتقدمة بعروضها، غير أنه يمكن تجنب ذلك بإعلام الإدارة من قبل هذه المؤسسات بطبيعة العلاقة القائمة بينها.⁽⁴⁾

المطلب الثاني: دور المصالح المتعاقدة بكشف وإثبات الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض والتقليل من مخاطرها

يبقى كشف مؤشرات الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية والتقليل من مخاطرها معلقا على مدى كفاءة ومؤهلات المصالح المتعاقدة بكل أجهزتها الممثلة لها في الطلب العمومي المعلن عنه، لأن البحث والتحري عن الاتفاقات التواطئية والتحقيقات المباشر فيها في مجال الصفقات العمومية

¹ - محمد زكرياء زرقاقي، الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، 133.

² - جاء فيها "كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى، حسب الشروط المذكورة في هذه المادة. ويكون الأخذ في الحسبان لدرات مؤسسات أخرى مشروطا بوجود علاقة قانونية بينها تتمثل في المناولة أو التعاقد المشترك، أو في إطار قانون أساسي (فرع أو شركة أم في نفس مجمع الشركات) والزامية مشاركتها في إجراء إبرام الصفقة العمومية".

³ - حسين الماحي، حماية المنافسة، مرجع سابق، ص 61.

⁴ - أبو بكر عياد كرافة، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، مرجع سابق، ص 59.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التوافقية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

يسعى إلى جمع الوثائق والتصريحات التي تسمح بإقامة الدليل على وقوع ووجود مثل هذه الممارسات، حيث أن الأدلة والإثباتات المباشرة التي تكفي نفسها بنفسها تكون نادرة، فيما أنها تكون الركن المادي للممارسات المحظورة.

غير أن الأمر يصبح جد معقد نتيجة التطور في طرق الاتفاقات من حيث طبيعة المعلومات المتبادلة ووقت تبادلها وأطراف الاتفاق، فالوثائق والتصريحات التي يتم جمعها تتم عادة مع مؤشرات تشكل مجموعة من القرائن المتناسقة بما فيه الكفاية لإقامة الدليل على وجود اتفاقات مقيدة للمنافسة يمكن لمجلس المنافسة تقديرها من خلال بعض المؤشرات والوقائع خاصة قبل وأثناء إيداع العروض،

الفرع الأول: دور المصالح المتعاقدة في إثبات الاتفاقات التوافقية

يخضع إبرام الصفقات العمومية لإجراءات خاصة تبقى غير كافية للحد من الانتهاكات المستمرة لمبادئ المنافسة، مما استلزم إيجاد ضمانات وآليات فعالة من أجل تكريس وتجسيد هذه المبادئ من خلال تحسين ظروف التعاقد وإضفاء الشفافية على القواعد والإجراءات في الإبرام، لذلك أسس المشرع الجزائري للرقابة الداخلية أو الرقابة الذاتية التي تمارسها المصالح المتعاقدة بنفسها على نفسها ضمانا للسير الحسن لأعمالها بواسطة لجنة فتح الأظرفة وفتح العروض.

أولا- تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تستمد اللجنة شرعيتها من نص المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي نصت على أنه "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض..."⁽¹⁾، ويفهم أن إحداث هذه اللجنة يعد أمرا إلزاميا على كل الهيئات التي لها صلاحية إبرام الصفقات العمومية.

ومن باب تبسيط الإجراءات ومراعاة خصوصيات بعض الصفقات العمومية ودرجة تعقيدها أجاز المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 160 للمصلحة المتعاقدة أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير وتحليل العروض، وهو عمل إحصائي من شأنه مساعدة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في القيام بمهامها. ويعود للمسؤول الأول على مستوى المصلحة المتعاقدة صلاحية اختيار من يرى في عضويتهم فائدة بالنسبة للجنة، حيث تنص المادة 162 من قانون الصفقات العمومية المذكور على أنه "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها..."⁽²⁾، وبذلك اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بحرية اختيار أعضاء اللجنة من بين موظفيها مراعيًا في ذلك خصوصية كل إدارة أو هيئة عمومية،⁽³⁾ كما يراعي مسؤول المصلحة المتعاقدة شرط هام في تشكيل اللجنة وهو "موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة، يختارون لكفاءتهم"⁽⁴⁾، فالمسؤول المعني هو المؤهل لتحديد عناصر الكفاءة القادرة على القيام

¹ - المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

² - المادة 162 من المرجع نفسه.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 71.

⁴ - المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

بمهامها في إطار هذه اللجنة على أكمل وجه، رغم ذلك يجب أن تتوفر تشكيلة اللجنة على مجموعة من الموظفين ذوي كفاءة مهنية وقانونية ومالية مما يتناسب مع أهميتها ومسايرة للمهام الموكلة لهم باعتبارها المسؤولة عن تحليل العروض والمفاضلة بينها، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتها إنشاء لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.⁽¹⁾

والملاحظ أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العقود تمارس عملاً إدارياً وتقنياً تقدمه للمصلحة المتعاقدة التي تبقى لها الصلاحية الكاملة في منح الصفقة، وهو ما نصت عليه المادة 161 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التي جاء فيها أنه "تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً".

لقد تم التأكيد في قانون الصفقات العمومية على ضرورة أنه "يجب أن يتلقى الموظفون العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تكويناً مؤهلاً في هذا المجال"،⁽²⁾ أين يستفيدون من دورات تكوين لتحسين مستواهم وكفاءتهم ومؤهلاتهم وتجديد معارفهم تضمنها الهيئة المستخدمة.⁽³⁾ حيث أن المبادرة ببرامج التكوين وترقية وتحسين المستوى في مجال الصفقات العمومية ضماناً لاختيار موضوعي لأحسن عرض من الناحية الاقتصادية في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز إعمالاً بمبدأ المنافسة.⁽⁴⁾

ما نود ذكره هنا هو أنه أثناء قيامها بمهامها المحددة قانوناً بالمرسوم الرئاسي 15-247، يظهر دورها الإيجابي في حماية المنافسة من خلال تعزيز الكشف القبلي عن الممارسات المناهية للمنافسة، فهذا الكشف المسبق يسمح للمصالح المتعاقدة في حالة رصد واكتشاف مؤشرات عن وجود اتفاقات تواطئية بين العارضين من تسجيل هذه المؤشرات ومتابعتها قصد إثباتها وتكوين الملف اللازم لإخطار مجلس المنافسة بالممارسات المرصودة منذ نشر إعلان الطلب العمومي إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

ثانياً - إثبات المصالح المتعاقدة للاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض

قد لا تثير مسألة إثبات الاتفاق غير المشروع صعوبة إذا اتخذ هذا الاتفاق شكل عقد صريح ومكتوب، إلا أن الأمر يختلف لما يعمل الطرفان على إخفاء الحقيقة، بحيث يتخذ الاتفاق شكلاً لا يثير الشك في مشروعيته أو يتجنبون كل شكل مكتوب، فيكون الاتفاق بينهم ضمناً، مما يستلزم البحث والكشف عن دلائل ومؤشرات دقيقة وكافية لإثباته.

وبشكل عام، يتم إثبات الاتفاق غير المشروع بالاستناد إلى الوسائل المادية أو عن طريق الوسائل المعنوية بواسطة المؤشرات والقرائن.

¹ - المادة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق

² - المادة 211 من المرجع نفسه.

³ - أنظر المادة 212 من المرجع نفسه.

⁴ - مونية جليل، آليات تفعيل المنافسة عند تقييم العروض لانتهاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، في إطار الندوة الوطنية بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، يوم 05 فيفري 2018، ص 05.

1- الإثبات عن طريق الوسائل المادية

يمثل الكشف عن الأدلة المادية الهدف الرئيسي الذي تسعى وراءه عمليات المراقبة والحجز أثناء تحقيقات المنافسة، ففي حالة الاتفاقات المحظورة يتعلق الأمر بجمع الوثائق التي تستدل على وقائع تبادل للمعلومات سابقة لعمليات إرساء صفقة معينة، حيث تنقسم الأدلة المادية أساسا إلى قسمين: الوثائق والتصريحات.⁽¹⁾

فيستند إثبات الاتفاق غير المشروع على وجود وثائق مادية تكتشف خلال مرحلة التحقيق من خلال معايير المحققين أو من خلال تقارير مجلس المنافسة، بشرط أن تكون تلك الوثائق دقيقة ومنتظمة وكافية بذاتها لذلك، ولا يهمل إذا كانت صادرة عن المؤسسة المتواطئة أو كانت بحوزتها أو محجوزة لدى الغير.⁽²⁾ تسمى هذه الطريقة بالإثبات المباشر للتواطؤ، استنادا إلى وثائق تثبت وجود تخطيط من طرف المؤسسات من خلال تبادلها للرسائل أو أثناء حضورها لاجتماعات تحدد من خلالها السياسة التجارية المتبعة والتي تعمل بموجبها على تقييد المنافسة.

إضافة إلى الوثائق المادية، تشمل الأدلة المادية المراسلات ومحاضر الاجتماعات التي ينظمها الأفراد بشرط أن تكون مطابقة للواقع،⁽³⁾ أين قد نجد في هذه الوثائق في العديد من الحالات آثارا لاقتسام الأسواق أو الحصص في نفس السوق، والتي تعتبر جميعها قرينة على انضمام المؤسسة لاتفاق غير مشروع هدفه تقييد المنافسة.

أما عن التصريحات، فهي تعتبر ثاني أصناف الأدلة المادية، ويمكن أن يتعلق الأمر بتصريحات أطراف الاتفاق أو اعتراف مؤسسة معينة أنها شاركت في تنفيذ وممارسة اتفاق غير مشروع ومقيد للمنافسة.

2- الإثبات عن طريق الوسائل المعنوية والمؤشرات والقرائن

يتم اتباع هذا الأسلوب في الإثبات في غياب وسائل الإثبات المادية والمباشرة، أو جمعها معها كدليل ثابت وتام على وجود الاتفاق غير المشروع، حيث تستند فيها على مؤشرات دقيقة ومنتسقة، لأن مجرد تصرف المؤسسات بصفة غير تنافسية في السوق لا يعتبر بذاته قرينة على تواطئها إلا إذا اقترن هذا التصرف مع قرائن أخرى كافية لهذا الإثبات.

تظهر هذه المؤشرات عن ملاحظة سلوك المؤسسات من جهة، وعن تحليل التصرفات التي تقوم بها هذه الأخيرة من جهة أخرى من خلال دراسة وتحليل السوق المعنية، ويستند الإثبات هنا إلى التناسق القائم بين هذه المؤشرات وليس إلى قيمة كل مؤشر على حدى.⁽⁴⁾

ومن بين القرائن المعتمدة في هذا الخصوص معاينة التوازي في التصرف بين المؤسسات المتنافسة في نفس الفترة، غير أن القاعدة العامة هي أن التوازي في التصرف وفي السلوك لا يكفي لوحده لإثبات الاتفاق غير المشروع، لأن هذا الأخير قد ينتج بسبب ظروف في السوق أو لسعي المؤسسة إلى تحقيق

¹ - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 311.

² - مريم الحاسي، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 64.

³ - إيمان بن طابوس، مسؤولية العون الاقتصادي، مرجع سابق، ص 112.

⁴ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2004-2005، ص

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

مصالحها الخاصة، وهو ليس محظور بذاته إلا إذا كان ناتجا عن تواطؤ بين المؤسسات،⁽¹⁾ نتيجة لذلك يشترط لتطبيق الحظر على التوازي في التصرف والسلوك الشروط التالية:

- وجود تصرفات متقاربة متبعة من قبل مجموعة من المؤسسات؛
- إثبات أن ذلك التوازي في السلوك قد يعد قرينة لإثبات التواطؤ متى اقترن بمجموعة من المؤشرات:⁽²⁾
 - تماثل الأسعار أو ثباتها، حيث تتأثر الأسعار بتغير العرض والطلب، كما تتميز أسعار السلع والخدمات باختلافها من مؤسسة لأخرى حسب التكلفة أو حجم الإنتاج أو الجودة، فإذا ما استقرت هذه الأسعار دون انخفاض أو ارتفاع، أو إذا تماثلت وتوحدت بين كل المؤسسات المتواجدة في السوق المعنية، فإن هذا يعد قرينة على وجود تواطؤ ضمني.
 - ثبات أنصبة المؤسسات في هذه السوق، حيث تتنافس المؤسسات المتواجدة في السوق التنافسية وتحاول كل منها زيادة مبيعاتها ومن ثم يزداد نصيبها فيه، وهو أمر لا يحدث في حالة التواطؤ بينها، أين تثبت مبيعات كل مؤسسة ومن ثم يثبت نصيبها في هذه السوق.

فإذا تبين من خلال دراسة وتحليل السوق المعنية أن هذا التماثل والتطابق دقيق مثل رفع الأسعار في نفس اليوم طرف المؤسسات المتنافسة وبنفس النسب المئوية فهو إذن تماثل شديد التطابق لا يمكن تبريره ولا ربطه بأي غاية غير الرغبة في تقييد المنافسة أو القضاء عليها عن طريق القيام بعمل مذبذب.⁽³⁾

الفرع الثاني: رصد المصالح المتعاقدة لمؤشرات الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض

من الصعب جدا كشف اتفاقيات التواطؤ في الصفقات العمومية، حيث يتم التفاوض عليها سرا، ففي معظم طلبات الشراء يجب البحث عن الخيوط التي قد تكشف هذه الاتفاقيات مثل نماذج وأنماط العروض أو التسعير غير المعتاد، أو ما يقوله مقدم العرض أو يفعله.⁽⁴⁾

أولا- رصد المؤشرات الدالة على الاتفاقات عند تقديم العروض

هناك ممارسات وأنماط تتواجد في الصفقات العمومية وتكون متناقضة مع السوق التنافسي وتوحي بعلامات التواطؤ، لذا ينبغي البحث عن الأنماط الغريبة في الطرق التي يقوم المتعاملون بتقديم عروضهم من خلالها ومعدل تكرارها عند فوزهم أو خسارتهم بالصفقات، ومن أمثلة هذه الأنماط والعلامات:

- أن تكون نفس المؤسسة غالبا هي صاحبة العرض الأقل؛
- وجود تخصيص جغرافي للعروض الفائزة، بحيث تقوم بعض المؤسسات بتقديم العروض التي تفوز في مناطق جغرافية بعينها، وتقديم عروض لا تفوز في بقية المناطق؛
- وجود مؤسسات لم تقدم عرضا على مناقصة كان من المتوقع أن تُقدّم عليها، بينما استمرت في التقديم على مناقصات أخرى؛
- عدم تقديم بعض المؤسسات لعروضها رغم سحبها لدفتر الشروط؛

¹ - مريم الحاسي، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 68.
² - أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 207-208.
³ - محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 118.
⁴ - مطة 50 من مذكرة حول سياسة المنافسة وقطاع المشتريات العامة، مرجع سابق، ص 20.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

- دائما ما تقوم مؤسسات بتقديم عروضها، ولكنها لا تفوز أبدا؛
- نادرا ما لا تقدم مؤسسة أو أكثر عروضها، وإذا قدمت فازت بالصفقة؛
- أن يقوم صاحب العرض الفائز بعمل عقود من الباطن بشكل متكرر مع أصحاب العروض الخاسرة؛
- أن تبدو كل مؤسسة وكأنها تأخذ دورها في الفوز؛
- أن تقدم مؤسستان أو أكثر بعرض مشترك على الرغم من قدرة مؤسسة واحدة على التقديم بمفردها؛
- أن يقوم المتنافسون بعقد اجتماعات متكررة بشكل منتظم قبل فترات قليلة من الموعد النهائي للصفقة.

ثانيا- رصد المؤشرات في الوثائق المقدمة والأسعار المقترحة

يمكن العثور من خلال المستندات والوثائق المتنوعة المقدمة من قبل المؤسسات على المؤشرات الدالة على الاتفاق والتواطؤ. فينبغي مقارنة كافة الوثائق بعناية لتحديد ما إذا كانت العروض قد تم إعدادها من قبل نفس الشخص أو بشكل مشترك. كما يمكن استخدام أسعار العروض للمساعدة في كشف هذه الاتفاقات، بحيث ينبغي البحث عن المؤشرات التي توحى بأن المتعاملين قد قاموا بالتنسيق فيما بينهم مثل الزيادة في الأسعار. (1)

ومن الأمثلة على هذه المؤشرات:

- وجود أخطاء متشابهة في وثائق العروض المقدمة من متعاملين مختلفين مثل الأخطاء الإملائية واللغوية؛
- أن تتضمن العروض المقدمة من قبل مؤسسات مختلفة على خط يد مماثل أو نماذج كتابية متطابقة؛
- أن تشير مستندات ووثائق العرض المقدم من قبل إحدى المؤسسات صراحة إلى عروض المنافسين كاستخدام رأس الصفحة أو رقم هاتف وجهات اتصال خاصة بمنافس آخر؛
- أن يظهر من خلال الوثائق أن عناوين المؤسسات المدونة في السجلات التجارية متقاربة؛
- تواجد المقرات الاجتماعية والمحلات التجارية للمتنافسين المتواطئين في نفس العنوان، وأن يظهر أن نفس مؤجر المحل التجاري لمؤسستين أو أكثر؛
- أن توجد علاقة قرابة بين مسيري مؤسستين أو أكثر، أو علاقة شراكة تجارية في مؤسسات أخرى؛
- أن تحتوي العروض المقدمة من قبل مؤسسات مختلفة على تقديرات متطابقة لتكلفة عنصر معين؛
- أن يتضح من خلال وثائق العروض المقدمة من قبل مؤسسات مختلفة وجود تعديلات مضافة في آخر لحظة، بحيث يتضح ذلك من خلال استخدام المحاة أو أي تعديلات مادية؛
- الارتفاع المفاجئ والمتمائل في الأسعار من قبل مقدمي العروض، بحيث لا يمكن تفسيرها مقارنة بالسعر السائد في السوق؛
- وجود اختلاف كبير بين سعر العرض الفائز والعروض الأخرى؛

¹ - المؤشرات التي تم ذكرها مستخلصة من قرارات مجلس المنافسة الجزائري ضد مؤسسات متواطئة في طلب عروض، أنظر قرار رقم 2018/06 الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة بتاريخ 19 جويلية 2018، مرجع سابق.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

- إذا قامت مؤسسة معينة بتقديم عرض أعلى في القيمة من عرض قد قامت بتقديمه لصفقة أخرى مماثلة وفي نفس الفترة؛

- وجود انخفاض كبير عن مستويات الأسعار السابقة بعد تقديم عرض من قبل مؤسسة جديدة أو غير معتادة في هذا النوع من الصفقات، فمن الممكن أن تكون هذه المشاركة من هذه المؤسسة الجديدة قد تسببت في إرباك تحالف قائم بين المؤسسات المتواطئة؛

ثالثاً- رصد المؤشرات في التصريحات والسلوكات

عند التعامل مع مقدمي العروض، يجب أن تراقب بعناية التصريحات والسلوكات المريبة التي قد توحى بأن المؤسسات قد توصلت إلى اتفاق أو نسقت الأسعار فيما بينها، ومن الأمثلة:

- التصريحات المنطوقة أو الكتابية التي تشير إلى وجود اتفاق بين أصحاب العروض؛
- التصريحات التي تفيد بأن مؤسسات ما لا تقوم بالتدخل في مناطق معينة لهيئات معينة؛
- التصريحات التي تفيد بأن منطقة ما أو هيئة إدارية ما تتعامل معها مؤسسة معينة؛
- التصريحات التي تفيد المعرفة المسبقة بأسعار المنافسين أو تفاصيل العرض، أو المعرفة المسبقة للمؤسسات التي نجحت أو خسرت في المنافسة بينما لم تكن النتائج قد أعلنت بعد؛
- التصريحات التي تفيد أن مؤسسة ما قامت بتقديم عرض شكلي أو للتغطية؛
- استخدام نفس المصطلحات من قبل المؤسسات المختلفة عند القيام بتفسير زيادة الأسعار أو خفضها.⁽¹⁾

- أن تتقابل المؤسسات قبل تقديم العروض؛
- أن تطلب مؤسسة دفتر شروط لها ولمؤسسة منافسة؛
- أن تقدم مؤسسة عرضها وعرض مؤسسة منافسة؛
- عند تقديم العرض، تحضر مؤسسة ومعها عروض متعددة، وقبل التسليم النهائي تختار أحد العروض وتتقدم به وذلك بعد معرفة أو تحديد أصحاب العروض الأخرى؛
- أن تقدم مؤسسة عرضها بنواقص تدرك عدم إمكانية قبول عرضها عكس ما كانت تقدم في عروضها السابقة.

وعلى الرغم مما سبق، دائماً ما يكون المؤشر المعتاد للسلوك المكتشف والمشكوك فيه خلال فترة من الزمن أفضل في الإشارة إلى احتمالية وجود تواطؤ من الحصول على دليل متخذ في عرض واحد.

¹ - كما جاء في المادة 72 مطة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقييضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التوافقية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

الفرع الثالث: طرق التقليل من مخاطر الاتفاقات التوافقية بين مقدمي العروض

هناك العديد من الطرق التي يمكن أن تتبعها المصالح المتعاقدة التي تطرح الطلب العمومي للتقليل من مخاطر الاتفاقات التوافقية من أجل تعزيز المنافسة العادلة والفعالة في الصفقات العمومية مثل ما ذكرنا سابقا من أهداف قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، نذكر من منها:

أولاً- الحصول على المعلومات اللازمة قبل تصميم الصفقة

من المهم أن يتم جمع المعلومات حول المنتجات أو الخدمات المتاحة في السوق والتي تتناسب مع متطلبات وشروط الصفقة، بالإضافة إلى المعلومات الخاصة بالمتعاملين المحتملين والموردين لهذه المنتجات والخدمات من أجل الحصول على أفضل قيمة مالية وجودة. ومن النقاط المهمة: (1)

- المعرفة بخصائص السوق التي سيتم الشراء منها، وكذلك الأنشطة والاتجاهات الصناعية الحديثة التي قد تؤثر على التنافس في تقديم العروض؛

- تحديد ما إذا كانت طبيعة المناقصة والسوق التي سيتم الشراء منها تتضمن خصائص تزيد من احتمالية وجود اتفاقات بين المؤسسات؛

- جمع المعلومات حول المتدخلين المحتملين لتقديم عروضهم ومنتجاتهم وأسعارهم وإذا أمكن مقارنتها بالأسعار المتواجدة في السوق؛

- جمع معلومات حول العروض السابقة المقدمة لطلبات وصفقات مشابهة؛

- التنسيق بين مشترين عموميين أو طالبي عروض من الإدارات والهيئات الأخرى الذين قاموا مؤخرا بشراء منتجات أو خدمات مشابهة وذلك من أجل القدرة على فهم السوق بشكل أفضل وكذلك فهم المشاركين والمتدخلين فيه.

ثانياً- تصميم الطلب العمومي بطريقة تزيد من مشاركة متنافسين حقيقيين

يجب أن يركز تحديد الحاجيات والشروط على الأداء الوظيفي المطلوب أو ما سيتم إنجازه مما سيشرح على الحلول الابتكارية وتحقيق القيمة المرغوبة مقابل المبالغ المدفوعة، فكلما كانت الشروط أكثر وضوحا كلما كانت أسهل في الفهم من قبل المؤسسات المحتمل مشاركتهم، وسيكونون أكثر ثقة عند إعدادهم للعروض وتقديمها.

يمكن تعزيز المنافسة العادلة والفعالة إذا كان هناك عدد كاف من المؤسسات القادرة على تقديم عوض موثوق في مصداقيتها وقادرة على الاستجابة لدعوات تقديم العروض، فعلى سبيل المثال يمكن تسهيل المشاركة في تقديم العروض بعمل بعض الإجراءات التالية:

- تقليل قيمة دفتر الشروط وذلك حسب حجم ونوع الصفقة والمؤسسات المتدخلة في السوق المعني؛

- منح الوقت الكافي لكي يتمكن المتعاملون من تقديم عروضهم؛

- تحديد الشروط في دفتر شروط الصفقة بأقصى قدر من الوضوح؛

- تحديد ما هو مطلوب بالفعل بدلا من وصف المنتج؛

¹ - مطة 45 من مذكرة حول سياسة المنافسة وقطاع المشتريات العامة، مرجع سابق، ص 18.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

- تجنب الإعلان عن طرح الصفقة طالما كانت في المرحلة الأولى من تحديد الحاجيات؛
- تحديد المواصفات بما يسمح بوجود منتجات بديلة أو تحديدها على شكل أداء وظيفي إذا أمكن؛
- التأكد من عدم وجود شروط أو مواصفات معينة تستبعد منتج معين أو نوع معين أو صناعة معينة أو متعامل معين أو حل تقني وفني معين إلا إذا كان هناك سبب واضح وصريح؛
- تجنب طرح صفقات عمومية ذات قيم وأحجام متماثلة يمكن تقاسمها بسهولة بين المؤسسات المتواطئة.

ثالثا- توعية المصالح المتعاقدة ولجنة فتح الأظرفة حول مخاطر التواطؤ في الصفقات العمومية

ينبغي على مسؤولي الطلب العمومي حال قيامهم بتصميم الطلب أن يكونوا على دراية بالعناصر المختلفة التي يمكنها تسهيل الاتفاق بين المتعاملين المتنافسين، بحيث يجب عليهم أن يخضعوا لشروط الشفافية على نحو متزن، بحيث لا يساعدوا على تسهيل الاتفاق بواسطة نشر المعلومات، أين يعد التدريب المهني والتكوين ضروريين لتعزيز وعي المصالح المتعاقدة وخاصة لجنة فتح الأظرفة فيما يتعلق بمواضيع المنافسة في الصفقات العمومية، فيمكن أخذ ما يلي بعين الاعتبار:

- الحد من الاتصال فيما بين أصحاب العروض أثناء سير الصفقات، فعلى سبيل المثال قد يحتاج أصحاب العروض إلى عمل فحص ميداني للموقع أو الاطلاع على وثائق معينة، فينبغي تجنب جمعهم في موقع واحد في نفس الوقت؛
- اشتراط تقديم العرض شخصيا يتيح فرصة الاتصال وإمكانية عمل اتفاقات بين المؤسسات المهتمة بالصفقة؛
- تحديد حد أدنى لسعر المنتج أو الخدمة وذلك عن طريق الخبرات السابقة أو دراسة للسوق، وبطبيعة الحال لا يتم إعلان السعر الأدنى للشراء؛
- لا يتم الإفصاح عن المؤسسات وهويتها التي قامت بالحصول على دفتر الشروط وسحبه ولا عن عددها. (1)

¹ - مطة 38 و 39 من مذكرة حول سياسة المنافسة وقطاع المشتريات العامة، مرجع سابق، ص ص 16-17.

المبحث الثاني: آليات وإجراءات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض

يتم البحث والتحري عن الاتفاقات التواطئية أساسا بإجراء تحقيقات يكون الغرض منها جمع معلومات دقيقة حول الممارسات المعنية، حيث يهدف التحري والتحقيق إلى التأكد من هوية المؤسسات المتواطئة والتأكد من الدور الذي لعبته كل واحدة منها، كما تسعى التحقيقات إلى جمع كل العناصر التي تسمح بتقييم آثار الاتفاقات التواطئية على سوق الطلبات العمومية والسوق التنافسية، بعبارة أخرى، جمع الأدلة والإثباتات والمؤشرات التي ستبرر بعد ذلك معاقبة الممارسات المبلغ عنها.

حيث تقتضي دراسة إجراءات التحقيق التي تتم قبل اضطلاع مجلس المنافسة بنظر الدعوى، التعرض للمصالح المكلفة بإجراء التحقيق وما لديها من سلطات وكذا الأطراف المخولة بإخطار مجلس المنافسة بالممارسات بالمطلب الأول، وكذا سير التحقيق على مستوى مجلس المنافسة وجلساته للوصول إلى ردع الممارسة والمعاقبة عليها.

المطلب الأول: التحقيق والتحري والإخطار بالاتفاقات التواطئية

يعد التحقيق مرحلة مهمة يسعى للتأكد من وجود ممارسات ماسة بحرية المنافسة بالفعل، وذلك بالبحث والتحري، والذي يتوقف على وجود أدلة كافية لإثبات ذلك، والتأكد من أن كل المؤشرات المرصودة والمكتشفة في السوق المعنية تسمح بتقييم آثار الممارسات على سير السوق التنافسية، حيث أن جمع الأدلة هي التي ستبرر بعد ذلك متابعة المؤسسات المبلغ عنها عن طريق احترام الخطوات المنصوص عليها وشروط التبليغ أو الإخطار.

الفرع الأول: التحقيق الأولي في الاتفاقات التواطئية (قبل الإخطار)

لقد حدد المشرع الجزائري الأشخاص المكلفين بصلاحيات البحث والتحري في الممارسات المقيدة للمنافسة التي تمثل الاتفاقات المحظورة إحداهما، كما بين الإجراءات المتبعة بشأن ذلك مراعاة لمصالح الأطراف وضمانا لحقوق الدفاع.

أولا- الأشخاص المؤهلون بالتحقيق

تطبيقا لنص المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، فإن الأشخاص المؤهلون قانونا للقيام بعملية البحث والتحري والتحقيق في الاتفاقات المقيدة للمنافسة محددین على سبيل الحصر، وهم:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية المحددين ضمن قانون الإجراءات الجزائية؛
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة؛
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية؛
- المقرر العام والمقررون لدى مجلس المنافسة.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

حيث يظهر بأن الشخاص المؤهلون للقيام بمهمة التحري ينقسم إلى فئتين، فئة خارجة عن تشكيلة مجلس المنافسة وهو ضباط وأعاون الشرطة القضائية وأعاون الرقابة التابعين لوزارة التجارة وأعاون إدارة الضرائب، وفئة تنتمي إلى تشكيلة مجلس المنافسة ويتعلق الأمر بالمقرر العام والمقررون.

1- ضباط وأعاون الشرطة القضائية:

ضباط الشرطة القضائية ورد ذكرهم في المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية وهم سبع مجموعات، يتمتعون باختصاص عام مكلفون بالبحث والتحري عن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكملة، وهم: رؤساء المجلس الشعبية البلدية، ضباط الدرك الوطني، محافظو الشرطة، ضباط الشرطة، ذوو الرتب في الدرك الوطني الذين أمضوا في السلك 3 سنوات على الأقل، مفتشو الأمن الوطني بعد 3 سنوات من تعيينهم بهذه الصفة على الأقل، ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن المعينين بموجب قرار مشترك بين وزارة الدفاع الوطني ووزير العدل.

أما أعاون الشرطة القضائية فتتص المادة 19 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "يعد من أعاون الضبط القضائي موظفو مصالح الشرطة وذوو الرتب في الدرك الوطني ورجال الدرك الوطني ومستخدمو مصالح الأمن العسكري الذين ليست لهم صفة ضباط الشرطة القضائية".

2- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة:

هم بالدرجة الأولى الأسلاك الخاصة بالتحقيقات الاقتصادية الذين ينتمون إلى المصالح المركزية وكذا المصالح الخارجية لوزارة التجارة، سواء أولئك المستخدمون في المديريات الجهوية للتجارة والمستخدمون في المديريات الولائية للتجارة أو في المفتشيات الحدودية للتجارة، حسب الاختصاص الإقليمي، والمكلفين بتنفيذ السياسة الوطنية المقررة في ميادين التجارة الخارجية والمنافسة والجودة وحماية المستهلك والتنظيم التجاري.⁽¹⁾

كما يكلف هؤلاء المستخدمون بوضع التشريع والتنظيم المتعلقة بالمتعلقين بالممارسات التجارية والممارسات المضادة للمنافسة حيز التنفيذ، والقيام بكل دراسة تتعلق بتطور السوق ووضع المنافسة، والقيام بدراسات حول سلوك المتعاملين الاقتصاديين وكل عملية تجميع أو اتفاق يمكنها عرقلة حرية المنافسة وكذا تطبيق مخططات العمل في ميدان المنافسة والتحقيقات الاقتصادية.⁽²⁾

3- الأعاون التابعين لمصالح الإدارة الجبائية:

من أجل تفعيل المنافسة ووضع سياسة منسجمة تقوم على التنسيق بين مجلس المنافسة والإدارات المعنية بالتجارة والضرائب، لاسيما أن الكثير من المختصين يرجعون مشكلة المساس بالمنافسة للتهرب الضريبي وأثره الذي يقوي الاقتصاد غير الرسمي، لهذا أضاف المشرع الجزائري فئة الأعاون المعنيون

¹ - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 09-11 المؤرخ في 20 جانفي 2011 يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها، ج ر عدد 04 المؤرخة في 23 جانفي 2011.

² - أنظر المواد: 55، 57، 66 و 83 من المرسوم التنفيذي رقم 09-415 المؤرخ في 16 ديسمبر 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على الموظفين المنتميين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة، ج ر عدد 75 المؤرخة في 20 ديسمبر 2009.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

التابعون لمصالح الإدارة الجبائية في تعديل قانون المنافسة سنة 2008 بالقانون رقم 08-12، والتي أنيطت مهمة القيام بالتحقيقات ومعاينة كل السلوكات غير المرغوب فيها للمنافسة لأعوان الإدارة الجبائية.⁽¹⁾

تنقسم الإدارة الجبائية إلى مصالح مركزية ومصالح خارجية ومن فرق مختلطة للضرائب والجمارك والتجارة، أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-290 المتضمن إنشاء لجان التنسيق والفرق المختلطة للرقابة بين مصالح وزارة المالية ووزارة التجارة وتنظيمها،⁽²⁾ بحيث تكلف الفرقة بتنفيذ مقررات وبرنامج المراقبة التي أعدتها لجان التنسيق، وحسب المادة 8 من هذا المرسوم تتكون الفرق المختلطة للرقابة من أعضاء دائمين: المدير الولائي للضرائب، رئيس قطاع مكافحة الغش ورئيس مفتشية أقسام الجمارك الولائية والمدير الولائي للتجارة.

تكلف هذه المصالح حسب مهامها، بالتحقيق في المسائل المتعلقة بالتحقيقات الاقتصادية في مجال الممارسات التجارية وتلك المتعلقة بالمنافسة.

4- المقرر العام والمقررون:

تعتبر فئة المقررين من المصالح الهامة في تشكيلة مجلس المنافسة، فهي التي تسند إليها مهمة التحقيق من طرف رئيس مجلس المنافسة، حيث يعين رئيس المجلس المقرر المكلف بالتحقيق ويمكنه أن يستعين بمقررين آخرين، وبذلك يحقق المقررون في الطلبات والشكاوى التي يكلفون بها.

ثانيا- كفاءات التحقيق

طبقا للمادة 49 مكرر الفقرة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، فإنه تتم كفاءات مراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها بموجب هذا الأمر طبقا للشروط والأشكال التي تم تحديدها في القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ونصوصه التطبيقية.⁽³⁾

وبالإحالة على القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،⁽⁴⁾ على الموظفين المؤهلين بمعاينة المخالفات المخلة بالمنافسة والمذكورة في قانون المنافسة أن يبينوا وظيفتهم ومهامهم بتقديم تفويضهم بالعمل أثناء تأديتهم لمهامهم، حيث منحهم القانون سلطات واسعة لإنجاز تحقيقاتهم منها القيام بفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المحاسبية أو المالية وكذا أية وسائل مغناطيسية أو معلوماتية دون منعهم بحجة السر المهني، مع إمكانية اشتراطهم استلامها حيثما وجدت والقيام بحجزها، مع ضمان حرية دخولهم إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وحتى خلال نقل البضائع، حيث تختتم التحقيقات المنجزة بتقارير تحقيق.⁽⁵⁾

¹ - المواد من 58 إلى 64 من القانون رقم 01-21 المؤرخ في 26 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج ر عدد 79 المؤرخة في 23 ديسمبر 2001.

² - المرسوم التنفيذي رقم 97-290 المؤرخ في 27 جويلية 1997 المتضمن إنشاء لجان التنسيق والفرق المختلطة للرقابة بين مصالح وزارة المالية ووزارة التجارة وتنظيمها، ج ر عدد 50 المؤرخة في 30 جويلية 1997.

³ - أنظر المادة 49 مكرر الفقرة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - المادة 49 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 المؤرخة في 27 جوان 2004.

⁵ - أنظر المادتين 50 و 55 من القانون رقم 04-02، المرجع نفسه.

ثالثاً- مراحل التحقيق التي يقوم بها الأعوان المؤهلون

تطبيقاً لأحكام المنشور الوزاري رقم 01 المؤرخ في 05 ديسمبر 2004 المتعلق بكيفيات إجراء التحقيقات في مجال المنافسة الصادر عن وزارة التجارة، فإنه تستند تحقيقات الأعوان إلى الطبيعة الخاصة للمخالفات الناتجة عن المعايينات المباشرة أو عن طريق الفحص الوثائقي، وتخضع المنهجية الواجب اتباعها في مجال التحقيقات الخاصة بالممارسات التي تحد أو تعرقل السير العادي للمنافسة النزيهة للمراحل التالية:

1- مرحلة اكتشاف المؤشرات:

تتمثل هذه المرحلة في التعرف على المؤشرات وتجميعها من خلال نوعين من المصادر: خارجية وداخلية.

أ- المصادر الخارجية: تتمثل في الشكاوى الكتابية أو الشفوية المقدمة من طرف المؤسسات أو المستهلكين أو التبليغات البسيطة، ويتعلق الأمر كذلك بالمعلومات المقدمة من طرف المصالح والهيئات المعنية أو المستقاة عند استغلال الوسائل الإعلامية أو أي وسيلة أخرى.

ب- المصادر الداخلية: تتمثل في الاستفادة من المعلومات المستقاة من خلال عمليات المراقبة العادية، التحاليل والملاحظات المحصل عليها في إطار متابعة ملاحظة الأسواق وتطور أسعار السلع والخدمات، وتحاليل مختلف القطاعات الاقتصادية.

ترسل المؤشرات من طرف المديرية الولائية المعنية بالممارسات المكتشفة إلى المديرية الجهوية للتجارة، متضمنة كل معلومة من شأنها تقديم معلومات حول السوق مكان معاينة المؤشر، وضعية المتدخلين الفاعلين في السوق، الممارسات المشبوهة والأضرار الناجمة.

2- مرحلة معالجة المؤشرات:

إن المؤشرات المبلغ عنها من طرف المديريات الولائية للتجارة تخضع إلى تحليل أولي على مستويين:

أ- على المستوى الجهوي: حيث تقوم المديرية الجهوية للتجارة بإبلاغ المديريات الولائية التابعة لها وذلك من أجل التأكد من رقعة اتساع ومدى انتشار هذه المؤشرات (سوق محلية أو جهوية).

ب- على مستوى المركزي: تقوم المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش بإرسال المؤشرات المحصل عليها إلى المديريات الجهوية للتجارة الأخرى وذلك للتحقق من احتمال وجود ممارسات مشابهة لقياس مدى انتشار الممارسة محل التحقيق أو أنها معزولة.

وعلى ضوء نتائج التحقيقات الأولية الواردة من المديريات الجهوية للتجارة، يمكن للمديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش وحسب الحالة:

- الإقرار بأن المؤشر حاسم وحقيقي، وبالتالي الأخذ به وبرمجته من أجل التحري والتحقيق؛
- الإقرار بأن المؤشر غير حقيقي أو سابق لأوانه وغير مؤكد بوقائع دقيقة، وبالتالي حفظه سواء بالنسبة للمؤشرات التي تم الإقرار بأنها أكيدة ومقتعة، فإن المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش ستلتزم بشأنها موافقة وزير التجارة قصد الشروع في التحقيق.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

للعلم، أن التحقيق في المرحلتين الأولى والثانية يجري على أساس قرائن وآراء مؤسسة على مؤشرات وليس على أدلة، وعلى المديرية الولائية وأعاون الرقابة عدم الاتصال والتحقيق المباشر مع المتعاملين الاقتصاديين حفاظا على سرية التحقيق وتجنباً لاختفاء أو إخفاء الأدلة.⁽¹⁾

03- إعداد مخطط التدخلات:

تقوم المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش بعد موافقة الوزير حول مباشرة التحقيق، بإعداد مخطط التدخل الذي يأخذ كمرجع لفرق التحقيق وذلك بالتنسيق مع المديرية الجهوية والمديرية الولائية للتجارة، وكيف المخطط وفقا لأهمية التحقيق ومداه (وطني، جهوي أو محلي)، حيث يوضح على وجه الخصوص العناصر التالية: أماكن التدخل، عدد الفرق المسخرة، الجدول الزمني للتدخلات وترتيبها، المسؤول المباشر المكلف بقيادة وتنسيق التحقيق، نوع وطبيعة المعلومات والوثائق والعناصر الإثباتية الواجب البحث عنها، الاستفسار المستخدم في إطار سماع مسؤولي المؤسسات والمتعاملين الاقتصاديين أو الهيئات المعنية بالتحقيق وآجال إرسال الملخص التحليلي للتحقيق والتقرير.

إن إنهاء التحقيق حول المؤشرات المكتشفة تخضع إلى منهجية خاصة ودراسة تحليلية للسوق المعنية بالمؤشر، وهي:

أ- تحديد السوق المعني: من حيث: السلعة أو الخدمة، المميزات الجغرافية للسوق (ولائي، جهوي أو وطني)، السلع أو الخدمات البديلة، حجم العرض والطلب وخصائص السلعة/الخدمة (السعر، الجودة، طرق التسويق والتوزيع وخدمة ما بعد البيع وشروط البيع).

ب- المتدخلين في السوق: من حيث: عدد المتدخلين على مستوى الإنتاج، الإستيراد، التوزيع بالجملة والتجزئة، المتدخلين الجدد والمتدخلين المنسحبين، مع عرض أسباب الانسحاب.

ج- الحصة السوقية لكل متدخل: من حيث: حجم المبيعات ورقم الأعمال على مستوى الإنتاج، الاستيراد والزبائن (حجم المشتريات).

د- الأسعار وهوامش الربح المطبقة: من حيث: تكلفة الإنتاج، تكلفة السلعة المستوردة، السعر وهوامش الربح المطبق على مستوى متعاملي الجملة والتجزئة.

هـ- التشريعات والتنظيمات المطبقة على السلع أو الخدمات المعنية: من حيث: القوانين والتنظيمات، الجمعية المهنية الخاصة بالسوق المعني، سلطات الضبط التي تتبعها السوق المعنية بالمؤشرات المرفوعة.

و- تحليل المنافسة في السوق المعنية: من حيث: طبيعة المنافسة في السوق (احتكاري، ثنائي، احتكار القلة، سوق مفتوح... الخ)، الدخول إلى السوق (مفتوحة، مقيدة باعتماد قطاع وزاري أو سلطة ضبط، ... الخ)، شدة المنافسة (تعدد المتدخلين، تنوع المنتجات، تغير الأسعار، المنتجات البديلة، حرية الاختيار لدى المستهلك... الخ) والمؤشرات المكتشفة والمحتملة وفقا للممارسات المقيدة للمنافسة المذكورة بالأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

¹ - المنشور الوزاري رقم 01 المؤرخ في 05 ديسمبر 2004 المتعلق بكيفيات إجراء التحقيقات في مجال المنافسة، ص 11.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

4- إنهاء التحقيق وإخطار مجلس المنافسة:

تقوم المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش على أساس التقرير الأولي المعد والمرسل من طرف المديرية الجهوية، بإعداد التقرير النهائي للتحقيق الموجه إلى مجلس المنافسة، أين تتضمن الخطوة الأخيرة مرحلتين هما:

أ- الفحص وإبداء الرأي: يحول الملف المنجز من طرف المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش إلى المديرية العامة لضبط النشاطات وتنظيمها لإبداء الرأي.

ب- إخطار مجلس المنافسة: تقوم المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش بعد الحصول على رأي المديرية العامة لضبط النشاطات وتنظيمها حول الملف بعرض رسالة إخطار مجلس المنافسة على إمضاء وزير التجارة.

الفرع الثاني: إخطار مجلس المنافسة

يعتبر الإخطار الإجراء الأولي والمحرك الأساسي لتحريك إجراءات المتابعة الإدارية للاتفاقات التواطئية، حيث يهدف إلى إعطاء صورة أولية عن موضوع القضية لمضي مجلس المنافسة في التحري والتحقيق في الوقائع المعروضة عليه، وصولاً إلى إثبات وجود الاتفاق بأركانه، وعلى ذلك يجب أن يقدم هذا الإخطار من طرف الأشخاص والهيئات المخولة قانوناً بذلك.

بالرجوع لنص المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على ما يلي: "...يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة، ويمكن لمجلس المنافسة النظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار الهيئات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 35 من هذا الأمر إذا كانت لها مصلحة في ذلك..."⁽¹⁾، ويتعلق الأمر بالجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلك.⁽²⁾

إن حماية المنافسة تتطلب تضافر الجهود وتكاتفها بين كل من له علاقة بالسوق، سواء كان من المؤسسات أو المستهلكين أو الهيئات والنقابات المهنية والسلطات العمومية، ولهذا فإن المشرع قد منح حق إخطار مجلس المنافسة وتقديم دعاوى بشأن الاتفاقات غير المشروعة لبعض الأشخاص والهيئات وذلك ضماناً لقواعد المنافسة.⁽³⁾ وباستقراء نص المادة 44 المذكورة أعلاه، فإن هذا الإخطار يتخذ ثلاثة أنواع بالنظر إلى الشخص أو الهيئة المصدرة له: الإخطار الوزاري، الإخطار التلقائي والإخطار المباشر.

أولاً- الإخطار الوزاري

هو ذلك الإخطار الذي يقدم من طرف الوزير المكلف بالتجارة باعتباره السلطة الإدارية التي تسهر على المصلحة العامة بعد أن يجري تحقيقاً حول موضوع الملف بناء على طلب يقدمه إلى مصالحه المكلفة

¹ - أنظر المادة 44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 35 من المرجع نفسه.

³ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص 66.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمى عروض الصفقات العمومية-

بالمنافسة أو بناء على شكوى مرفوعة أمامها،⁽¹⁾ ومن خلال المعاینات والملاحظات الميدانية لأعوان الرقابة على مستوى الأسواق المعنية.

يهدف هذا الإخطار إلى خلق نوع من التنسيق بين الوزارة والمجلس في مواجهة الاتفاقات غير المشروعة وتسهيل عملية تبادل المعلومات بينهما، بعد إعداد تقرير مفصل حول الممارسات والمؤشرات المرصودة في السوق والتي تشكل بدورها مخالفة لأحكام قانون المنافسة، مرفقا بجميع الوثائق التي تشكل ملف القضية كما أوردناه سابقا.

يعتبر وزير التجارة المسؤول الأول عن حماية المنافسة خاصة وأن مجلس المنافسة يعمل تحت وصايته،⁽²⁾ كما يعد المسؤول الأول عن تنفيذ سياسة الحكومة في مجال التجارة، ولذلك يضطلع بصلاحيات ضمان احترام النصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة،⁽³⁾ وعلى ذلك خوله المشرع صلاحية إخطار مجلس المنافسة بعد القيام بتحقيق سابق من طرف المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية.⁽⁴⁾

ثانيا- الإخطار التلقائي

نظرا لاعتبار مجلس المنافسة سلطة ضبط السوق فإنه يعمل على تحقيق توازنه عن طريق متابعة الممارسات المخلة بالمنافسة فيه، ففي هذه الحالة يتدخل مجلس المنافسة من تلقاء نفسه من أجل النظر في القضايا المتعلقة بالممارسات المقيدة بالمنافسة بمناسبة رفع شكوى من شخص مجهول أو من أشخاص ليست لهم مصلحة مشروعة أو إعلام الهيئات الوطنية ببعض المعلومات أو بمناسبة استشارته،⁽⁵⁾ حيث يباشر المجلس تحقيقاته مباشرة عن طريق المقرر العام والمقررون في الحالات التالية:

- إذا توافر لدى المجلس معلومات كافية حول الاتفاق المحظور دون أن يتلقى إخطار بشأن ذلك، أين يستطيع في هذه الحالة أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية بإجراء تحقيق أو القيام بخبرة بخصوص الممارسات التي يختص بها.⁽⁶⁾
- إذا أخطر المجلس بخصوص ممارسة مقيدة بالمنافسة تدرج ضمن اختصاصه واكتشف بمناسبة ذلك وجود اتفاق محظور مستقل عنها، حتى ولو كان في سوق غير السوق المعني بالممارسة المختر عنها.
- حالة رفض الإخطار المقدم إلى مجلس المنافسة عن وجود اتفاق محظور من طرف الهيئات المخولة بذلك مع عدم استيفائه للشروط الشكلية أو الموضوعية والأدلة الكافية، فيتصدى المجلس لهذه الممارسة عن طريق الإخطار التلقائي طالما أنها تدرج ضمن اختصاصه وحتى لا يفلت ذلك الاتفاق من أحكام المتابعة والجزاء.

¹- إيمان بن طاوس، مسؤولية العون الاقتصادي، مرجع سابق، ص 136.

²- أنظر المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

³- أنظر المواد 2، 4 و5 من المرسوم التنفيذي رقم 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر الذي يتضمن صلاحيات وزير التجارة، ج ر عدد 85 المؤرخة في 22 ديسمبر 2002.

⁴- أنظر المرسوم التنفيذي رقم 11-09 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، مرجع سابق.

⁵- إيمان بن طاوس، مسؤولية العون الاقتصادي، المرجع نفسه، ص 136.

⁶- أنظر المادة 44 الفقرة 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

- حالة سحب الإخطار من الهيئة التي قدمته بسبب مصالحتها مع أطراف النزاع، حيث يبقى للمجلس هنا حرية الاختيار بين حفظ الإخطار والملف أو القيام بالإخطار التلقائي.

ثالثا- الإخطار المباشر

يتم الإخطار المباشر لمجلس المنافسة بخصوص الاتفاقات المقيدة للمنافسة من طرف الأشخاص والهيئات المحددة بموجب المادة 35 الفقرة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، متى كانت لها مصلحة في ذلك، ويوصف هذا الإخطار بالمباشر لأن مباشرته لا تحتاج إلى إجراء تحقيق كالإخطار الوزاري، حيث تتمثل الهيئات التي سمح لها المشرع الجزائري بتقديم هذا النوع من الإخطار فيما يلي:

1- إخطار المؤسسات:

يحق لكل مؤسسة معنية بموضوع النزاع ومتضررة من اتفاق غير مشروع أن تقوم بإخطار مجلس المنافسة، وينبغي أن تتوفر فيها هذه الصفة وقت الإخطار، مما يشكل ضمانا كبيرا لها للدفاع عن مصالحها المتضررة على اعتبار أن ضبط السوق وتحقيق الشفافية يتجسد بتكامل جميع الأطراف ويتفاعل هذه المؤسسات مباشرة من أجل احترام قواعد المنافسة.⁽¹⁾

2- إخطار جمعيات حماية المستهلك:

قد حرص المشرع الجزائري على إشراك جمعيات حماية لمستهلك في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة عن طريق قيامها بدراسات حول قضايا المنافسة والاستهلاك، ثم تقوم بنشر نتائجها أو رفع دعوى أمام القضاء المختص من أجل إبطال أي التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بأحكام قانون المنافسة، إلى جانب ذلك يحق لها المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بمصالح المستهلكين.

3- الجمعيات المهنية والثقافية:

منحها المشرع الجزائري حق إخطار مجلس المنافسة إذا تعلق الأمر بالمصلحة التي تولت تمثيلها، فعلى الرغم من أن هذه الهيئات تعمل على تنظيم قواعد المهنة والسهر على حسن احترامها والدفاع على مصالح أعضائها، غير أنه لا يمكنها القيام بهذا الإخطار إلا إذا أضر الاتفاق المحظور بالمصالح التي تمثلها هذه الهيئات، أي المصلحة الجماعية، وتتجسد صفة هذه الهيئات في الدفاع عن هذه المصلحة من خلال قانونها الأساسي.

4- الجماعات المحلية:

تستطيع الجماعات المحلية أن تخطر مجلس المنافسة حول الاتفاقات المحظورة متى ترتبت عنها أضرار للمصالح التي تكلف بحمايتها، ويتحقق ذلك غالبا في مجال الصفقات العمومية متى كانت طرفا متعاقد فيها، غير أنه من النادر ما تبادر هذه الأخيرة بذلك، ويرجع البعض ذلك إلى قلة ثقافة المنافسة، والتي تبقى مجالا حديثا مقارنة مع المجالات الأخرى.⁽²⁾

¹ - مريم الحاسي، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 184.

² - المرجع نفسه، ص 185.

الفرع الثالث: شروط الإخطار

لكي يكون الإخطار صحيحا ومقبولا من الناحية القانونية، يجب على صاحبه أن يتأكد من سلامته شكلا وموضوعا، أي أن يكون الإخطار مستوفيا لشروطه الشكلية والموضوعية والتي تكون محل دراسة من قِبل مجلس المنافسة قبل الفصل في القضية.

أولاً- الشروط الشكلية للإخطار

تتعلق هذه الشروط بالشكل أو المظهر الخارجي الذي ينبغي أن يتجسد فيه الإخطار باعتباره إجراء قانوني وكذا ميعاد تقديمه إلى المجلس، فإذا لم تتوفر هذه الشكليات فإن المجلس سيرفض الإخطار دون الخوض في موضوعه.

1- الشكل القانوني للإخطار:

تجدر الإشارة هنا بأن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم لم يحدد الشكل القانوني الذي ينبغي أن يصاغ به الإخطار، إلا أن هذا الأمر قد تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره،⁽¹⁾ حيث نصت المادة 8 منه على أن مسألة تحديد كفيات إخطار مجلس المنافسة ترجع إلى نظامه الداخلي، وتطبيقا لنص المادة 15 من نفس المرسوم فإن مجلس المنافسة هو المختص بإعداد نظامه الداخلي باعتباره سلطة إدارية مستقلة، وهذا ما يتجسد من خلال القرار رقم 01 المحدد للنظم الداخلي لمجلس المنافسة.⁽²⁾

بشكل عام، يشترط أن يقدم الإخطار بموجب عريضة مكتوبة يتم إرسالها إلى رئيس مجلس المنافسة مع الوثائق المرفقة وذلك في أربع نسخ في شكل رسالة موصى عليها مع وصل الإشعار بالاستلام، أو يتم إيداعها لدى المجلس على مستوى مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات لمجلس المنافسة⁽³⁾ مع وصل بالاستلام يسلم للأطراف، ويتم الإيداع بالختم لتبيان تاريخ وصولها وهذا ما أكدته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 سالف الذكر.

كما يشترط أن تتضمن العريضة بيانات بخصوص صاحبها فإذا كان هذا الأخير شخص طبيعي ينبغي ذكر اسمه ولقبه، مهنته وموطنه، حيث يسجل الإخطار مع جميع الوثائق المرفقة في سجل تسلسلي يتم ختمها مع تاريخ وصولها إلى المجلس، أما إذا كان العراض شخصا معنويا فينبغي ذكر اسمه، شكله القانوني ومقره الاجتماعي والجهاز الذي يمثله.⁽⁴⁾

إضافة لذلك يلتزم صاحب الإخطار بتحديد عنوانه لكي ترسل إليه التبليغات والاستدعاءات، وعليه أيضا أن يشعر المجلس دون أي تأخير بخصوص تغيير ذلك العنوان عن طريق رسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام.⁽⁵⁾

¹- أنظر المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج ر عدد 39 المؤرخة في 13 جويلية 2011.

²- أنظر المادة 2 من القرار رقم 01/2013 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

³- أنظر المادة 3 من القرار رقم 01/2020 المؤرخ في 02 فيفري 2020 يتضمن تعديل نص المادة 7 من القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.

⁴- أنظر المادتين 16 و 17 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، مرجع سابق.

⁵- أنظر المادة 20 من القرار رقم 01/2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، المرجع نفسه.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

كما ينبغي تحديد موضوع الإخطار بشكل دقيق مع تبيان الأحكام القانونية والتنظيمية وعناصر وأدلة الإثبات التي يؤسس عليها الإخطار.

2- الميعاد القانوني لإخطار:

يشترط لصحة الإخطار وقبوله من طرف المجلس ألا تكون الدعوى قد تقادمت بمرور ثلاث سنوات دون وجود أي متابعة أو بحث أو معاقبة بخصوصها، وعلى ذلك فلا يقبل مجلس المنافسة الإخطار الذي يقدم بخصوص اتفاق مقيد للمنافسة في مجال الصفقات العمومية تجاوزت مدته ثلاث سنوات.⁽¹⁾ إلا أن الأمر يبقى غامضا لخصوص وقت بداية حساب ميعاد التقادم كون أن المشرع الجزائري لم يحدد ذلك بل اكتفى بتحديد مدة التقادم المقدرة بثلاث سنوات، وعلى ذلك يطرح التساؤل حول ما إذا كانت هذه المدة تحسب من يوم ارتكاب المخالفة أو من يوم عرضها على المجلس أو من تاريخ صدور إجراء حول التحقيق بشأنها.⁽²⁾

ثانيا- الشروط الموضوعية للإخطار

ينبغي أن يستوفي الإخطار بعض الشروط الموضوعية لقبوله من طرف مجلس المنافسة، وهي نفس شروط رفع الدعوى أمام القضاء في جوهرها مع احتفاظ كل هيئة بخصوصيتها، وهي: الصفة، المصلحة، الاختصاص وعناصر الإثبات المقنعة.

1- الصفة:

لم يشترط المشرع الجزائري هذا الشرط سواء من خلال أحكام قانون المنافسة أو بالنسبة للمرسوم المحدد لتنظيم المجلس وسيره، غير أن تطبيقها للقواعد العامة لرفع الدعوى يشكل شرط الصفة فيها أحد الشكليات الجوهرية لمباشرة الإجراءات، أين يشترط صدوره من جهة من يتمتع بالصفة للقيام بذلك. وتتوافر الصفة لتقديم الإخطار إلى مجلس المنافسة في الأشخاص المؤهلين قانونا لذلك الوارد تحديدهم ضمن نص المادة 44 الفقرة 1 والمادة 35 الفقرة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وهم الوزير المكلف بالتجارة، مجلس المنافسة، المؤسسات، الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية، الجمعيات المهنية والنقابية وجمعيات حماية المستهلك.⁽³⁾

2- المصلحة:

على خلاف الصفة، فإن المشرع الجزائري قد نص صراحة على ضرورة توافر شرط المصلحة لرفع الإخطار وذلك بموجب المادة 44 الفقرة 1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، واشترط المصلحة في الإخطار أمر بديهي تطبيقا لقاعدة لا دعوى بدون مصلحة، ويشترط في هذه الأخيرة أن تكون شخصية ومباشرة تهدف إلى حماية حق قانوني تم الاعتداء عليه، وعلى ذلك ينبغي على الشخص أو الهيئة صاحبة الإخطار أن تثبت بأن مصالحها قد تضررت بشكل شخصي ومباشر أو قد تتأثر من

¹ - أنظر المادة 44 الفقرة 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - مزيم الحاسي، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، مرجع سابق، ص 188.

³ - أمنة مخانشة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 358.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمى عروض الصفقات العمومية-

الاتفاق المحظور، وأن هذا الأخير قد ألحق ضرارا بالمصالح الجماعية التي تدافع عنها إذا تعلق الأمر بالهيئات التي تدافع عن المصالح الجماعية كجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية والنقابية.

3- الاختصاص:

نصت عليه المادة 44 الفقرة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم كما يلي: "يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه"، فمن خلال هذا النص يظهر بأن قرار عدم قبول الإخطار بسبب عدم الاختصاص يرجع إلى مجلس المنافسة في حد ذاتهن فهو الذي يفصل فيما إذا كان مختصا للنظر في القضية أم لا حسب تقديره، وهما ما يفهم من العبارة الأخيرة.

لكن في المقابل ألزم المشرع الجزائري المجلس عند عدم قبوله الإخطار بسبب عدم اختصاصه أن يرد ذلك بموجب قرار معلل لضبط هذه السلطة الواسعة والخطيرة المخولة له.⁽¹⁾

4- توافر عناصر إثبات مقنعة:

هذا ما أكدته المادة 44 الفقرة 3 سالفه الذكر، لذلك يلتزم صاحب الإخطار بأن يدعمه بعناصر إثبات كافية ومقنعة وذلك بإثبات بأن للاتفاق آثار محلة بالمنافسة، فمجرد الادعاء لا يكفي لذلك، وقد سبق لمجلس المنافسة أن قضى بعدم قبول الإخطار في قراره رقم 2020/03⁽²⁾ المؤرخ في 26 فيفري 2020 لعدم تدعيمه بوسائل إثبات مقنعة، وكذا القرار رقم 2020/05 المؤرخ في 29 سبتمبر 2020.⁽³⁾

وقد لا يطرح هذا الشرط إشكالا كبيرا إذا تعلق الأمر بالإخطار الوزاري أو التلقائي نظرا لوجود هيئات متخصصة على مستوى الوزير المكلف بالتجارة وكذا مجلس المنافسة تتكفل بمسألة الإثبات والبحث عن الأدلة، غير أن الأمر لا يكون بهذه السهولة لما يتعلق الأمر بالنسبة للإخطار المباشر، حيث يقع هذا العبء على الطرف المتضرر الذي يلتزم بإثبات وجود الاتفاق المحظور وإقامة الدليل على آثاره المخلة بالمنافسة.

¹ - محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، مرجع سابق، ص 476.
² - القرار رقم 2020/03 المؤرخ في 26 فيفري 2020 المتعلق بالإخطار رقم 2019/03 بتاريخ 05 ديسمبر 2019 المودع من طرف ش ذ م م هيئش الجزائر ضد ش ذ أسهم يسير، تقرير مجلس المنافسة، الجزائر، جانفي 2021، ص 67.
³ - القرار رقم 2020/05 المؤرخ في 29 سبتمبر 2020 المتعلق بالإخطار رقم 2019/02 المودع بتاريخ 16 سبتمبر 2019 من طرف ش ذ م م بيب سيتي ضد الوكالة الوطنية للنشر والإشهار، المرجع نفسه.

المطلب الثاني: سير الإجراءات أمام مجلس المنافسة

يتعين على مجلس المنافسة وبعد تأكده من عدم وجود سبب لعدم قبول الإخطار، استكمال التحقيق في القضية متبعا في ذلك جملة من الأحكام التي تضمنها قانون المنافسة وكذا النظام الداخلي للمجلس حتى الوصول إلى التكييف القانوني السليم للممارسات المشتكى منها وتقرير ما يناسبها من عقوبات في شكل قرار قابل للطعن.

الفرع الأول: مرحلة التحقيق

يحقق مجلس المنافسة بصدد الإخطار المقدم إليه في الموضوع المتضمن في الإخطار وهذا بعد قبول الإخطار، غير أنه وفي بعض الأحيان تضطر ظروف الحال مجلس المنافسة وقبل الوصول إلى إصدار القرار المناسب اتخاذ بعض التدابير الأولية كعمل وقائي يمنع تفاقم المخالفة، لذلك يتعين علينا وقبل التطرق إلى إجراءات التحقيق الحديث عن هذه التدابير.

أولا- التدابير المؤقتة

نصت على إجراء التدابير المؤقتة المادة 46 بقولها: "يمكن مجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسة أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة".

إن قراءة هذا النص يمكن أن يستخلص منها أن اخذ هذه التدابير المؤقتة من قبل المجلس يخضع لشروط لا بد من توافرها، تتمثل في ضرورة تلقي المجلس طلب بخصوصها وأن تتوافر حالة الاستعجال التي توجبها وألا تتجاوز هذه التدابير طابعها المؤقت.

1- طلب اتخاذ التدابير المؤقتة:

إن اتخاذ هذه التدابير المؤقتة لا يخضع لتقدير مجلس المنافسة المطلق، أي بمجرد تقديم الإخطار، بل يجب أن يقدم الطلب بخصوصها من طرف الأشخاص المؤهلة وهما المدعي ووزير التجارة، وما استعمال المشرع وصف المدعي إلا للدلالة على تبعية الطلب لموضوع الإخطار الرئيسي، أما عن وزير التجارة فما هو إلا ترجمة لحماية الصالح العام في حال الإضرار بالمصالح الاقتصادية العامة، بحيث يمكن أن يكون طلب اتخاذ التدابير المؤقتة بصفة لاحقة ومستقلة عن الإخطار الأصلي، ولم يحدد المشرع الجزائري وقت ومدة تقديمه.

2- وجود حالة الاستعجال:

إن استجابة مجلس المنافسة لطلب الأطراف المعنية باتخاذ التدابير المؤقتة غير ممكن إلا إذا تضمنت الممارسة موضوع الإخطار الأصلي تأثيرا خطيرا أو مباشرا على المصلحة الاقتصادية العامة أو ألحقت ضرارا بمصالح المؤسسة المدعية، وهذا ما يفهم من الطابع الاستثنائي لهذه التدابير، فحالة الاستعجال هنا هي الوضعية التي تؤدي لا محالة إلى وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه باتباع الإجراءات العادية.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

أما عن إثبات حالة الاستعجال فإن النص لم يتعرض لهذا الأمر، إلا أنه من المنطقي جدا أن يقع عبء الإثبات على المدعي الذي يبقى عليه إثبات وجود علاقة سببية مباشرة بين الممارسة المقيدة للمنافسة والضرر الممكن الوقوع.

3- الطابع المؤقت للتدابير المؤقتة:

إن الطابع المؤقت الذي تتميز به هذه التدابير التي يتخذها المجلس تتلخص في وجوب ألا يتجاوز الغرض الذي قررت لأجله وضمن الحدود التي تضمن عدم وقوع الضرر بالمؤسسة المطلوب اتخاذ هذه التدابير ضدها، وألا تتحول من وسيلة لإبعاد الضرر المحقق بمؤسسة ما إلى وسيلة لإلحاق الضرر بمؤسسة أخرى، كما يجب أن تكون محدودة من حيث مدتها لمدة تكفي لتفادي الضرر. هذا ويعود لمجلس المنافسة كامل السلطة في تقدير طبيعة هذه التدابير كتعليق الاتفاق المقيد للمنافسة وإعطاء أمر للمؤسسات المعنية بالرجوع إلى الحالة السابقة.

ثانيا- إجراءات التحقيق

تحقيقات مجلس المنافسة مرحلة تأتي بعد الإخطار كإجراء قانوني منظم يسعى للتأكد من وجود ممارسات ماسة بالمنافسة بالفعل، وذلك بالبحث والتحري.

1- مهمة التحقيق:

طبقا لأحكام المادة 50 من الأمر 03-03 فإن مهمة التحقيق في الطلبات والشكاوى المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة تسند إلى المقرر العام ومقررو مجلس المنافسة وذلك من قبل تكليف من رئيس المجلس،⁽¹⁾ فمهمة المقرر طبقا لقانون المنافسة هي شبيهة لمهمة قاضي التحقيق على مستوى القضاء، حيث يباشر التحقيق في الطلبات والشكاوى وفق مفهوم الفقرة الثالثة من المادة 44 المتعلقة بحالات عدم قبول الإخطار،⁽²⁾

إن الأمر 03-03 قد أخذ بعين الاعتبار ضمن نصوصه واقع وجود سلطات ضبط قطاعية، مهمتها الرقابة على بعض القطاعات من النشاط في مجال ممارستها للمنافسة، وعلى هذا الأساس قرر المشرع بموجب الفقرة الثالثة من المادة 50 وجوب مساهمة هذه السلطات في التحقيق، حيث جاء فيها: "يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة سلطات ضبط بالتحقيق مع السلطات المعنية."⁽³⁾

2- مجريات التحقيق:

مكن المشرع الجزائري مجلس المنافسة من اتباع كافة السبل التي تمكنه من الوصول إلى نتيجة في الموضوع، حيث منحه تلك الضمانات الواردة بالمادة 51 التي تمنح المقرر الحق في المطالبة وفحص أي

¹ - أنظر المادة 50 الفقرة 1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - حيث أن هناك عدة حالات تمت الإشارة إليها سابقا متعلقة برفض الإخطارات المقدمة لمجلس المنافسة، أنظر المادة 44 الفقرة 3 من المرجع نفسه.

³ - أنظر المادة 50 الفقرة 3 من المرجع نفسه.

- وفي هذا الصدد تمت معالجة شكاوى بالتعاون مع سلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية بطلب رأي في المجال، القرار رقم 2020/04 المؤرخ في 29 سبتمبر 2020 المتضمن إخطار شركة أوبتيكوم تيليكوم جازي ضد شركة موبيليس، مجلس المنافسة، الجزائر، ص ص 6-7.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

وثيقة أو مستند يراه ضروري للتحقيق في القضية المكلف بها دون الاحتجاج بالسفر المهني والمطالبة بها حيثما وجدت وحجزها وحتى المطالبة بالمعلومات الضرورية من أي مؤسسة أو أي شخص آخر. (1)

ومن الإجراءات الهامة في التحقيق إجراء السماع الذي نصت عليه المادة 53 من الأمر 03-03 التي اقتضت ضرورة تحرير جلسات الاستماع التي يقوم المقرر في محضر يوقعه الأشخاص الذين تم سماعهم وإثبات رفضهم التوقيع في حالة الرفض، وأن الأشخاص المعنية بالسماع هو الأطراف المعنية بموضوع الإخطار. (2)

كما أعطى المشرع للمجلس صلاحية الاستعانة بأي خبير، وله كذلك أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية إجراء أي مراقبة أو تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تندرج ضمن اختصاصه. (3)

وبعد استكمال المعلومات المطلوبة يستخلص المقرر من هذه التحريات التمهيدية مدى وجود ممارسة منافية للمنافسة بأدلة كافية تثبت ذلك، يقوم هذا الأخير بتحرير تقرير أولي يحتوي على تحليل السوق المعنية وعرض الوقائع والتحقيقات التي تم إجراؤها وإعداد المآخذ بشكل واضح لكي توجه ضد المؤسسات أو الأشخاص المعنية بالأمر، (4) فقد ألزم المشرع بتبليغ التقرير الأولي بالمآخذ المسجلة إلى رئيس مجلس المنافسة وإلى أطراف النزاع وكذا الوزير المكلف بالتجارة ويمكن أطراف النزاع من تحضير مختلف دفعهم بتقديم ملاحظات كتابية خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغ التقرير.

حيث أن محتوى وثيقة تبليغ المآخذ متروك للتقدير الكامل للمقرر ولرئيس المجلس فيما يتعلق بالشكل ولا توجد أي قاعدة خاصة مفروضة لتحريرها، ومع ذلك فإنها تكون منظمة وتحتوي على المعلومات الكاملة مثل التذكير بأصحاب وموضوع الإخطار، وصف السوق المعنية والممارسات المرصودة فيها وتحديد تاريخها مع الإحالة إلى وثائق الملف الموضوع تحت التصرف للاطلاع عليها وتكييف الممارسات المرتكبة في ضوء القواعد القانونية. (5)

وبعد استلام الملاحظات الكتابية، تأتي مرحلة تحليل الدفع والملاحظات المقدمة، ليختم المقرر التحقيق بتقرير مغلل يودع من قبله لدى رئيس المجلس يتضمن ما أشارت إليه المادة 54 من الأمر 03-03 المآخذ المسجلة مرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار، بدوره يقوم رئيس المجلس بتبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة الذين يمكنهم إبداء ملاحظاتهم كتابيا في أجل شهرين ويحدد لهم تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية وتطلع كل الأطراف المعنية عليها بعد إيداعها لدى المجلس قبل 15 يوما من تاريخ الجلسة. (6)

1- أنظر المادة 51 الفقرة 2 و 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- أنظر المادتين 53 و 30 من المرجع نفسه

3- أنظر المادة 34 الفقرة 1 و 2 من المرجع نفسه.

4- أنظر المادة 52 من المرجع نفسه

5- أمانة مخانشة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 376.

6- المادة 55 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمى عروض الصفقات العمومية-

إذ يستطيع الأطراف المعنية الاطلاع على ملف الموضوع بمقر مجلس المنافسة خلال أيام الدوام الرسمي. (1)

الفرع الثاني: مرحلة الجلسات

بعد تقديم الأطراف لملاحظاتهم ودفعهم بشأن المآخذ، يتم إعداد الملف الذي يعرض مجلس المنافسة بناء عليه جلسة لغرض اتخاذ القرار المناسب.

أولاً- انعقاد مجلس المنافسة

يتم انعقاد مجلس المنافسة باحترام بعض المبادئ والقواعد المنصوص عليها قانوناً، تتمثل أساساً فيما يلي: (2)

- ضمان سرية الجلسات؛

- احترام مبدأ الوجاهية للأطراف المعنية والحفاظ على حقوقهم، بحيث نصت المادة 30 من الأمر رقم 03-03 على حق الأطراف المعنية في أن تمثل أثناء الجلسة أو تحضر مع محاميها أو أي شخص آخر تختاره؛

- وكذا حق الأطراف في طلب الاستماع إليها أثناء الجلسة والنقاش الشفهي عن طريق تقديم طلب طبقاً للأشكال المنصوص عليها في المادة 32 فقرة 2 من النظام الداخلي لمجلس المنافسة، وبمقتضى المادة 30 منه يحق للأطراف المعنية في حضور جلسات المجلس حسب رغبتها شرط إعلام رئيس المجلس في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ الجلسة مع تحديد أسماءهم وصفاتهم مع إرسال دعوة إلى ممثل وزير التجارة من قبل رئيس المجلس. (3)

أما عن سير الجلسات، فنجد أن رئيس مجلس المنافسة هو القائم على تحديد وجدولة كل القضايا المعروضة أمامه، ويتم ذلك كالتالي:

- يضبط الرئيس الرزنامة لتاريخ وساعة الجلسات، وترسل من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات إلى نواب الرئيس والأعضاء والمقرر العام وممثل وزير التجارة في مدة واحد وعشرون يوماً قبل تاريخ الجلسة. (4)

- يتم بعدها إرسال دعوة للأطراف وممثل وزير التجارة من قبل رئيس المجلس لحضور الجلسات. (5)

- أما في حالة ما إذا شعر عضو بعدم مقدرته على المداولة لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة 29 الفقرة 1 من الأمر 03-03 فعليه أن يبلغ على الفور رئيس المجلس في جميع الأحوال ثمانية أيام قبل تاريخ الانعقاد. (6)

¹- أنظر المادة 30 فقرة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

²- المادة 28 فقرة 2 من القرار رقم 01 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

³- طبقاً لأحكام المواد 28-30 من الأمر رقم 03-03، المرجع نفسه.

وهو ما أكدته المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسييره، مرجع سابق.

⁴- أنظر المادة 32 من القرار رقم 01/2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

حيث تشير الدعوة إلى رقم القضية المعنية، موضوع القضية، تاريخ ومكان وساعة الجلسة.

⁵- المادة 31 من المرجع نفسه.

⁶- المادة 32 من المرجع نفسه.

⁶- أنظر المادة 29 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع نفسه. (المقصود بها هنا هي حالات تعارض المصالح)

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

- تفتتح الجلسة بعد التأكد من اكتمال النصاب القانوني بحضور ثمانية أعضاء من مجلس المنافسة على الأقل من طرف رئيس المجلس أو نائبه الذي يحل محله في حالة غيابه أو وجود مانع يحول دون حضوره، كما يقوم رئيس الجلسة بتسيير المناقشات وضبط النظام أثناء انعقادها. (1)
- يمكن للرئيس تعليق الجلسة في جميع الحالات التي يبدو فيها هذا التعليق مناسباً بعد أخذ رأي أعضاء المجلس، وفي حالة ما إذا كان الهدف من التعليق هو السماح لطرف ما بتقديم ملاحظات كتابية أو وثائق أو عناصر إضافية، يقوم الرئيس بتحديد أجل مناسب لذلك.
- تتم المداولات بحضور جميع الأعضاء، إذ لا تصح إلا بحضور ثمانية منهم على الأقل حسبما جاء في المادة 28 من الأمر 03-03، حيث تتم في جلسة مغلقة يشرف عليها رئيس المجلس، وإن بدا له ضرورياً يعرض اتجاه القرار أو الرأي على التصويت عن طريق رفع اليد أو ورقة سرية، على أن التصويت غير المعبر عنه أو الامتناع لا يؤخذان بعين الاعتبار عند احتساب الأغلبية.

ثانياً - طبيعة العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة

تختلف العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة بين عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

1- العقوبات الأصلية:

يسعى المجلس قصد تفعيل حرية المنافسة إلى التأكد من احترام وتنفيذ أوامره عن طريق اللجوء إلى التقرير بعقوبة مالية في الحدود المنصوص عليها بالمادة 45 من قانون المنافسة، ضف إلى ذلك إمكانية إقرار غرامات تهديدية كوسيلة أكثر رداءً، وبذلك يكون قد منحه المشرع حق إقرار عقوبات مالية بطبيعة قمعية ووقائية⁽²⁾ تنقسم إلى ما يلي:

أ- الغرامة العادية كعقوبة مالية: يقصد بالغرامة العادية تلك العقوبة المالية التي تصدر من أجل الضغط على الطرف الذي تصدر بشأنه ليدفعها ولينفذ هذا القرار في أقرب الآجال بمناسبة تقصيره في الالتزام بالأوامر الموجهة إليه، وهو ما تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 56 من الأمر رقم 03-03، فإذا لم يكن مرتكب المخالفة يملك رقم أعمال محدد فالغرامة يجب ألا تتجاوز ستة ملايين دينار.

أما إذا كان مرتكب المخالفة مؤسسة تملك رقم أعمال محدد فإن الغرامة المالية لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير رسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق على ألا تتجاوز أربعة أضعاف هذا الربح.⁽³⁾

كما يعاقب مجلس المنافسة كل شخص طبيعي ساهم شخصياً في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها بغرامة مالية قدرها مليوني دينار جزائري.⁽⁴⁾

¹ - المادة 36 من القرار رقم 01/ 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، مرجع سابق.

² - مسعد جلال زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 385.

³ - أنظر المادة 62 مكرر من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - أنظر المادة 57 من المرجع نفسه.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

ب- الغرامة التهديدية كعقوبة مالية: تسلط الغرامة التهديدية لردع مرتكبي الممارسات المخلة بالمنافسة وإلزامهم على دفعها في أقرب الآجال مع تقدير مبلغها بالنظر إلى عدد أيام التأخير في التنفيذ، وهذا نظرا لعدم احترام أوامره أو عدم الالتزام بالتعهدات المقدمة وحالة عدم تنفيذ التدابير المؤقتة لتكون عقوبة مالية مستمرة لمساسها المباشر بأموال المؤسسات المخالفة. (1) وأيضا في حالة عدم تقديم المؤسسات المعلومات المطلوبة للمقرر أو كانت المعلومات غير كاملة أو خاطئة أو تهاونت في تقديمها أو كان المقرر قد حدد لها مهلة للقيام بهذا الواجب ولم تقم به، فيقرر المجلس إلى جانب الغرامة المالية التي لا تتجاوز ثمانمائة ألف دينار جزائري وغرامة تهديدية عن كل يوم تأخير. (2)

2- العقوبات التكميلية:

فضلا عن العقوبات الأصلية التي أقرها المشرع الجزائري، نجده يتجه نحو إقرار عقوبات تكميلية كآلية من الآليات التي يستخدمها مجلس المنافسة في تفعيل حرية المنافسة وتتمثل أساسا في نشر كل ما يخص المؤسسات المرتكبة للممارسات الماسة بحرية المنافسة، وكذا بهدف إعلام الغير بما يسلطه من عقوبات على المؤسسات المخالفة لقانون المنافسة، مع إلزامية نشر هذه القرارات المتضمنة عقوبات في النشرة الرسمية للمنافسة.

ثالثا- معايير تقدير العقوبات المالية الموقعة

استنادا إلى نص المادة 62 مكرر 1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على: "تقرر العقوبات المنصوص عليها في أحكام المواد 56 إلى 62 من هذا الأمر من قبل مجلس المنافسة على أساس معايير متعلقة سيما بخطورة الممارسات المرتكبة أو الضرر الذي يلحق بالاقتصاد والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة ومدى تعاون المؤسسات المتهمة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية ووضع المؤسسة المعنية في السوق"، حيث استخدم المشرع الجزائري عبارة "لاسيما" مما يدل على عدم حصره لهذه المعايير وترك في المقابل لمجلس المنافسة السلطة التقديرية لإضافة معايير أخرى يراها ضرورية في الملف المعروض عليه. (3)

1. معيار خطورة وجسامة الأفعال لتقدير العقوبة: إن اعتماد معيار الخطورة والجسامة لتقدير العقوبة يبين أن الممارسات الضارة بالمنافسة ليس لها نفس الدرجة من الخطورة، بل يمكن أن تتفاوت من مؤسسة لأخرى.

2. معيار الضرر اللاحق بالاقتصاد: يقوم مجلس المنافسة بموجب هذا المعيار بفحص الآثار الواقعية التي انعكست سلبا على الأسواق المعنية، ويكون الضرر واقعا إذا كانت الممارسات المعايينة قد حالت مثلا دون دخول مؤسسة سوقا معينة أو أدت إلى الرفع المصطنع للأسعار. (4)

¹- أنظر المادة 58 الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- حيث نجد قيمة الغرامة التهديدية عند عدم تنفيذ الأمر بالحد من الممارسات المقيدة للمنافسة تكون في حدود مائة وخمسون ألف دينار جزائري.

²- أنظر المادة 59 من المرجع نفسه.

³- أمنة مخانشة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 414.

⁴- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص 74.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

3. معيار المساس بحصة هامة من حصص السوق أو المؤسسات: يجب أن يثبت مجلس المنافسة قبل تسليط العقوبة تقدير بأن الممارسات المرتكبة قد مست بحصة هامة من حصص السوق أو من حصص المؤسسات المتواجدة في السوق، وذلك بتقديم العناصر التي تسمح بتقدير الآثار الاقتصادية لتلك الممارسات.

كما يؤخذ بعين الاعتبار كل الظروف التي أحاطت بتنفيذ هذه الممارسات، فيعتبر من الظروف المشددة قدم الممارسات وطول مدتها واتساع نطاقها ومدى انتشارها، وكذا سلوك مرتكبي المخالفات، وتشد عليهم العقوبة إذا كانت لهم نية وقصد تقييد حرية المنافسة.⁽¹⁾

الفرع الثالث: قرارات مجلس المنافسة

إذا ما اثبتت التحقيقات ومجريات الجلسات أن هناك فعلا ما يقيد حرية المنافسة ويعيق نشاط المؤسسات فإن مجلس المنافسة يصدر كل القرارات والعقوبات التي يراها لازمة التي يتمتع بسلطة اتخاذها. أولاً- الشكليات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة

يفترض وتطبيقا للمشرع الجزائري احترام شكليات معينة تتعلق بالقرارات التي يصدرها مجلس المنافسة في حد ذاتها وأخرى بتنفيذها.

1- شكليات متعلقة بقرار مجلس المنافسة في حد ذاته

لم يتم تحديد شكل معين من طرف المشرع الجزائري بخصوص القرارات التي يصدرها سواء ضمن أحكام قانون المنافسة أو ضمن نظامه الداخلي، غير أنه يمكن استخلاص شكلية القرار من نصوص المواد التي جاء بها المشرع خاصة الفقرة 3 من المادة 44 من قانون المنافسة والمادة 45 الفقرة 1 منه، على أن يكون القرار أو الأمر معللا، ويفهم من ذلك ضرورة توافر شكلية التسبب في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة وإلا أعتبر معيبا من حيث الشكل.

كما أن احترام الشكلية مسألة تتعلق بضمان حقوق أطراف الممارسات المقيدة للمنافسة لتمكينهم من التعرف على حيثيات القرار والأسباب، كما ألزم المشرع بيان أجل الطعن ضد القرار الذي يتخذه من تمكين الأطراف المعنية من ممارسة حق الطعن حسب المادة 47 فقرة 03 من قانون المنافسة "... يجب أن تبين هذه القرارات تحت طائلة البطلان أجل الطعن وكذلك أسماء وصفات وعناوين الأطراف التي بلغت إليها...".

2- شكليات متعلقة بتنفيذ القرار الصادر عن مجلس المنافسة

كغيرها من القرارات الإدارية، تخضع قرارات مجلس المنافسة قبل تنفيذها إلى إجرائي التبليغ والنشر، فبالرغم من حضور الأطراف أو ممثليهم لجلسات المداولات التي يقرر فيها المجلس موقفه وقراره، ألزم المشرع الجزائري تبليغهم بالقرار المتخذ بواسطة محضر قضائي، كما ترسل إلى وزير التجارة.⁽²⁾

¹ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، مرجع سابق، ص 76.
² - أنظر المادة 47 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

فضلا عن ذلك تكون القرارات الصادرة موضوع نشر وفقا للكيفيات التي يحددها القانون،⁽¹⁾ وبالتالي يمكن أن يأمر مجلس المنافسة بنشر قراراته ومستخرجا منها أو توزيعها أو تعليقها،⁽²⁾ ويعددها ويطبّعها وينشرها إما بالاعتماد على وسائله الخاصة أو باللجوء إلى خدمات هيئات متخصصة في هذا المجال،⁽³⁾ ويتولى أيضا نشر القرارات الصادرة عن مجلس قضاء الجزائر وعن المحكمة العليا وكذا عن مجلس الدولة حول المسائل المتعلقة بالمنافسة.

أما عن إجراءات تنفيذ القرارات الصادرة عنه، فقد نص المشرع الجزائري ضمن الفقرة 4 من المادة 47 من الأمر 03-03 على أنه "يتم تنفيذ قرارات مجلس المنافسة طبقا للتشريع المعمول به..."، وعليه قد يفسر هذا بأن القرارات الصادرة تهم أطرافها، وبالتالي فإن مسألة تنفيذها تتوقف على التنفيذ الطوعي لأطراف الممارسات الضارة بالمنافسة وكذا القرارات المصحوبة بتنفيذ التعهدات أو الأوامر المفروضة من قبل مجلس المنافسة.

ثانيا- الطعن في قرارات مجلس المنافسة

تجسيدا لحقوق الدفاع، رتب المشرع الجزائري ضمن الأمر 03-03 إمكانية الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة لصالح المؤسسات التي صدر في حقها، حيث يكون للأطراف المعنية حق اللجوء إلى الطعن بالاستئناف أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر.

1- شروط الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة

تتمثل في الشروط الخاصة بالقرارات المراد الطعن فيها وبالأشخاص الذين لهم الحق في ذلك، وأخرى متعلقة بآجال الطعن.⁽⁴⁾

أ. أن تكون القرارات قابلة للطعن: حسب المادة 63 من الأمر رقم 03-03 فالقرارات التي تكون موضوع طعن أمام مجلس قضاء الجزائر هي القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة بشأن الممارسات المقيدة للمنافسة، في حين تستثنى تلك المتعلقة بالتجميعات والتي تكون أمام مجلس الدولة.

ب. أن يقدم الطعن من طرف الأشخاص المؤهلين: الأشخاص المؤهلون الذين يحق لهم تقديم الطعن هم الأطراف المعنية بالقضية والوزير المكلف بالتجارة.

ج. أن يتم الطعن في الآجال القانونية: يحق للأشخاص المؤهلة قانونا بتقديم الطعن في أجل شهر واحد من تاريخ تبليغ القرار النهائي حسب نص المادة 63، أما الطعن في الإجراءات المؤقتة فمدته عشرون يوما.

2- إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة

حسب المادة 64 من الأمر رقم 03-03 فإنه "يرفع الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر ضد قرارات مجلس المنافسة من قبل أطراف القضية طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية"، وبالرجوع إلى أحكام قانون

¹- أنظر المادة 49 الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

²- أنظر المادة 45 الفقرة 3 من المرجع نفسه.

³- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 11-242 المؤرخ في 10 جويلية 2011 المتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة ويحدد مضمونها وكذا كيفيات إعدادها، ج ر عدد 39 المؤرخة في 13 جويلية 2011.

⁴- أنظر المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية-

الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يتم رفع الطعن بموجب عريضة مكتوبة موقعة من الطاعن أو محاميه مؤرخة وتودع لدى أمانة الضبط. (1)

وبعد إيداع الطعن، ترسل نسخة منه إلى رئيس مجلس المنافسة وإلى الوزير المكلف بالتجارة عندما لا يكون طرفا في القضية، (2) حيث يطلب رئيس مجلس قضاء الجزائر إيفاءه بملف القضية ويرسله له رئيس مجلس المنافسة في الآجال المحددة.

بعد حصول المستشار المقرر للغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر على مستندات جديدة والتي يتبادلها أطراف القضية خلال الجلسة، يقوم بإرسالها إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى رئيس مجلس المنافسة قصد الحصول على أي ملاحظات محتملة، حيث يمكنهم تقديمها كتابيا في الآجال المحدد من طرف المستشار المقرر. (3)

ولم يغفل المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 03-03 ما يعرف بعوارض الخصومة، ويتجسد ذلك من خلال إقراره للأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة وليسوا أطرافا في الطعن بإمكانية التدخل في الدعوى من تلقاء أنفسهم وإن لم يكونوا طرفا في الخصومة. (4)

وأخيرا، بعد صدور قرار الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، يتم إرساله إلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا إلى رئيس مجلس المنافسة. (5)

¹ - أنظر المادة 140 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

² - المادة 65 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - المادة 66 و67 من المرجع نفسه.

⁴ - المادة 68، المرجع نفسه.

⁵ - المادة 70، المرجع نفسه.

الخاتمة

يهدف قانون المنافسة إلى حماية التنافسية في الأسواق وحرية الدخول إليها لصالح المؤسسات الناشطة في كل القطاعات شرط عدم المساس بالمنافسة الحرة والنزاهة في السوق، حيث لم تبق المنافسة تلك المبادئ المعتمدة على المساواة والشفافية وحرية الدخول إلى السوق فقط، والمنتهجة والمطبقة في قواعد الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العمومي، بل امتدت وتوسعت إلى تقنينها في قانون جامع لها، مانع لكل الممارسات التي من شأنها الحد من السرية التنافسية بين العارضين ضمانا لحرية الوصول للطلبات العمومية ومحاربة كل ما من شأنه التلاعب بالصفقات العمومية.

إن المراحل التي يمر بها إعداد الطلبات العمومية تؤثر تأثيرا كبيرا على سير إجراءاتها، فمرحلة تحديد الحاجيات وإعداد دفتر الشروط تعتبر حقا من حقوق المصالح المتعاقدة في تصميمها، شرط مراعاتها لمبادئ المنافسة، ضمنا لحرية وصول المؤسسات ومشاركتها للفوز بالصفقة، كما أن المراحل الأخرى بدءا من نشر إعلان الطلب العمومي إلى غاية المنح النهائي للصفقة يكون حقا من حقوق المؤسسات عن طريق الحق في إعلامهم بالإعلان عن الطلب العمومي، والمساواة بين المترشحين، والحق في إيداع العروض والشفافية في منح الصفقة وفق معايير معروفة ومعلومة مسبقا.

لذلك وسع المشرع الجزائري من مفهوم السوق، فلم يعد ذلك الحيز أو المكان الذي يجري فيه عرض وطلب سلع وخدمات، فجعله يتغير بتغير هذه السلع والخدمات، فالمتجانسة منها والقابلة للتبادل فيما بينها في نظر المشتري من حيث المكونات والغرض منها وسعرها فإنها تكوّن سوقا واحدة تسمى بالسوق المرجعية يرجع إليها قانون المنافسة في تحديد رقعة السوق وتحديد سلوكيات المؤسسات، وبالتالي فإن كل طلب عمومي يمثل سوقا عند تماثل الطلب العمومي في السلعة أو الخدمة المطلوب تحقيقها، غير أن سوق الطلب العمومي تحوم حوله مؤسسات قد تضر به وبالمال العام وتحول دون نجاعة الطلب العمومي عن طريق ممارسات مخلة بالمنافسة بانتهاجها للاتفاقات التواطئية فيما بينها لغرض تقاسم الأسواق والأرباح الناتجة عن الصفقة أو الصفقات المتواطئ فيها، حيث أن هذه الأسباب جعلت المشرع الجزائري يدرج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيق قانون المنافسة، وبالتالي تكون تحت مراقبة مجلس المنافسة الذي يبت في كل القضايا المتعلقة بمخالفة قانون المنافسة بعد إخطاره من طرف المصالح المتعاقدة أو في حالة تدخله التلقائي في ذلك، وهذا بعد كشف وإثبات كل المؤشرات والقرائن الدالة على الاتفاقات بين المؤسسات المشاركة في الطلب العمومي، أين تتخذ هذه الاتفاقات عدة طرق مادية ومعنوية.

وقد حاولنا من خلال دراستنا كشف بعض المؤشرات الدالة على التواطؤ عند تقديم العروض وعند دراستها عن طريق تفحص الوثائق والأسعار المقترحة من المؤسسات وكذا تلك التي تظهر من خلال التصريحات والسلوكيات، كما قدمنا بعض الطرق للتقليل من مخاطر هذه الاتفاقات التي يكون عبء إثباتها على المصالح المتعاقدة وعلى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، التي نتكون كما عرضنا، من موظفين

تابعين للمصلحة المتعاقدة، غير أن هذه التشكيلة قد تخرج بهم عن الدراية والاختصاص المطلوبين لتحديد الحالات التي تكون فيها العروض محل ممارسات مخالفة للمنافسة والتي من واجب المصالح المتعاقدة ولجنة فتح الأظرفة رصد هذه الممارسات والاقتراح برفض العرض المقبول إذا ما ثبت احتواؤه على هذه الاتفاقات المخالفة لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

إن الكفاءة والتأهيل المشترطين في الموظفين المكونين للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يتناسب مع جانب واحد فيما يتعلق ممارستهم لمهامهم داخل المصلحة المتعاقدة، مما يستجيب لكونهم موظفين ذوي كفاءة من حيث أدائهم العمل المنوط بهم، وما يستجيب بالضرورة للعمل الإداري والتقني الذي يمكن أن تباشره، لكنه لا يستجيب البتة لقدرتهم وأهليتهم، بمفهوم الكفاءة، في دراسة وضعية العروض بمقياس السوق، هذا علاوة أن معيار تقدير الكفاءة والتأهيل غير ثابت، ويختلف من مصلحة متعاقدة وأخرى. هذا وإن تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في الباب الثالث منه ما يفيد التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلا أن هذا التكوين كما هو ثابت بنص المادتين 211 و212 منه متعلق بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دون أي ذكر للسلطة الإطار فيما يتعلق بالمنافسة (مجلس المنافسة) أو الهيئات القطاعية الأخرى على سبيل التعاون.

إن ما جاء في دراستنا هو نظرة عامة للتحديات المنتظرة من المصالح المتعاقدة في مواجهة ورصد الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية والتي تمس بالمنافسة الحرة والنزبية في سوق الطلب العمومي.

وعلى كمال حال، نخلص إلى النتائج التالية:

- أن صعوبة وعدم مقدرة الكشف عن مؤشرات التواطؤ بين المؤسسات في كل مراحل الصفقات العمومية يعود إلى كونها تتخذ طابعا ضمنيا لا يمكن للمصالح المتعاقدة أن تنتبه له؛
- أن غياب الكفاءة والتأهيل للمصالح المتعاقدة ولجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في مجال المنافسة وعدم الإلمام ومعرفة مكونات الأسواق التنافسية والتحالفات له أثر بالغ في تفشي ممارسات الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية؛
- أن اشتراط قانون المنافسة توافر عناصر إثبات مقنعة لقبول الإخطارات من الهيئات المؤهلة بالإخطار والتي من بينها المصالح المتعاقدة، يُعد شرطا تعجيزيا ومساعدة على تفشي الممارسات المدروسة على اعتبار أن نقص الخبرة والكفاءة لدى المصالح المتعاقدة يحول دون الإثبات الكافي بالممارسات المختر عنها، حيث أن أغلب القضايا (في الأسواق الأخرى) التي كانت محل إخطار لمجلس المنافسة كانت محل رفض بسبب عدم توافر الإثبات الكافي والمقنع وهذا حسب النشرات الرسمية لمجلس المنافسة؛
- أن عمل مصالح التحقيقات الاقتصادية التي تقع تحت سلطة وزارة التجارة وترقية الصادرات باعتبار أنها من ضمن الأشخاص المؤهلين بالتحقيق في مخالفات قانون المنافسة والحرص على احترامه،

لا يمكنها بأي حال من الأحوال الوقوف على هذه الاتفاقات التوافقية وغيرها من الممارسات المنافسة للمنافسة في سوق الصفقات العمومية، ولا يمكنها أن تقدّر وجود عروض مخالفة لأحكام قانون المنافسة، لعدم وجود آليات حقيقية، سواء في قانون المنافسة أو قانون الصفقات العمومية، تسمح لهذه المصالح وتضمن لهم القيام بمهامها في مراقبة ومباشرة صلاحياتها إلا إذا طُلب منها القيام بالتحقيق من طرف مجلس المنافسة، فعدم وجود هذه الآليات يسمح حتما ويساعد على ممارسات الاتفاقات التوافقية.

ومن ثم، فإن الجهة الوحيدة المخولة وذات الكفاءة لرصد وتحري مثل هذه الممارسات التي ترتكبها المؤسسات تبقى ممثلة في مجلس المنافسة الذي يضطلع بدور وقائي وقمعي في مجال المنافسة، أي أن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية يجب أن يكون تحقيقا للمنافسة وحماية للمال العام، ولا يجب أن يقارن إخطار المصالح المتعاقدة بوجود اتفاقات في سوق الطلبات العمومية ببقية الإخطارات التي تصل المجلس، وما عليه إلا أن يحمل الإخطار المرفوع إليه محمل الجد، حتى وإن رفضه لأحد العيوب فعليه أن يقدم البديل في التحقيق وكشف الممارسات عن طريق تفعيل آلية الإخطار التلقائي لمباشرة التحقيق. وبناء على ما سبق ذكره، يمكن أن ندلي ببعض الاقتراحات التي نرى من خلال دراستنا أنها ستكون مفيدة لكشف هذه الممارسات:

≈ ضرورة التكوين والتأهيل الجيد للمصالح المتعاقدة وللجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في مجال المنافسة والممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية جنبا إلى جنب إلى التكوين الأساسي الخاص بالصفقات العمومية؛

≈ على مجلس المنافسة تفعيل آلية الإخطار التلقائي في حال رفض الإخطار المرفوع إليه لأي سبب من الأسباب إذا رأى أن الممارسات تشكل انتهاكا خطيرا لحرية المنافسة والإضرار بالمال العام؛
≈ ضرورة إشراك مصالح التحقيقات الاقتصادية في لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض لما لديها من خبرة وتأهيل في كشف مثل هذه الممارسات والتحقيق فيها لحماية للمصالح المتعاقدة وللمال العام؛
≈ ضرورة إيجاد آلية تضمن لمصالح التحقيقات الاقتصادية ولوزارة التجارة بمراقبة الصفقات العمومية والمؤسسات المشاركة في الطلبات العمومية، حتى ولو كانت هذه الآلية بعدية، لأنها قد تتعلق بمراقبة الوثائق المقدمة في العروض ومقارنة العروض المقدمة لدى مصالح متعاقدة أخرى خلال فترات زمنية محددة؛

≈ العمل على تكامل وترابط عمل المصالح المتعاقدة والهيئات الإدارية وعمل مجلس المنافسة، عن طريق قيام هذا الأخير بالتحسيس من مخاطر الاتفاقات بين مقدمي العروض وبنودات وملتقيات وتكوينات خاصة والتعريف بمجلس المنافسة ومهامه وطرق وكيفيات الإخطار؛

هذا ويبقى على المصالح المتعاقدة إذا تم الاشتباه في حدوث ممارسات تواطؤً باتباع إجراءات
لكشف هذه الممارسات ومتابعتها:

- ≈ الفهم الجيد لقانون المنافسة والصفقات العمومية فيما يتعلق بمكافحة التواطؤ في الطلبات العمومية؛
- ≈ الاحتفاظ بكافة الوثائق والمستندات، بما في ذلك الأظرفة الحاملة للعروض التقنية والمالية؛
- ≈ عدم مواجهة أو مناقشة المؤسسات المشتبه في مشاركتها في ممارسات التواطؤ؛
- ≈ الاتصال بمجلس المنافسة أو مصالح التحقيقات الاقتصادية لدى المديريات الولائية للتجارة قصد
المساعدة على كشف الممارسات أو على تكوين وتحضير ملف الإخطار.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية

1. الدستور:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

2. القوانين:

2. القانون رقم 01-21 المؤرخ في 26 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج ر عدد

79 المؤرخة في 23 ديسمبر 2001.

3. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،

ج ر عدد 41 المؤرخة في 27 جوان 2004.

4. القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة

الرسمية رقم 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.

5. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر

عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

6. القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 يعدل ويتم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية

2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 36 المؤرخة في 02 جويلية 2008.

7. القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتم الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية

2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

8. القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، ج ر عدد رقم 02 المؤرخة

في 15 جانفي 2012.

3. الأوامر:

1. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101

المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

2. الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية

والحرف، ج ر عدد 03 المؤرخة في 14 جانفي 1996.

3. الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية رقم 43

المؤرخة في 20 جويلية 2003.

3. المراسيم الرئاسية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005 المتضمن التصديق على الاتفاق

الأوروبي المتوسطي لتأسيس الشراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة

والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل سنة

- 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، ج ر عدد 31 مؤرخة في 30 أبريل 2005.
2. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- 4. المراسيم التنفيذية:**
1. المرسوم التنفيذي رقم 97-290 المؤرخ في 27 جويلية 1997 المتضمن إنشاء لجان التنسيق والفرق المختلطة للرقابة بين مصالح وزارة المالية ووزارة التجارة وتنظيمها، ج ر عدد 50 المؤرخة في 30 جويلية 1997.
 2. المرسوم التنفيذي رقم 02-453 المؤرخ في 21 ديسمبر الذي يتضمن صلاحيات وزير التجارة، ج ر عدد 85 المؤرخة في 22 ديسمبر 2002.
 3. المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12 ماي 2005 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل، ج ر عدد 35 سنة 2005.
 4. المرسوم التنفيذي رقم 09-415 المؤرخ في 16 ديسمبر 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على الموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة، ج ر عدد 75 المؤرخة في 20 ديسمبر 2009.
 5. المرسوم التنفيذي رقم 11-09 المؤرخ في 20 جانفي 2011 يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها، ج ر عدد 04 المؤرخة في 23 جانفي 2011.
 6. المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج ر عدد 39 المؤرخة في 13 جويلية 2011.
 7. المرسوم التنفيذي رقم 11-242 المؤرخ في 10 جويلية 2011 المتضمن إنشاء النشرة الرسمية للمنافسة ويحدد مضمونها وكذا كيفيات إعدادها، ج ر عدد 39 المؤرخة في 13 جويلية 2011.
 8. المرسوم التنفيذي رقم 12-111 المؤرخ في 06 مارس 2012 الذي يحدد شروط وكيفية إنشاء وتنظيم الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية، ج ر عدد 15 المؤرخة في 14 مارس 2012.
 9. المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية رقم 48 المؤرخة في 05 أوت 2018.
- 5. المناشير الوزارية:**
1. المنشور الوزاري رقم 01 المؤرخ في 05 ديسمبر 2004 المتعلق بكيفيات إجراء التحقيقات في مجال المنافسة.

6. القرارات والوثائق:

1. رأي رقم 13 ر 01 المؤرخ في 25 جويلية 2013، المتعلق بإخطار وزير التجارة لمجلس المنافسة لإبداء رأيه حول احترام قواعد المنافسة في سوق الاسمنت، النشرة الرسمية للمنافسة، مجلس المنافسة، الجزائر، عدد 2، 2013.
2. قرار مجلس المنافسة التونسي في القضية رقم 4155 بتاريخ 16 ديسمبر 2004، التقرير السنوي لمجلس المنافسة التونسي لسنة 2004، مجلس المنافسة، تونس، 2004.
3. القرار رقم 2013/01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.
4. قرار رقم 2018/06 الصادر عن مجلس المنافسة في جلسته المنعقدة بتاريخ 19 جويلية 2018، مجلس المنافسة، الجزائر.
5. القرار رقم 2020/01 المؤرخ في 02 فيفري 2020 يتضمن تعديل نص المادة 7 من القرار رقم 01 المؤرخ في 24 جويلية 2013 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة.
6. القرار رقم 2020/03 المؤرخ في 26 فيفري 2020 المتعلق بالإخطار رقم 2019/03 بتاريخ 05 ديسمبر 2019 المودع من طرف ش ذ م م هيتش الجزائر ضد ش ذ أسهم يسير، تقرير مجلس المنافسة، الجزائر، جانفي 2021.
7. القرار رقم 2020/04 المؤرخ في 29 سبتمبر 2020 المتضمن إخطار شركة أوبتيكوم تيليكوم جازي ضد شركة موبيليس.
8. القرار رقم 2020/05 المؤرخ في 29 سبتمبر 2020 المتعلق بالإخطار رقم 2019/02 المودع بتاريخ 16 سبتمبر 2019 من طرف ش ذ م م بيب سيتي ضد الوكالة الوطنية للنشر والإشهار.
9. مذكرة حول سياسة المنافسة وقطاع المشتريات العامة، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مجلس التجارة والتنمية، لجنة التجارة والتنمية، فريق الخبراء الحكومي الدولي المعني بقوانين وسياسات المنافسة، جنيف، سويسرا، جويلية 2012.

ثانيا: الكتب

1. بن حملة سامي، قانون المنافسة، منشورات نوميديا، قسنطينة، 2016.
2. بن طاوس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي، دار هومة، الجزائر، 2012.
3. بودالي محمد، حماية المنافسة في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006.
4. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، ط 5، القسم الأول، الجزائر، 2017.
5. ثيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013.
6. خرشي النوي، الصفقات العمومية-دراسة تحليلية ونقدية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

7. الشناق معين فندي، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقات الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
8. قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
9. كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات بغدادي، 2010، بدون طبعة، الجزائر.
10. الماحي حسين، حماية المنافسة، المكتبة العصرية، مصر، ط1، 2007.
11. محمد شلبي أمل، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1. رسائل الدكتوراه:

1. تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011.
2. جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 06-12-2012.
3. جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، نوقشت يوم 17/12/2015.
4. الحاسي مريم، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019.
5. دراج عبد الوهاب، تطبيق مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه في الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2020-2021.
6. رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017-2018.
7. كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2004-2005.
8. مخاشنة آمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، 2016-2017.

2. رسائل الماجستير

1. بوزيد صبرينة، قانون المنافسة لا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالم، 2015-2016.
2. عياد كرافة أبو بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013.

رابعاً: المداخلات والمؤتمرات

1. جليل مونية، آليات تفعيل المنافسة عند تقييم العروض لانتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، مداخلة مقدمة في إطار الندوة الوطنية بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، يوم 05 فيفري 2018.
2. ظريفي نادية، توسيع مجال الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إبرام الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي والتكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بجامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، يوم 23 فيفري 2016.
3. عبد اللطيف والي، كمال بوبعاية، التزام الإدارة بإعمال مبدأ المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة العمومية، مداخلة مقدمة في إطار الندوة الوطنية بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، يوم 05 فيفري 2018.
4. عبد النور مبروك، صفية سليمان، الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، مداخلة مقدمة في إطار الندوة الوطنية بعنوان تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، يوم 05 فيفري 2018.

خامساً: المجلات

1. تياب نادية وأحميد هنية، تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بين النصوص القانونية والإشكالات التطبيقية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 12، العدد 01، جامعة الوادي.
2. كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، العدد 02، 2010.

فهرس المحتويات

الصفحة

المحتويات

شكر و عرفان

إهداء

أ- مقدمة

الفصل الأول: المنافسة في سوق الصفقات العمومية

تمهيد

المبحث الأول: آليات تطبيق المنافسة في سوق الصفقات العمومية

المطلب الأول: قواعد المنافسة والصفقات العمومية

الفرع الأول: أهمية وأهداف قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

أولاً- حرية الوصول للطلبات العمومية

ثانياً- مبدأ المساواة بين المترشحين

ثالثاً- مبدأ الشفافية في الإجراءات

الفرع الثاني: مجال تطبيق قواعد المنافسة على الصفقات العمومية

أولاً- قواعد المنافسة في مرحلة تحديد الحاجات

ثانياً- قواعد المنافسة في مرحلة إعداد دفاتر الشروط

الفرع الثالث: آليات تطبيق قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

أولاً- الإعلان

ثانياً- إيداع العروض

ثالثاً- التقييم والمنح

المطلب الثاني: قانون المنافسة والصفقات العمومية

الفرع الأول: أهمية وأهداف قانون المنافسة

أولاً- تعريف قانون المنافسة

ثانياً- أهداف وغايات قانون المنافسة

ثالثاً- شروط المنافسة

الفرع الثاني: مجال تطبيق قانون المنافسة

أولاً- من حيث النشاط الاقتصادي

ثانياً- من حيث الأشخاص

ثالثاً- خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة

الفرع الثالث: آليات تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

أولاً- إلزام المصالح المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة

ثانياً- تدخل مجلس المنافسة كهيئة ضابطة لقواعد المنافسة

المبحث الثاني: الاتفاقات المقيدة للمنافسة في سوق الصفقات العمومية

المطلب الأول: ماهية الاتفاقات المقيدة للمنافسة

الفرع الأول: مفهوم الاتفاقات المقيدة للمنافسة أو المحظورة في قانون المنافسة

أولاً- تعريف الاتفاق غير المشروع

ثانياً- شكل الاتفاق غير المشروع

24 الفرع الثاني: شروط الاتفاق المحظور
25 أولاً- وجود توافق بين المؤسسات المرشحة للصفحة
25 ثانيا- ضرورة إخلال الاتفاق بالمنافسة . . .
26 ثالثا- العلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بالمنافسة.....
27 الفرع الثالث: تطبيقات الاتفاقات المحظورة .
27 أولاً- اتفاقات ترمي إلى تقليل عدد المنافسين في السوق.....
28 ثانيا- اتفاقات ترمي إلى تقييد نشاط المنافسين في السوق.....
29 المطلب الثاني: تحديد الأسواق التنافسية
29 الفرع الأول: ماهية السوق التنافسية.....
29 أولاً- السوق التنافسية.....
30 ثانيا- السوق المرجعية أو السوق المعنية
31 الفرع الثاني: التصنيف القانوني للسوق التنافسية
31 أولاً- من حيث طبيعة المنتجات البديلة للسلع والخدمات
33 ثانيا- من حيث المنطقة الجغرافية
35 الفرع الثالث: تأثير سوق الصفقات العمومية بالاتفاقات المحظورة
35 أولاً- مدى اعتبار الصفقات العمومية سوفا
36 ثانيا- خصوصية الاتفاقات المحظورة في سوق الصفقات العمومية
	الفصل الثاني: آليات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي عروض الصفقات العمومية
39 تمهيد
39 المبحث الأول: تحليل الاتفاقات التواطئية ومؤشراتها بين مقدمي العروض
39 المطلب الأول: الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض والعوامل المساعدة عليها
39 الفرع الأول: تبادل المعلومات بين مقدمي العروض
40 أولاً- فوائد المعلومات المتبادلة
40 ثانيا- تبادل المعلومات قبل تقديم العروض
 الفرع الثاني: وعي المصالح المتعاقدة بخصائص الأنشطة التجارية التي تساعد على سهولة التواطؤ في
41 الصفقات العمومية
41 أولاً- قلة أو انعدام المؤسسات في السوق المعني بموضوع الطلب العمومي
42 ثانيا- الطلبات العمومية المتكررة أو المتوقعة
42 ثالثا- السلع والخدمات المتماثلة والمتبادلة
42 الفرع الثالث: وعي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بصور الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض.....
43 أولاً- التقسيم الزمني للعروض
44 ثانيا- التقسيم الجغرافي للعروض
44 ثالثا- تقديم عروض المبدأ أو العروض غير الجادة
45 رابعا- التقدم بعروض مشتركة
	المطلب الثاني: دور المصالح المتعاقدة بكشف وإثبات الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض والتقليل من
45 مخاطرها
46 الفرع الأول: دور المصالح المتعاقدة في إثبات الاتفاقات التواطئية

46 أولاً- تشكيلة لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض
47 ثانياً- إثبات المصالح المتعاقدة للاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض
49 الفرع الثاني: رصد المصالح المتعاقدة لمؤشرات الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض
49 أولاً- رصد المؤشرات الدالة على الاتفاقات عند تقديم العروض
50 ثانياً- رصد المؤشرات في الوثائق المقدمة والأسعار المقترحة
51 ثالثاً- رصد المؤشرات في التصريحات والسلوكات
52 الفرع الثالث: طرق التقليل من مخاطر الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض
52 أولاً- الحصول على المعلومات اللازمة قبل تصميم الصفقة
52 ثانياً- تصميم الطلب العمومي بطريقة تزيد من مشاركة متنافسين حقيقيين
53 ثالثاً- توعية المصالح المتعاقدة ولجنة فتح الأطراف حول مخاطر التواطؤ في الصفقات العمومية ...
54 المبحث الثاني: آليات وإجراءات التحقيق في الاتفاقات التواطئية بين مقدمي العروض
54 المطلب الأول: التحقيق والتحري والإخطار بالاتفاقات التواطئية
54 الفرع الأول: التحقيق الأولي في الاتفاقات التواطئية (قبل الإخطار)
54 أولاً- الأشخاص المؤهلون بالتحقيق
56 ثانياً- كفايات التحقيق
57 ثالثاً- مراحل التحقيق التي يقوم بها الأعوان المؤهلون
59 الفرع الثاني: إخطار مجلس المنافسة
59 أولاً- الإخطار الوزاري
60 ثانياً- الإخطار التلقائي
61 ثالثاً- الإخطار المباشر
62 الفرع الثالث: شروط الإخطار
62 أولاً- الشروط الشكلية للإخطار
63 ثانياً- الشروط الموضوعية للإخطار
65 المطلب الثاني: سير الإجراءات أمام مجلس المنافسة
65 الفرع الأول: مرحلة التحقيق
65 أولاً- التدابير المؤقتة
66 ثانياً- إجراءات التحقيق
68 الفرع الثاني: مرحلة الجلسات
68 أولاً- انعقاد مجلس المنافسة
69 ثانياً- طبيعة العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة
70 ثالثاً- معايير تقدير العقوبات المالية الموقعة
71 الفرع الثالث: قرارات مجلس المنافسة
71 أولاً- الشكليات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة
72 ثانياً- الطعن في قرارات مجلس المنافسة
74 الخاتمة