الجمهوريـــة الجزائـرية الديمقراطيــة الشعبيــة
وزارة التعليـم العـالي والبحث العلمـي
جامعة جيلالي ليابس – سيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه: التجريم في الصفقات العمومية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون
فرع: التجريم في الصفقات العمومية

بعنوان

تحت إشراف:

- **من إعداد الطالب:**
الأستاذ الدكتور : بودالي محمد
- رقراقي محمد زكرياء

أعضاء لجنة المناقشة:

- أ. د. **معوان مصطفى** أستاذ جامعة سيدي بلعباس رئيسا
- أ. د. **بودالي محمد** أستاذ جامعة سيدي بلعباس مشرفا ومقررا
- أ. د. **فتات فوزي** أستاذ جامعة سيدي بلعباس مناقشا
- أ. **آغا جميلة** أستاذة محاضرة قسم "أ" جامعة سيدي بلعباس مناقشا

السنة الجامعية

2013/2014

ملخص حول موضوع المذكرة

تتمحور الدراسة حول الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية باعتبارها شرطا أساسيا لضمان فعالية هذه العقود، وضمانة هامة لحق المترشحين في ولوج سوق الطلبات العمومية نظرا للفرص الاقتصادية الكبيرة التي تمنحها لهم.

حيث أن قواعد المنافسة المقررة في ميدان الصفقات العمومية لها هدف مزدوج، بحيث تسعى لتكريس حقوق ومصالح المترشحين في الوصول لنيل الصفقات العمومية والمساواة بينهم في هذا الشأن، بالموازاة مع مراعاة ما تقتضيه مسؤولية المقررين العموميين من حرية وسلطات عند وضع الصفقة محلا للمنافسة، بهدف إنجاح المشاريع التي يتوقف عليها حسن سير المرافق العامة واستمراريتها.

وبذلك فإن هذا البحث يهدف إلى دراسة أسس وركائز الحماية القانونية المستمدة من المنظومة التشريعية والتنظيمية المؤطرة لممارسة حرية المنافسة، ودور الهيئات القضائية في تعزيزها، مع مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها قواعد المنافسة في هذا المجال.

تتضح أهمية هذا البحث من خلال التطور البارز الذي عرفته الحماية المكرسة قانونا وقضاء لقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية (تنظيم الصفقات العمومية، قانون المنافسة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته)، وهي تطورات من شأنها تحفيز السلوك التنافسي، ومكافحة المساس بالمنافسة في الصفقات. وعليه، من البداهة أن تكون المستجدات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحماية المنافسة في هذا المجال، وكذا طرق الرقابة القضائية على مشروعية القرارات وصحة الإجراءات المتعلقة بالمنافسة المتطورة باستمرار، مثار اهتمام الممارسين والباحثين في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي، فإن مصدر تكريس هذا البحث هو تحليل الوضع الجديد للضمانات القانونية المؤطرة لحق المترشحين لنيل الصفقات العمومية في المساواة والتنافس الحر، وهي دواع مرتبطة بما يمثله نظام الصفقات العمومية ضمن مشروع ترسيخ منهج حديث للحكامة، غايته الارتقاء بممارسة حرية المنافسة وضمان حسن استعمال المال العام.

علاوة على ذلك، تبقى أهمية البحث في إشكاليات الوضع الراهن لممارسة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مرتبطة أيضا بالمعطيات الهامة والبنيوية المتعلقة بموقع الصفقات العمومية في المالية العامة والمعاملات الاقتصادية داخل الدولة، والمتمثلة أساسا في قيمة الاعتمادات المرصودة لإنجاز الأعمال موضوع الطلبات العمومية، والتي تشكل نسبة هامة من الناتج الداخلي الخام، وكذا في تبعية الفاعلين الاقتصاديين للصفقات العمومية التي تشكل نسبة معتبرة من حجم المعاملات بالنسبة للمقاولات ومكاتب الدراسات وشركات الهندسة، التي تتحقق في إطار أشغال وتوريدات وخدمات منجزة لفائدة أشخاص القانون العام.

وبذلك، فإن هذا البحث يسعى إلى تحقيق هدفين أساسين هما:

1- رصد وتحليل الضمانات القانونية، الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية المؤطرة لممارسة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

2- تقصي مدى إسهام الرقابة القضائية في تفصيل هذه الضمانات وإثرائها.

وقد تم تحديد هاذين الهدفين على أساس الفرضية القائمة على عدم كفاية الإطار القانوني والقضائي المتوفر في الوضع الراهن، علما بأن هذه الفرضية قابلة للدحض أو الإثبات من منطلق مقاربة قانونية تتوخى تحليل المكاسب، في مواجهة النقائص التي تحول دون توفير الحماية القصوى المتطلبة لصون قواعد المنافسة وحقوق المتنافسين في مجال الصفقات العمومية، مع استشراف الآفاق الممكنة لتوسيع نطاق هذه الحماية، عن طريق الاستئناس من حين إلى آخر بالقانون والاجتهاد القضائي المقارن في هذا المجال، لاسيما بفرنسا.

يرجع اختياري لموضوع الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، نظرا للدور المهم الذي تؤديه حرية المنافسة في معظم النشاطات الاقتصادية بوجه عام، وفي مجال الصفقات العمومية بشكل خاص، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، وفضلا عن ذلك فإن قواعد المنافسة تؤدي دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، وتحد من النزاعات في المستقبل.

زيادة على كون الموضوع لم يوليه الباحثون في الجزائر ما يستحق من دراسة رغم أهميته، ولعل ذلك راجع لتناثر النصوص القانونية المتعلقة به ما بين تنظيم الصفقات العمومية ونصوص أخرى مثل القانون الجنائي، والإجراءات الجزائية، وكذا الإدارية، وخصوصا قانون المنافسة، هذا الأخير الذي لم يقر بتدخل قواعده في مجال الصفقات العمومية إلا بصدور تعديل سنة 2008، مما يدل على جدة وحداثة هذا المجال من البحث.

إن معظم التساؤلات المراد تحليلها في هذا المقام موصولة بالإشكالية المركزية التالية:

هل توفر الضمانات القانونية المجسدة في النصوص التشريعية ومسالك الرقابة القضائية ما يكفي من الحماية لضمان منافسة شريفة ونزيهة في مجال الصفقات العمومية؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات الثانوية مفادها:

- ما هي مظاهر حماية قواعد المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، وما هي الحدود التي وضعها المشرع للحد من التطبيق المطلق لمبدأ المنافسة في هذا المجال؟

- ما هي احتمالات تقوية هذه الحماية عن طريق الأخذ بأسباب التكامل بين تنظيم الصفقات العمومية باعتباره المرجع الأساس للنظام القانوني للصفقات العمومية، وقانون المنافسة، من جهة، وبين رقابة القضاء الإداري والقضاء الجنائي من جهة أخرى؟.

وفي سبيل معالجة إشكالية هذا البحث، تم اعتماد المنهج التحليلي نظرا لأهميته وملائمة استخدامه في مجال الدراسات القانونية، خصوصا من خلال تسليط الضوء على النصوص القانونية والاجتهادات القضائية المتعلقة بحماية قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتحليلها.

مع الرجوع عند اللزوم إلى المنهج التاريخي، باعتبار أن الإطار التشريعي والقضائي لحماية قواعد المنافسة في الصفقات، عرف تطورا مستمرا لارتباطه بالمجال الاقتصادي المرن والمتحرك،

فكان من اللازم الرجوع من حين إلى آخر إلى هذا المنهج، لمقارنة النصوص السابقة بالنصوص الحالية، في إطار اكتشاف أسباب التعديل ومدى نجاعته، ومحاولة استقصاء التطور الحاصل.

وقد تم تسجيل بعض الصعوبات أثناء إعداد هذا البحث، تمثلت أساسا في قلة ما تم تحريره من مراجع في مجال العقود الإدارية بصفة عامة، والمنافسة في الصفقات العمومية بصفة خاصة، وحتى بالنسبة للمتأمل في أحكام القضاء الجزائري وقرارات مجلس المنافسة يجد أن ما يتعلق بمجال المنافسة في الصفقات العمومية يكاد يكون منعدما، لذا آليت اختيار هذا الموضوع والولوج في متاهاته ولم شتاته لأساهم في تقديم ولو بصيص من النور للباحثين القانونيين، ومختلف فئات المهتمين بهذا المجال من البحث.

وسعيا إلى تحقيق أهداف هذه الدراسة والإحاطة بأكبر قدر ممكن من عناصر الإجابة المتطلبة لتفكيك الإشكالية، تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين:

- تطرقت في أولهما للإطار القانوني المنظم لممارسة المنافسة في الصفقات العمومية، والذي يقوم أساسا على تلك الأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية، باعتباره المرجع الأساس لتنظيم عملية المنافسة على نيل الصفقات (مبحث أول). هذا زيادة، على إمكانية تعزيز الإطار التنافسي في هذا المجال بالأحكام الواردة في قانون المنافسة، باعتباره الشريعة العامة للمنافسة في المجال الاقتصادي (مبحث ثاني).

- أما الفصل الثاني، فتم تخصيصه لاستقصاء دور القضاء في الرقابة على مدى احترام قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية المقررة بمقتضى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وترتيب الجزاء المناسب في حالة الإخلال بها، سواء على مستوى القضاء الإداري (مبحث أول)، أو على مستوى القضاء الجنائي (مبحث ثاني).

بالنسبة لتقسيمات الفصل الأول فهي كمايلي:

<u>المبحث الأول</u>: ضمانات حماية قواعد المنافسة وفقا للمرسوم الرئاسي 10/236

المطلب الأول: حماية قواعد المنافسة بمناسبة وضع قواعد وشروط إبرام الصفقة

المطلب الثاني: حماية قواعد المنافسة عند منح واعتماد الصفقة

المطلب الثالث: حماية قواعد المنافسة من خلال قواعد الطعن والتخليق

<u>المبحث الثاني</u>: قابلية الأمر رقم 03/03 للتطبيق في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية

المطلب الثاني: الممارسات المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية وفقا للأمر 03/03

المطلب الثالث: القواعد الإجرائية لردع الأفعال المنافية للمنافسة

أما بالنسبة للفصل الثاني، فتم تقسيمه كمايلي:

<u>المبحث الأول</u>: دور القضاء الإداري في حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

المطلب الأول: حماية قواعد المنافسة في إطار قضاء الموضوع

المطلب الثاني: حماية قواعد المنافسة في إطار رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي

المبحث الثاني: دور القضاء الجنائي في حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية

المطلب الأول: مفهوم التجريم في الصفقات العمومية

المطلب الثاني: الجرائم الرئيسية في مجال الصفقات العمومية

المطلب الثالث: الأحكام الإجرائية الخاصة بالكشف عن جرائم الصفقات العمومية.