جامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

ضمانات حرية المنافسة في اتفاقية تفويض المرفق العام

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الاقتصادي العام

من إعداد الطالب:

بوشعلال نبيل

تحت إشراف:

د/ مخلوف باهية

لجنة المناقشة:

الأستاذ بغزلي جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية ..... رئيسا

د/ مخلوف باهية، أستاذة محاضرة قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية.....مشرفا

الأستاذ ايت وارث جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... ..... ممتحنا

السنة الجامعية 2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

أ تقدم بجزيل الشكر و عظيم الائتمان ،ووافر التقدير و الاحترام

الى الاستاذة الفاضلة « **مخلوف باهية** » لقبولها الإشراف على هذه المذكرة ،

و لما قدمته لي من النصائح قيمة و توجيهات صائبة ، و هذا في جميع مراحل بحثي ،

ومهما قلت لن اوفي حقها من الشكر و الثناء ،فأسأل الله عز و جل ان يجزيها عنا خير الجزاء و ان يديم عليها نعم الصحة و العافية.

كما يشرفني ان اتقدم بخالص الشكر و العرفان لاساتذتنا الافاضل لقبولهم الاشتراك في لجنة المناقشة فلهم منا ارقى عبارات الشكر و الائتمان و التقدير .

الاهداء

اهدي عملي هذا الى كل العائلة الكريمة ، و كل الاصدقاء و الزملاء ،و الى كل من ساهم في انجاز هذا العمل العلمي من بعيد او قريب.

قائمة أهم المختصرات

أولا – باللغة العربية :

ق.إ.م.إ : قانون الاجراءات المدنية والادارية .

د.س.ن : دون سنة النشر .

ص : الصفحة .

ص ، ص : من الصفحة الى الصفحة .

ج.ر.ج.ج.د.ش: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ديمقراطية شعبية .

هـ : الهجري .

ثانيا ـ باللغة الفرنسية:

P : Page

N: numér

مقدمة

تعتبر تقنية تفويض المرفق العام قديمة النشأة فهي الية مستحدثة لتسيير المرافق الادارية وجاءت نتيجة للتحولات الاقتصادية التي طرأت على الدولة الجزائرية سنة 1989 و التي ادت الى الانتقال من النظام الرأسمالي الى النظام الإشتراكي ، فبالرغم من أقدمية النشأة من الصعب ايجاد تعريف موحد و جامع لها ، لكن لا يمنعنا من البحث عن بعض التعريفات التي قدمت من قبل بعض الفقهاء .

هناك من عرف من الفقهاء تقنية تفويض المرفق العام على أن:« تفويض المرفق العام هو العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق العام، بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق للمفوض له ، يمكن أن يكون شخص عام ويكون اجر مفوض له مرتبطة بنتائج استغلال المرفق العام[1] » . و هناك من يرى بان «تفويض المرفق العام هو عقد يتم من خلاله تسيير واستغلال مرفق عام بمقابل مالي ،يتحصل عليه المفوض ويدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة ،ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق ». في حين يرى البعض ان تقنية تفويض المرفق العام هي «عقد يفوض بموجبه شخص معنوي، خاضع لقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض اليه»[2].

اما في القانون الجزائري فقد كرس المشرع هذه التقنية وفق نصوص قانونية ، حيث استعمل هذا المصطلح لاول مرة في القانون رقم 05-12[3] المتعلق بالمياه من خلال المواد 2/101 و 104 منه ، و من ثم تضمنه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات

---

[1] - DROBENKO Bernard , Droit de l'eau , èdition Gualine , Paris, 2008, p222 .

2- فوناس سوهيلة ، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2018 ، ص 13 .

3 - قانون رقم 05-12 المؤرخ في الثاني من اوت سنة 2005 ، المتعلق بالمياه ، ج.ر.ج.ج.د.ش ، عدد 60 صادرة في 4 سبتمبر 2005 المعدل بموجب القانون 08-03 المؤرخ في 23 جانفي 2008 ، ج.ر، عدد 44 الصادرة في 27 جانفي 2008 ، المعدل و المتمم بموجب الامر 09-02 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، ج ر عدد 44 صادرة في 26 جويلية 2009.

العمومية و تفويضات المرفق العام من خلال المادة 207[4] منه لكن هذا المرسوم لم يضع تعريف دقيق و شامل لتقنية تفويض المرفق العام .

لكن بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199[5] المتضمن تفويضات المرفق العام الذي اتى خصيصا لتوضيح اكثر تقنية تفويض المرفق العام و كيفية ابرامها و الاجراءات المتبعة في اختيار المفوض له احتراما لمبدا الشفافية و المساواة و كذا احتراما لمبدا المنافسة الذي يعتر المبدا الجوهري لتكريس مبدا الشفافية في عقود تفويض المرفق العام.

بالعودة الى احكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نجد انه قدم تعريف تقنية تفويض المرفق العام بالتحديد في نص المادة 02 الثانية من المرسوم التي تنص على ما يلي :« **يقصد بتفويض المرفق العام ، في مفهوم هذا المرسوم تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة الى المفوض له المذكور في المادة 4 ادناه بهدف الصالح العام ».**

و ما نستخلصه في هذه المادة ان عقد تفويض المرافق العمومية عقد اداري ذو طبيعة خاصة ينص موضوعه على ادارة مرفق عام و لا يكون الا لمدة محدودة ، بحيث يتحمل المفوض له نفقات المشروع و اخطاره المالية ، بالمقابل يتقاضى تعويضات في شكل رسوم يتحصل عليها من خلال المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق العام .

تكمن أهمية تقنية تفويض المرفق العام في أنها أهم أوجه ادخار المال العام، إذ أنها تأخذ حيزا كبيرا من الخزينة العمومية، هذا من جهة، من جهة أخرى، تعالج الاختلالات التي أظهرتها الأساليب التقليدية في تسيير المرفق العام، لذلك فإن المنظم الجزائري نظمها تحت مسمى اتفاقية تفويض العام، في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام،

[4] - راجع المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر ج ج ش د ، عدد 50 ، صادرة في 20 سبتمبر 2015 .

[5] - المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، المؤرخ في 20 ذي القعدة 1439 هـ الموافق ل 2غشت 2018 ، المتعلق بتفويض المرفق العام ، الجريدة الرسمية ، العدد 48 ، الصادر في 23 ذي القعدة 1439 الموافق ل 5 غشت 2018 ، الجزائر .

وأحاطها برقابة ادارية لحماية المرفق العام من سوء التسيير و هدر المال و من التعسفات التي تمارسها السلطة المفوضة في اجراءات ابرام العقود الادارية وايضا تعتبر كضمانة لعدم اخلال السلطة المفوضة لقواعد المنافسة الحرة و الاشهار في اجراءات تفويض المرافق العامة .

نص المنظم على اسلوب المنافسة او بالاصح الطلب على المنافسة في احكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 وفقا لنص المادة 08 منه الذي يقصد به هي الوسيلة او الصيغة التي بواسطتها يتم ابرام اتفاقية التفويض المرفق العام .

و السؤال الذي يطرح نفسه : **ما هي الضمانات التي وضعها المشرع الجزائري لتكريس مبدا المنافسة الحرة في عقود تفويض المرفق العام؟ ؟**

للاجابة على الاشكالية المطروحة و معالجة مختلف جوانب الموضوع قسمته الى قسمين او فصلين ، خصصت **(الفصل الاول) تقييد حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض كرقابة ادارية ، اما (الفصل الثاني) لدراسة الرقابة القضائية ضمانة لحماية مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام .**

اعتمدت في هذه الدراسة على منهجين المنهج الاستقرائي و المنهج التحليلي في تحليل احكام المرسوم التنفيذي رقم 199/18 و النصوص القانونية الاخرى التي لها صلة بالموضوع.

الفصل الأول

التقييد من حرية السلطة

المفوضة في اختيار المفوض له

يعتبر مبدأ المنافسة الحرة من بين القيود التي وضعها المشرع على الحرية التعاقدية للهيئة المفوضة، وذلك حفاظاً على المصلحة العامة من خلال جعل عملية إبرام العقد تستند على أسس موضوعية غير شخصية، فبعدما كان قانون المنافسة يلزم المتعاملين الاقتصاديين باحترام مبدأ المنافسة والابتعاد عن كل ممارسة مقيدة للمنافسة فقد حان الآن دور عقود تفويض المرافق العامة في تكريس مبدأ المنافسة خلال تقييد الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام وكذا فرض عليه مجموعة من القواعد المعروفة في قانون المنافسة لتصنف في فرع قانوني جديد يطلق عليه تسمية "القانون العام للمنافسة"، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن جهل الهيئة المفوضة لقواعد المنافسة هو إخلال وإعاقة تطبيق قانون المنافسة.

ينتج من الالتزام باحترام مبدأ المنافسة المفروض بطريقة مزدوجة على كل من الهيئة المفوضة والمتعاملين الاقتصاديين المتعهدين قواعد قانونية آمرة و ملزمة لطرفي العقد الإداري، وتتميز بالعمومية والتجريد من خلال فرضها على الجميع وبطريقة متساوية دون تمييز بين المتعاملين العموميين والمتعاملين الخواص حفاظا على ما يطلق عليه تسمية النظام العام التنافسي في اطار ابرام العقود الادارية .

استنادا الى ما سبق ارتاينا الى تقسيم هذا الفصل الى مبحثين حيث نتناول التزام السلطة المفوضة باحترام اجراء الطلب على المنافسة **(المبحث الاول)** ، في حين نتناول خضوع السلطة المفوضة للرقابة الادارية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التزام السلطة المفوضة باحترام اجراء الطلب على المنافسة

بصدور المرسوم التنفيذي رقم 18 – 199 نجد ان المشرع اولى اهتمام اكثر لمبدأ المنافسة

فتنص المادة 08 [6]من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 على ما يلي **:"تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام لإحدى الصيغتين الاتيتين :**

- **الطلب على المنافسة ، الذي يمثل القاعدة العامة ،**
- **التراضي ، الذي يمثل الاستثناء ."**

و من خلال نص المادة نستنتج ان المشرع الجزائري نص صراحة على مصطلح جديد المتمثل في الطلب على المنافسة انه قاعدة عامة لابرام عقود تفويض المرفق العام ، فقد نظم المشرع هذا الاسلوب بمجموعة من الاجراءات يقيد بها السلطة المفوضة في اختيار المفوض له. و هذا ما سنتطرق اليه من خلال تفصيل مطلبنا هذا الى فرعين حيث نتناول المقصود بالطلب على المنافسة **(المطلب الاول)** و من ثم احترام إجراء الاعلان المسبق **(المطلب الثاني)** .

المطلب الاول

المقصود بالطلب على المنافسة

نتطرق الى تعريف الطلب على المنافسة في (الفرع الاول) ثم الى تحديد خصائص الطلب على المنافسة في (الفرع الثاني) .

- المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .[6]

الفرع الاول

تعريف الطلب على المنافسة

يعتبر الطلب على المنافسة إجراء عادل لاختيار المفوض له كما انه إجراء جد فعال، لأنه يسمح بالحصول على العروض من عدة منافسين من أجل الحصول على أفضل عرض من حيث الضمانات استنادا إلى المعايير الموضوعية[7] ، حيث عرف المشرع الجزائري الطلب على المنافسة في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على انه: " **إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في المنافسة بغرض ضمان المساواة في معاملاتهم الموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة.**

يمنح تفويض لمرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية"[8].

عرف المشرع الجزائري الطلب على المنافسة انطلاقا من أهدافه التي حصرها في الحصول على عروض عدة من المتنافسين، مع منح التفويض للمتنافس الذي يقدم أحسن عرض.

طبقا لنص المادة 11 المذكورة أعلاه، فإن الطلب على المنافسة هو إجراء قانوني يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين، ووضعهم في مناخ تنافسي جاعلا المشرع الهدف المرجو من جراء ذلك ضمان المساواة في معاملة المنافسين والموضوعية في التفاهم، والشفافية في العمليات، وبذلك أراد المشرع التأكيد على مبدأ المنافسة بين المتنافسين الذي

7- حملاوي إلهام ،صفاح الغالية ، الاليات المستحدثة في تسيير المرفق العام ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون اداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة ، 2021 ، ص 58.

- المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .[8]

يكفل أمامهم سبل المشاركة في الطلب على المنافسة متى توفرت فيهم الشروط المعلن عنها، إضافة إلى تكريس مبدأ المساواة والشفافية.[9]

الفرع الثاني

خصائص الطلب على المنافسة

من خلال ما جاء في نص المادة 10[10] من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 التي تنص على: "يكون الطلب على المتنافسة وطنيا، نلاحظ بأن المشرع الجزائري وضع حدا لمبدأ المساواة بين المتعاملين إضافة على اعتبار هذا الإجراء بمثابة محاباة الإنتاج الوطني، وهو ما لا ينسجم مع قواعد التجارة الدولية ، خاصة وأن الجزائر وافقت وصادقت على العديد من المعاهدات في هذا الشأن .إن اعتبار المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام على المنافسة الوطنية يمكن أن يعتبر كإستراتيجية اعتمدها المشرع من اجل ترقية الإنتاج الوطني، وذلك وفقا لما يلي :

1- اقتصار تفويض المرفق العام لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري دون غيره:

هذا ما ذهب إليه المشرع في نص المادة 22 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 18-199 حيث تنص على: "لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يكون قادرا على تحمل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العم ويلبي احتياجات المستعملين[11]."

2-منح الاولوية في التفويض للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة :

نستخلص من احكام المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 التي تنص على :

[9] - حملاوي إلهام ، صفاح الغالية ، مرجع سابق ، ص 59 .
[10] - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .
[11] - المادة 1/22 من المرجع نفسه.

«اذا كان بإمكان المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام فإنه يتعين على السلطة المفوضة أو توليها الأولوية في منح التفويض».[12]

مما سبق يظهر لنا جليا أن المشرع الجزائري ضيق من مجال المنافسة بجعلها مقتصرة على الصعيد الوطني، ولعل السبب بذلك يكمن في:

-حماية مصالح المواطنين وتشجيع المنتجات والصناعات المحلية خاصة وأن صدور هذا المرسوم كان في ظل أزمة التمويل العمومي التي تعيشها الجزائر، من خلال الانهيار الحر لأسعار المحروقات ابتداء من سنة 2014، مما شجع الاستثمار في القطاع العمومي.

- العنصر الوطني له القدرة على التكفل بتفويض المرافق العامة بحكم أنها لا تحتاج إلى كفاءة وخبرة أجنبية كالعمليات الخاصة بالمساحات الخضراء، المذابح البلدية، الإدارة العمومية ... الخ

ما ينجر عن خاصية تضييق مجال المنافسة ذلك بإعسارها على المستثمرين الوطنيين دون غيرهم، حبذا لو أن المشرع يجعل من الطلب على المنافسة إضافة على الصعيد الوطني أن تكون على الصعيد الدول بغية أن يكون ذلك:

- وسيلة ترقية الإنتاج الوطني واتساع مجال المنافسة بما يتلاءم مع متطلبات قواعد التجارة العالمية.

- إتاحة الفرص للعنصر المحلي للاحتكاك بالكفاءات الأجنبية والاستفادة من خبراتها

- ضمان النزاهة الحقيقية للعنصر الأجنبي وجديته في تنفيذ التزامه التعاقدي[13] .

- المادة 23 من المرجع السابق . [12]
- حملاوي إلهام ، صفاح الغالية ، المرجع السابق ، ص 63.[13]

على غرار المادة 23 من المرسوم التنفيذي18-199 كرس المشرع الجزائري الأولوية في تفويض المرافق العامة في المادة 23 من القانون رقم 17-02[14] المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كالآتي: "تسهر على تطوير الشراكة بين القطاعين العام و الخاص و تعمل على توسيع مجال منح الامتياز في مجال الخدمات العمومية لفائدة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة" .

كما تحدد المادة 02 من الأهداف إعطاء الأولوية في مجال تفويض المرافق العامة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فيما يلي:

– بعث النمو الاقتصادي وتحسين بيئة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

كما تحدد المادة 02 منه الأهداف من إعطاء الأولوية في مجال تفويض المرافق العامة لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فيما يلي :

– بعث النمو الاقتصادي وتحسين بيئة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .

التشجيع على إنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لاسيما المبتكرة منه والحفاظ على ديمومتها . – تحسين تنافسية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وقدراتها في مجال التصدير.

– ترقية ثقافة المقاولة .

– تحسين معدل الإنتاج وترقية المقاولة [15].

14- القانون رقم 17-02 مؤرخ في 10 جانفي 2017 ، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، ج.ر.ج.ج .د.ش ، عدد 02 صادرة في 11 جانفي 2017 .

- حملاوي إلهام ، صفاح الغالية، المرجع السابق ،ص 64 . [15]

المطلب الثاني

احترام اجراء الاعلان المسبق

سنتطرق الى تعريف معنى اجراء الإعلان المسبق للطلب على المنافسة (الفرع الاول) ، ثم الى خصائصه(الفرع الثاني) .

الفرع الاول

اجراء الإعلان المسبق للطلب على المنافسة

للوصول الى الطلبات العمومية يجب ان تقوم السلطة المفوضة باجراء الاشهار و ذلك عن طريق نشر اعلان مسبق لاجل ضمان منافسة حرية و نزيهة بين المترشحين لكي يتم انتقاء و اختيار احسن المتعاقدين و احسن عرض وفق معايير موضوعية [16].

اولا: تعريف الاعلان المسبق عن المنافسة

و الاعلان عن المنافسة اجراء اجباري على السلطة المفوضة حسب المادة 25 [17]من المرسوم التنفيذي رقم 18 – 199 لانه هو الذي يؤدي الى اثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية فبدون الاعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الادارة .

ضبط المشرع الأطر التي تعلن بها السلطة المفوضة تكريسا لحرية الوصول إلى الطلب العمومية، فأوجبت المادة 25[18] من المرسوم التنفيذي 18/199 على الهيئة المفوضة إعلان الطلب على المنافسة، وذلك من خلال النشر والإعلان الواسع، وبكل وسيلة مناسبة لذلك . فالإعلان يضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، لأنه هو الذي يؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، ونظرا لأهمية الإعلان كون أن الطلب على المنافسة لا يتم

16- زوية سميرة ، اتفاقية تجسيد الشراكة بالقطاع العام و القطاع الخاص ، **مجلة البحوث القانونية و السياسية** ، العدد 10 ، كلية الحقوق ، جامعة بوقرة ، بومرداس ، 2018 ، ص 283 .

17- المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

18- المادة نفسها من المرجع نفسه .

إلا به، كون التعاقد يتم كقاعدة عامة إلا بإتباع أسلوب الطلب على المنافسة مما يؤدي على نتيجة أن لا تعاقد كأصل عام دون إعلان.

الفرع الثاني

خصائص الاعلان المسبق للمنافسة

يتمتع الاعلان المسبق بخاصيتين محتوى الاعلان (اولا) اضافة الى وسائل نشر الاعلان (ثانيا).

اولا: محتوى الإعلان

لم يكتف المشرع الجزائري بفرض نشر الطلب على المنافسة على السلطة المفوضة فقط، بل ذهب إلى أبعد من ذلك عندما حدد الجوانب الشكلية للإعلان، بحيث أوجب ان يكون محددا بلغتين، اللغة الوطنية واللفة الفرنسية على الأقل، وأن يحتوي على البيانات الجوهرية المحددة في المادة 27[19] من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

ثانيا: وسائل نشر الاعلان

نص المشرع في احكام المرسوم التنفيذي 18-199 على ان نشر الطلب على المنافسة يجب ان يكون على اوسع نطاق و بكل وسيلة مناسبة ، كما الزم السلطة المفوضة بالاشهار عن طريق الجرائد على ان تكون هذه الجرائد يومية و ليست اسبوعية او شهرية و ان تكون جرائد وطنية و ليست اجنبية .

اما الحد الادنى للجرائد التي ينبغي النشر فيها ، فقد حدد المشرع بجريدتين على الاقل و هي الشروط المحددة في المرسوم السالف الذكر .

[19] انظر المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

و على المشرع في سبيل ايجاد تطبيق اكبر لمبدأ العلنية و المزيد من الشفافية ان يعهد الى تطوير نظام الاشهار المعتمد ، لاسيما ان اسلوب النشر الصحفي الورقي بات اسلوب بدائي ، و كان من الافضل التوجه نحو العمل بنظام الاشهار الالكتروني الذي يعد افضل السبل بالنظر الى ما يكفله من سرعة في نقل المعلومات و سهولة التلقي و الاطلاع عليها [20].

[20] حملاوي إلهام ، صفاح الغالية ، المرجع السابق ، ص ص 70- 71 .

المبحث الثاني

خضوع السلطة المفوضة للرقابة الادارية

الرقابة الإدارية في مجال تفويض المرفق العام، فهي إشراف ومتابعة السلطة المفوضة للمرفق المفوض، كونها تبقى المسؤولة عن حسن سير مرافقها المفوضة، ورقابتها على المفوض له كونه العنصر الأساسي في تفويض المرفق العام، فيلزم المفوض له بتنفيذ العقد واحترام بنوده، ويتعين على السلطة المفوضة التأكد من مدى احترام المفوض له من إلتزاماته التعاقدية، وجودة الخدمة المقدمة [21] .

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الرقابة لا تمتد إلى التدخل في طرق التسيير، وإنما يقتصر الأمر على التحقق من سير المرفق العام وفق النصوص القانونية والتنظيمية وأحكام اتفاقية التفويض.

فتنص المادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرافق العامة على أنه:« تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية ورقابة بعدية، بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ. وزيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يخضع تفويض المرفق العام لرقابة السلطة المفوضة »[22] وعليه نستنتج من خلال أحكام هذه المادة أنه تتنوع أشكال الرقابة التي تفرض على تفويضات المرفق العام، فيخضع هذا الاخير لنوعين من الرقابة حسب المرحلة المرتبطة باتفاقية التفويض، فهناك رقابة قبلية مرتبطة بالمرحلة التحضيرية ومرحلة الإبرام **(المطلب الاول)** ، وأخرى بعدية متعلقة أساسا بتنفيذ أحكام الاتفاقية **(المطلب الثاني).**

[21] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني ،العقود الادارية و احكام ابرامها ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، سنة 2008 ، ص 131 .

[22]- المادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

المطلب الاول

الرقابة القبلية الداخلية (لجنة اختيار و انتقاء العروض)

تعتبر لجنة اختيار و انتقاء العروض لجنة إدارية تحدثها على وجه الإلزام كل الهيئات الإدارية المكلفة بإبرام تفويضات المرفق العام ، وفي إطار الرقابة الداخلية و سنتطرق إلى المقصود بها **(الفرع الاول)** ثم إلى مهامها في **(الفرع الثاني)** .

الفرع الاول

التعريف بلجنة اختيار و انتقاء العروض

نصت المادة 2/75 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على " تتكون هذه اللجنة من ستة (06) موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس ، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة "[23] .

تبين في نص هذه المادة أن لجنة اختيار و انتقاء العروض، يعين أعضائها من طرف رئيس السلطة المفوضة بموجب مقرر يتضمن أسماء أعضاء اللجنة و رئيسها لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد.

وأما عن معايير الاختيار لعضوية اللجنة ، فحسب نص المادة 76 من نفس المرسوم التنفيذي الذي جعل مسألة اختيار الأعضاء قائمة على أساس الكفاءة ، وهو أمر منطقي كون مهام اللجنة و خاصة المتعلقة بفحص العروض و التفاوض ، يحتاج إلى قدر كبير من الدراية والمعرفة بمعايير التحليل و الترجيح و المفاضلة المبينة في دفاتر الشروط ، زيادة على ذلك فإن قانون تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية ، اشترط لعضوية لجنة اختيار و انتقاء العروض تبعية العضو للسلطة المفوضة ، و بذلك يتم القضاء على ظاهرة تعيين أعضاء من

[23] - المادة 75 / 02 من المرجع السابق .

خارج السلطة المفوضة لأهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة [24] بقدر ما ترتبط ببعض الأهداف الضيقة للمشرفين على السلطة المفوضة [25].

و لم يشترط أ ي نصاب معين لانعقاد اللجنة، و أكيد سوف يتولى النظام الداخلي للجنة كل هذه التفاصيل [26].

الفرع الثاني

مهام لجنة اختيار و انتقاء العروض

خول المشرع للجنة اختبار و انتقاء ال عروض اختصاصات و المهام لتمكينها من أداء دورها الرقابي الهام كرقابة الإدارية داخلية من اجل الوصول إلى اختيار أحسن العروض من جهة ، و تحقيق سلامة و صحة و شفافية إجراء ات التعاقد من جهة أخري ، و لتحقيق ذلك أوكل لها عدة مهام الإدارية وتقنية دقيقة حددتها المادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199 التي خصت اللجنة بمهام فتح العروض و فحض ملفات التعهد و فحص العروض و التفاوض.

اولا: مرحلة فتح العروض

إن اختصاص لجنة اختيار و انتقاء ا لعروض و في مرحلة فتح الملفات التي تعد أولى مراحل عملها مقيد تقيدا دقيقا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18_199 السابق الذكر ، فبعد استدعاء كل أعضاء اللجنة من طرف السلطة المفوضة ، في أخر ساعة من أجل تحضير العروض تباشر اللجنة عملها بفتح الأظرفة ، ويتم ذلك في جلسة علنية تكريسا لشفافية الإجراءات

[24] - أونيسي ليندة ، الرقابة الادارية على تفو يضات المرفق العام للجماعات المحلية ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خنشلة ، المجلد 07 ، العدد 02 ، ج وان 2020 ، ص 31 .

[25] - تتجلى الاهداف الضيقة للمشرفين على السلطة المفوضة في صورة تصرفات أو إجراءات من شانها المساس بالمبادئ المتعلقة بالمساواة و المنافسة و الحرية في الوصول الى الطلب العمومي .

[26] -كندي شهيناز ، رقابة تفويضات الم رفق العام في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة الطاهر مولاي ،سعيدة ، 2019 .

من خلال هذه المرحلة تقوم اللجنة بالمهام التالية[27] :

- التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص معد تحديدا لهذا الغرض على مستوى السلطة المفوضة .
- القيام بفتح الأظرفة .
- إعداد القائمة الاسمية للمترشحين الذين تم انتقائهم ، حسب الحالة ، وتاريخ الوصول الأظرفة دون تميز أو انحياز وفقا للمادة 13 من المرسوم 18-199 .
- إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها ملف تعهد و كل عرض .
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة .
- تحرير محضر عدم الجدوى [28] الذي يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة .
- تسجيل أشغالها خلال هذه المرحلة في سجل خاص و مرقم و مؤشر عليه من مسؤول السلطة المفوضة .
- مع الانتهاء من مرحلة فتح العروض فإن لجنة اختيار و انتقاء العروض تكون قد ألمت بالمرحلة الإعدادية الأولى تحضيرا لمهمتها التالية المتعلقة بفحص ملفات التعهد.

ثانيا: مرحلة فحص ملفات التعهد

بعد الانتهاء من عملية فتح الأظرفة على نحو سابق ذكره ، تأتي مرحلة فحص ملفات التعهد في جلسة مغلقة ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة و تتولي ذلك نفس اللجنة ، وبهذه الصفة تقوم لجنة اختيار و انتقاء العروض بالمها م التالية [29]:

-دراسة الضمانات المالية و المهنية و التقنية للمترشحين و كذا كفاءاتهم و قدراتهم التي تسمح لهم بتسير المرفق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط .

---

[27] - أونيسي ليندة ، الرقابة الادارية على تفو يضات المرفق العام للجماعات المحلية ، المرجع السابق ، ص 32 .
[28] - المادة 15 من المرسوم 18-199 ، المرجع السابق .
[29] -أونيسي ليندة ، المرجع السابق ، ص 32 .

-إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط .

-تحرير محضر إجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة ، كما يمكنها عند الإقتضاء تحرير محضر عدم الجدوى يو قعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة .

-تحري محضر عدم الجدوى ،عند الاقتضاء ، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.

-تسجيل أشغالها ا لمرتبطة بدراسة الملفات في سجل خاص مرقم و مؤشر عليه مسبقا من مسؤول السلطة المفوضة .

مما سبق يتضح أن عمل اللجنة في هذه المرحلة هو التدقيق في الملفات و ما مدى مطابقته لضمانات المقدمة لأ حكام دفتر الشروط ، و للقيام بوضع قائمة المترشحين المقبولين مبدئيا اللذين يستوفون شروط التأهيل طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط و المعايير المحددة في الطلب على المنافسة ليمروا إلى المرحلة الموالية [30] .

ثالثا: مرحلة فحص العرو ض

الظاهر أن أهم أدوار الل جنة ، يبرز تحديدا بعد اكتمال عملية فحص ملفات التعهد لتتولى نفس اللجنة و في نف س الجلسة السرية بفحص العروض ، وتعتبر مرحلة مهمة جدا تقتضي الدقة ، و تتولى اللجنة في هذه المرحلة المهام التالية[31] :

- دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا ، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط.
- إقصاء العروض غير مطابقة في دفتر الشروط .
- إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط ، مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب النقاط المتحصل عليها .
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة .

[30] - المادة 3/31 من المرسوم التنفيذي رقم 18- 199 ، المرجع السابق.

[31] -أونيسي ليندة ، المرجع السابق ، ص33 .

- تحرير محضر عدم الجدوى ، عند الاقتضاء ، وذلك عند عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط ، يوقعه أيضا كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة .
- تسجيل اللجنة أشغالها بعد انتهائها من هذه المرحلة في سجل خاص مرقم و مؤشر عليه مسبقا من مسؤول السلطة المفوض ة .
- دعوة المرشحين اللذين تم انتقائهم كتابيا و عن طريق مسؤول السلطة المفوضة ، لاستكمال عروضهم عند الاقتضاء .

وفي حالة تقديم ملفات ناقصة ، يمكن للجنة أن تطلب عند الاقتضاء من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض ، عن طريق السلطة المفوضة و في أجل محدد .[32]

رابعا: مرحلة المفاوضات

وهي أخر مرحلة من عمل لجنة اختيار العروض ، حيث تقوم بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين و المؤهلين كتابيا كل على حدة ، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المدرسة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض المحدد في المادة 48 [33].

حيث يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء ، كذلك التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة ، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض ، كما يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض ، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط [34]، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي من الأحوال إلى موضوع التفويض ، وتشكل المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام أهمية كبيرة ، للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقا للمصلحة العامة ، و مرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام ليست مرحلة عابرة بل هي في غاية الأهمية لأنه يترتب عليها اقتراح

[32] -المادة 3/31 من المرسوم التنفيذي 18-199 ، مرجع السابق .
[33] -المادة 48 من المرجع نفسه .
[34] -المادة 40 من المرجع نفسه .

اللجنة للمترشح الذي يتم انتقاؤه و الذي قدم أحسن عرض و الذي يمكن أن تتعاقد معه و بعد ذلك تقوم بتحرير محضر مفاوضة بعد انتهاء كل جلسة تفاوض ،و تحرر إلى جانب ذالك محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبا تفصيليا .

و إجمالا لما سبق ، يمكن القول اتفاقية تفويض المرفق العام المحلي تخضع لرقابة داخلية مهمة تتجسد في عمل لجنة اختيار و انتقاء العروض ، يعود السبب الرئيس لإحداثها على مستوى كل سلطة مفوضة إلى تحقيق مبدأ التسيير الجماعي لاتفاقية التفويض ،و إضفاء إطار رقابي فعال عليها ،حيث تعد الرقابة التي تتولاها من طرف الرقابة الذاتية التي تمارسها السلطة المفوضة على نفسها ، و باستحضار مقتضيات المرسوم التنفيذي 18-199 ، نجد أن دور اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة و فحص الملفات ، يتخذ شكل مراقبة الوثائق و العروض وتقييمها و في المراحل اللاحقة فدورها استشاري و خاصة أنها هي التي تقوم باقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض [35] و تبدي الملاحظات والتحفظات التي تساعد بها السلطة المفوضة لاتحاد القرار السليم في الاختيار آو الرفض بين المترشحين المتنافسين [36].

المطلب الثاني

الرقابة القبلية الخارجية (رقابة لجنة تفويضات المرفق العام)

بالإضافة إلى الرقابة التي تمارسها لجنة اختيار و انتقاء العروض ، نص المنظم الجزائري في المواد 78 إلى 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 [37] ، على إنشاء لجنة أخري تضطلع أيضا بالمهام الرقابية على تفويضات المرفق العام ، تدعى لجنة تفويضات المرفق العام ، تهدف أساسا إلى مراقبة مدى مطابقة اتفاقيات تفويضات المرفق العام لقواعد و أحكام التنظيم الساري المفعول ، و التي تمارس رقابة خارجية عن طريق هيئات إدارية متخصصة

[35] - المادة 3/25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، المرجع السابق .
[36] -أونيسي ليندة ، المرجع السابق ، ص 34 .
[37] - المواد من 78 الى 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، المرجع السابق .

ومستقلة عن السلطة المفوضة و نوع من أنواع الرقابة القبلية، إذ تعد جزء من تشكيلتها ، وهذا عكس لجنة اختيار و انتقاء العروض ، التي تمارس دورها الرقابي السلطة المفوضة نفسها[38].

تظهر أوجه الاختلاف أساسا في أن لجنة اختيار و انتقاء العروض تعطي رأيا استشاريا غير ملزما للسلطة المفوضة ، بحيث لهذه الأخير حرية الأخذ به من عدمه ، بينما قرارات لجنة تفويضات المرفق العام فهي ملزمة لا يمكن لها بأي حال من الأحوال مخالفتها ، باعتبارها رقابة تقريرية تردع المخالفين لأحكام و قواعد تفويض المرفق العام .

بالتالي سنتناول ببعض من التفصيل في : تشكيلة هذه اللجنة سواء على مستوي البلدي أو الولائي **(الفرع الاول)** ، وكيفية أداء مهامها **(الفرع الثاني)** .

الفرع الاول

تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام

تكمن تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام على النحو التالي:

اولا: على مستوى الولاية

تتشكل وفقا لأحكام المادة 79 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي السالف الذكر من ستة (06) أعضاء و هم[39] :

-ممثل عن الوالي المختص إقليميا ،رئيسا .

-ممثلين عن السلطة المفوضة .

-ممثل عن المجلس الشعبي الولائي .

[38] - أونيسي ليندة ، المرجع السابق ، ص 34 - 35 .

[39] -أنظر المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم :18- 199 ، المرجع سابق .

-ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة و متابعة الميزانية .

ثانيا: على مستوى البلدية

تتكون هي الأخرى طبقا لأحكام الفقرة الثانية من نفس المادة المشار إليها أعلاه من ستة (06 أعضاء ، ونذكرهم كما يلي :

-ممثلا عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا.

-ممثلين (02) عن السلطة المفوضة

-ممثل عن المجلس الشعبي البلدي.

-ممثل عن المصالح الغير ممركزة للأملاك الوطنية .

-ممثل عن المصالح الغير ممركزة للميزانية [40].

بينما بالنسبة المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، فإنها تخضع إلى رقابة لجنة تفويضات المرفق العام للسلطة التي تمارس الوصاية عليها ، و ذلك طبقا لأحكام المادة 80 من المرسوم التنفيذي المذكور سابقا [41] .

و الجدير بالذكر من خلال التدقيق في تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام ، سواء على المستوى الولاية أو البلدية ، يتضح أن المنظم الجزائري قد أعطى أهمية كبيرة لمعيار الكفاءة المهنية ، أولا من خلال إمكانية إسناد رئاسة هذه اللجنة لممثل الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ، الذي غالبا ما يتم اختياره من بين الموظفين المشهود لهم بالكفاءة ، و ذلك بالنظر إلى نوعية و أهمية العمل الذي خول لهذه اللجان ، و يبدو من جهة ثانية تنوع في عضوية هذه اللجان ، بحيث تتشكل من منتخبين مما يعزز الرقابة الشعبية لتفويضات المرفق العام ،

[40] – أنظر المادة 79 من المرجع السابق.

[41] – المادة نفسها من المرجع نفسه .

وموظفين عن السلطة المفوضة لديهم خبرة في تسيير المرافق العامة ، بالإضافة إلى عضوين عن الهيئات الخارجية المكلفة بالرقابة على الأموال العامة ، و هذا ما يؤكد إبلاء أهمية للجانب المالي لتفويضات المرفق العام .

الفرع الثاني

مهام لجنة تفويضات المرفق العام

تتولى هذه اللجنة باعتبارها نوع من الرقابة الخارجية القبلية المهام المتمثلة في النقاط التالية:

– الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام

– الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له.

– الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقية تفويض المرفق العام.

– منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة.

– دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين الغير مقبولين و الفصل فيها [42] ، والتي سنتناولها بشئ من التفصيل كما يلي :

اولا: الدراسة و الموافقة على مشروع دفتر الشروط

تعتبر من بين أهم الأساليب الرقابية التي تمارسها لجنة تفويضات المرفق العام على السلطة المفوضة ، فهي بمثابة رقابة أولية و قبلية ، بالنظر الى أنه لا يمكن للسلطة المفوضة مباشرة

[42] –أنظر المادة 81 من المرجع السابق .

إجراءات التفويض أي الشروع في نشر الطلب على المنافسة إلا بعد حصولها من قبل تفويضات المرفق العام على الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط [43].

1) تعريف دفتر الشروط

عرفت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم : 18-199 دفتر الشروط بأنه وثيقة تحتوي على مجموعة من البنود التنظيمية و التعاقدية ، تهدف الى توضيح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام و تنفيذها ، و الذي يشمل جزئين هما :

– **الجزء الأول** : وهو دفتر ملف الترشح الذي يتضمن جميع الأحكام المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين و الوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح و كيفية تقديمها [44].

كما يجب أن يبين هذا الجزء الشروط و المعايير التأهيلية التي ينبغي أن تتوفر في المترشحين لتقديم عروضهم ، و التي تتمثل في :

– القدرات المهنية وهي الشهادات المطلوبة و المؤهلة لتسيير المرفق العام المراد تفويضه.

– القدرات التقنية و هي تتمثل في الوسائل المادية و البشرية و التقنيات و الطرق المهنية في تسيير المرفق العام .

– القدرات المالية وهي الوسائل المالية المختلفة التي يشترط أن يحوزها المترشح لكي يشارك في الطلب على المنافسة .

– **الجزء الثاني** : الذي يسمى " دفتر العروض " و يتضمن :

– البنود الإدارية و التقنية :وهي كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض و اختيار المفوض له ، وكل البنود التقنية المطبقة على المرفق العام المراد تفويضه ، وكذا البيانات الوصفية و التقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام العني .

[43] –أونيسي ليندة، المرجع السابق ، ص 36 .

[44] –أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

- البنود المالية : و التي تتعلق بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو السلطة المفوضة ، أو المقابل المالي الذي يدفعه المعني بالتفويض ، كما يجب أن توضح هذه البنود كيفية تعويض المفوض له و طريقة احتسابه[45] .

يتضح مما سبق أن الهدف الأساسي الذي يسعي المنظم الى تحقيقه من خلال إخضاع دفتر الشروط الى رقابة صارمة و دقيقة من قبل لجنة تفويضات المرفق العام ، هو تجنب إضاعة و الجهد و تفادي الوقوع في الأخطاء قبل دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ[46] .

ثانيا: رقابة اللجنة لمشاريع اتفاقيات المرفق العام

بعد المصادقة على مشروع دفتر الشروط ، تقوم السلطة المفوضة بإيداع لدى أمانة لجنة تفويضات المرفق العام ، مشروع اتفاقية تفويض المرفق العام للتأشير عليه ، حين تتأكد أنه تم ذكر كل البيانات المنصوص عليها في المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199 على وجه الإلزام ، مثل موضوع التفويض بدقة ، صيغة الإبرام شكل التفويض و مدته ، حقوق وواجبات السلطة المفوضة و المفوض له ، الضمانات ، التأمينات و كيفية حل النزاعات .. إلخ [47]

تتولي لجنة التفويضات دراسة و فحص جميع الوثائق و الملفات المتعلقة بهذ المواضيع ، لتقرر بعد ذلك الموافقة على مشروع الاتفاقية عندما تتأكد من مطابقته لأحكام تنظيم تفويضات المرفق العام .

ثالثا: رقابة مطابقة مشاريع الملاحق للتنظيم المتعلق بتفويضات المرفق العام

[45] –أنظر المادة 13 من المرجع السابق .
[46] - أونيسي ليندة ، مرجع السابق ، ص 37 .
[47] -أنظر المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

منح المنظم للسلطة المفوضة إمكانية إبرام ملحق في إطار تنفيذ إتفاقيات تفويض المرفق العام ، كما دعت الضرورة الى ذلك مع مراعاة للشروط المنصوص عليها في المادة 58 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه .

غير انه لا يمكنها الشروع في تنفيذ بنوده إلا بعد حصوله على موافقة لجنة تفويضات المرفق العام ،التي تتولى مراقبة مدى احترام السلطة المفوضة عند إعداد الملحق للشروط المتعلقة بحيث لا يمكن بحال من الأحوال ، بإبرامه خارج الآجال التعاقدية ، ولم يخص تعديل موضوع الاتفاقية ، أو انجاز استثمارات و خدمات جديدة على عاتق المفوض له ، و تعديل مدة الاتفاقية باستثناء الحالات المنصوص عليها في القسم الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 [48].

رابعا: منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة

تتوج رقابة تفويضات المرفق العام وفقا لنص المادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ،

بمنح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة ، وهو تصرف قانوني تقوم به لجنة تفويضات المرفق العام للتعبير عن إرادتها إما بمنح التأشيرة أو رفضا ، و ذلك بعد دراسة الملفات و التأكد من أنه يستوفي جميع الشروط القانونية ، غير أن لم يتم التنصيص في المرسوم المذكر أعلاه ، وعلى هذه حالة رفض منح التأشيرة لعله بسبب معاينة هذه اللجنة لمخالفة أحكام التنظيم و التشريع المعمول بها [49] .

[48] -أنظر المادة 58 من المرجع السابق .

[49] -أونيسي ليندة ، المرجع السابق ، ص 38 .

خامسا: دراسة الطعون المودعة لديها

كرس المنظم الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نوعين من الطعون المقدمة أمام لجنة تفويضات المرفق العام للفصل فيها ، بحيث نص في المادة 42 منه على الطعون المودعة لديه من طرف المترشحين الغير مقبولين ، بعد الإعلان المؤقت عن منح التفويض ، وتحدثت أحكام المادة 46 منه [50] .

و كذلك عن إمكانية الطعن من قبل المشاركين في الطلب على المنافسة ، في قرار مسؤول السلطة المفوضة المتضمن إلغاء إجراء التفويض في أي مراحله و سنتناول بالتفصيل فيما يلي هذين الصنفين :

نصت المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق على خضوع إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من نفس المرسوم[51] .والتي تتمثل في حرية الوصول إلى الطلب على المنافسة ، المساواة في معاملة المترشحين ، و شفافية الإجراءات و لضمان احترام و مراعاة تطبيق هذه المبادئ أعطي للمشاركين في الطلب على المنافسة او التراضي البسيط بعد الاستشارة ، الحق في تقديم طعن ضد قرار المنح المؤقت للتفويض ، لدى لجنة تفويضات المرفق العام ، خلال اجل 20 يوما من تاريخ الإعلان عن المنح المؤقت للتفويض ، و تقوم اللجنة بدراسة و الفصل في الطعن خلال العشرين (20) يوما من تاريخ استلامها للطعن ، ثم تبليغه السلطة المفوضة و الطاعن .

-الطعن في قرار إلغاء إجراء التفويض الذي يتخذه السلطة المفوضة في اي مرحلة ، الذي يقدمه مترشح أمام لجنة تفويضات المرفق العام ، خلال (10) أيام من تاريخ قرار الإلغاء.

[50] - المواد 42 و 46 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .
[51] -المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المرجع سابق.

المطلب الثاني

الرقابة البعدية

بمجرد دخول اتفاقية تفويض المرفق العام حيز التنفيذ ، تخضع للرقابة البعدية ، تمارسها السلطة المفوضة بنفسها ، و هو حق تكسبه من طبيعة المرفق العام الذي لا تتنازل عنه كليا ، فتبقى صاحبة الرقابة و الاشراف ، تراقبه على مستويين اثنين **(الفرع الاول)** ، و بما انها المسؤولة الاولى عن المرفق العام المفوض فهي تمارس رقابتها بصور متعددة ، فما مدى نجاعة هذه الرقابة؟ **(الفرع الثاني) .**

الفرع الاول

مستويات الرقابة البعدية

بالرجوع الى نص المادة 51 [52]من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، نجدها تنص على اجراء مهم و جديد يخص الرقابة الادارية على تفويضات المرفق العام حيث تم تحديد مستويين لها رقابة كلية (الفرع الاول) ، و رقابة جزئية (الفرع الثاني) .

اولا: الرقابة الكلية

هي الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة كلية على المرفق العام موضوع التفويض ، ذلك عندما تحتفظ بادارته ، و يكون على حالتين :

1) اذا كان تفويض المرفق في شكل الوكالة المحفزة

يمكن تعريف عقد الوكالة المحفزة أو كما تعرف بـ "مشاطرة الاستغلال" بأنها عقد من خلاله يعهد بهمة تسيير المرفق العام إلى شخص أخر يسمى "المستغل"، حيث تحدد الإدارة العامة

52- تنص المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المرجع السابق على ما يلي **« تكون رقابة السلطة المفوضة على التسيير و الخدمات ، و يتم تحديدها حسب حجم الخدمات التي يتولاها المفوض له ، قصد الحفاظ على مبادئ تسيير المرفق العام المذكور في المادة 03 من نفس المرسوم في مستويين ...»** .

الثمن الذي يدفعه المنتفعين، ويتحصل المستغل على مقابله المالي من خلال مكافأة محددة تمنحها له الإدارة، إذ يتكون هذا المقابل المالي من عنصرين، عنصر ثابت، وعنصر متغير يعتمد على نتائج الاستغلال، وبالإضافة إلى ذلك فإن الاستقلالية في التسيير للمستغل في أسلوب مشاطرة الاستغلال غالبا ما تكون أقل أهمية منها في أسلوبي الامتياز والايجار" ، ومنه يمكن رد أهم عناصر الوكالة المحفزة في ما يلي:

–الوكالة المحفزة هي عقد تعهد بموجبه السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة مرفق عام، وتمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق وتحتفظ بإدارته، بمعنى أن المفوض له يقوم باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة.

– يحصل المفوض له تعريفات من مستعملي المرفق العام لحساب السلطة المفوضة المعنية، ويتحصل المفوض له على أجره مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة انتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء.[53]

– تحدد مدة تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفزة، بعشر (10) سنوات، كحد أقصى وفقا لنص المادة المادة 55 المرسوم التنفيذي رقم 18–199 .[54]

حيث تحتفظ السلطة المفوضة بادارة المرفق العام المفوض الذي تموله بنفسها ، و توكل تسييره و صيانة للمفوض له ، الذي يستغل المرفق العام لحسابها ، مع تحمله لجزء من المخاطر .

53- ايمان وناس، فاطمة الزهراء الفاسي ، مبدا المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر ، **مجلة ابحاث** ، المجلد 06 ، العدد 02 ، ص 141 .

- المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، المرجع السابق .[54]

2) اذا كان تفويض المرفق في شكل التسيير

يعرف عقد تسيير المرفق العام بأنه العقد الذي يتولى بمقتضاه صاحب التفويض إدارة واستغلال مرفق عام لحساب الشخص العام، مقابل أجر يحدد بمبلغ مقطوع في العقد، يدفع من قبل الشخص العام، ويقتصر دور صاحب التفويض في عقد الإدارة على القيام بأعمال الصيانة الضرورية، لمدة قصيرة لا تتجاوز الخمس سنوات .[55]

فان السلطة المفوضة تحتفظ بادارة المرفق العام المفوض ، و تعهد تسييره و صيانته للمفوض له الذي لا يتحمل اي خطر .

ثانيا: الرقابة الجزئية

هي الحالة التي تمارس فيها السلطة المفوضة رقابة جزئية على المرفق العام موضوع التفويض ، عندما يتولى المفوض له الادارة و التسيير ، و يكون ذلك في حالتين :

1) اذا كان تفويض المرفق في شكل الامتياز

يعرف عقد امتياز المرفق العام على أنه عقد يهدف إلى تحويل مسؤولية تسيير مرفق عام إلى متعاقد أخر، حيث يتحمل هذا المتعاقد مخاطر تسيير المرفق العام على مسؤوليته الخاصة، كما يتحمل الملتزم في عقد الامتياز تكاليف المنشآت الأولية، على أن يمنح هذاالأخير مدة زمنية تسمح له باسترجاع تكاليف الاستثمارات المقدمة ومنه يمكن رد أهم العناصر التي يقوم عليها الامتياز فيما يلي:

- الامتياز هو عقد إداري تعهد من خلاله السلطة المفوضة إلى المفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما أن تعهد له فقط باستغلال المرفق .

[55] ايمان وناس، فاطمة الزهراء الفاسي ، المرجع سابق ، ص 142 .

- يتحمل المفوض له في الامتياز مخاطر استغلال المرفق العام بنفسه، ذلك أن المفوض له في الامتياز يستغل المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية للسلطة المفوضة، ويتقاضى المفوض له –الملتزم– في الامتياز جراء استغلاله للمرفق العام أتاوى يتقاضاها مباشرة من مستخدمي المرفق، وهذا نظرا لأن الملتزم يتكفل بالتغطية المالية للمشروع،[56] وبالتالي فإن من حقه الحصول على عائدات مالية مباشرة من المنتفعين لقاء ما قدمه من خدمة عقد الامتياز عقد محدد المدة، حيث حددت المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المدة القصوى له بثلاثين (30) سنة .[57]
- تعهد السلطة المفوضة للمفوض له تسيير المرفق العام ، على ان يموله بنفسه ، باسمه ولحسابه و يتحمل كل مخاطره.

2) اذا كان تفويض المرفق في شكل الايجار

إيجار المرفق العام هو عقد إداري، وشكل من أشكال تفويض المرفق العام، تعهد من خلاله الأشخاص المعنوية العامة في الدولة إلى شخص أخر طبيعي كان أو معنوي عام أو خاص يسمى "المستأجر"، استغلال وصيانة مرفق عام لمدة زمنية محددة، ويتحصل المستأجر على أجره من خلال الاتاوات التي يتلقاها مباشرة من المنتفعين بخدمات المرفق العام.

من خلال هذا التعريف يمكن إيجاز العناصر التي يقوم عليها عقد إيجار المرفق العام على النحو التالي :

–شخص محل عقد الإيجار هو استغلال مرفق عام، حيث تقوم الإدارة المؤجرة بإنشاء المرفق وإقامته، وتمنحه للمستأجر جاهزا ليتولى عملية التسيير والصيانة، كما يلتزم مستأجر المرفق بدفع مقابل مالي للجهة الإدارية المؤجرة، إذ يقوم المستأجر بتحصيل

[56] - المرجع السابق ، ص 140-141 .
[57] - المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

مقابل من المنتفعين، نتيجة استغلال المرفق، ويلتزم بأن يعطي الإدارة المؤجرة جزءا من العائدات التي حصلها من المنتفعين، حيث يأخذ هذا المقابل شكل إتاوة سنوية .[58]

-إيجار المرفق العام هو عقد محدد المدة، حيث حددت المادة 54 [59]من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 مدته بخمس عشرة 15 سنة، كحد أقصى حسب نص المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199،

-تعهد السلطة المفوضة للمفوض له تسيير المرفق العام الذي تمول إقامته بنفسها ،على ان يتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر[60] .

الفرع الثاني

صور الرقابة البعدية

تتمتع السلطة المفوضة بسلطة رقابية على اتفاقية تفويض المرفق ، بما يمكنها من ضمان المتابعة المنتظمة و المستمرة لاداء المرفق العام ، و للرقابة الادارية البعدية صورتين ، الرقابة البعدية المباشرة **(اولا)** ، و الرقابة البعدية غير المباشرة **(ثانيا)**

اولا: الرقابة البعدية المباشرة

هي الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة وباشرها بنفسها على تفويض المرفق العام وفق أساليب مباشرة، هي :

58 - ايمان وناس , فاطمة الزهراء الفاسي , مرجع سابق ، ص 141 .

59 - المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

60 - شباب حميدة ، بوادي مصطفى ، الرقابة الادارية على اتفاقية تفويض المرفق العام ، على ضوء المرسوم التنفيذي رقم 18-199 **، مجلة الدراسات الحقوقية** ، المجلد 08 ، العدد 1 ، مخبر الدراسات القانونية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة د مولاي الطاهر ، سعيدة ، الجزائر ، ماي 2021 ، ص ص 698- 699 .

1) الرقابة الميدانية

تمارس هذه الرقابة على المرفق العام بصورة مباشرة للتحقق من مدى مطابقة المعلومات المرسولة للسلطة المفوضة والبيانات الموجودة، ذكرت المادة 82 من المرسوم 18-199المتعلق بتفويضات المرفق العام أنه تتابع السلطة المفوضة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام .

تتم الرقابة الميدانية من خلال إجراء عمليات رقابية على المرفق العام المفوض من قبل موظفين معنيين من قبل السلطة المفوضة إذ يمكنهم في أي وقت إجراء عمليات التحقق اللازمة لأداء واجبهم من :

– نجاعة تسيير المرفق العام، وفقا للكيفية التي تم تحديدها في دفتر الشروط وإتفاقية تفويض المرفق العام.[61]

– .جودة الخدمات المقدمة للمستفيدين من المرفق العام محل التفويض واستجابتها لطلبات ورغبات المرتفقين.

– احترام المبادئ التي تحكم تسيير المرافق العامة من استمرارية الخدمات المرفقية بانتظام و الاضطراء المساواة في الاستفادة من هذه الخدمات والعمل على تطور المرفق العام وتكيفيه مع المستجد من الأوضاع .

2) الرقابة على المستندات

تشمل هذه الرقابة على الوثائق من خلال الالتزام المفوض له بإعداد وإرسال تقارير سداسية بصفة دورية للسلطة المفوضة لغرض إحاطتها بكل ما يتعلق باستغلال المرفق

61 - بوزردوم خيرة ، بوالوذنين شيماء ، الرقابة الادارية على اتفاقية تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 18-199 ، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر اكاديمي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، 2022 ، ص 43 .

العام، كما يمكن للسطة المفوضة طلب المعلومات والمستندات الضرورية لممارسة سطلتها الرقابية [62].وتركز بشكل رئيسي على التدقيق في السجلات والدفاتر المالية والوثائق والعقود والمستندات والقيود التي تفرزها وذلك بقصد التأكد من مراعاة الشروط القانونية والعرفية في مسكها وتنظيمها ومدى سلامتها وتصلح أن تكون أساسا لاستخراج الحسابات والبيانات الختامية والتقارير الم الية المطلوبة قانونا أو(عرفا) منها، وإبداء الرأي في هذه البيانات والحسابات الختامية والإفصاح عن مدى تعبير ها بشكل واضح وعادل لنتائج النشاط والمركز المالي للجهة الخاضعة للرقابة .ويمكن القول بان هذه الرقابة على أنها منهج علمي شامل يتطلب التكامل والاندماج بين المفاهيم القانونية والاقتصادية والمالية والمحاسبية والإدارية فهي حزمة من الرقابات المتعددة التي تمارس في وقت واحد بهدف التأك د من صحة وسلامة التصرفات المالية من كافة النواحي بغية المحافظة على الأموال العامة ورفع كفاءة استخدامها وتحقيق أعلى درجة من الفعالية في النتائج المرجوة من إنفاق المال العام أو تحصيله[63].

3) الرقابة عن طريق عقد اجتماع

حيث تقوم السلطة المفوضة بعقد اجتماعات دورية كل ثلاثة (03) أشهر، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، وبعد كل اجتماع تقوم السلطة المفوضة بإعداد تقرير شامل ترسله إلى السلطة الوصية، عند الاقتضاء[64] ، وجاء في المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18 – 199 على ما يلي :« **يجب أن تقوم السلطة المفوضة في إطار الرقابة المذكورة أعلاه بعقد اجتماع**

[62] - شباب حميدة ، بوادي مصطفى ، المرجع السابق ، ص ص 699- 700 .

[63] - بوزردوم خيرة , بوالوذنين شيماء ، مرجع سابق ، ص 44 .

64- بودراع فوزية ، بولقارية ليدية ، التسيير المفوض في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199/18 النذمتعلق بتفويض المرفق العام ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الاداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2020 ، ص 36 .

واحد على الأقل كل ثلاثة أشهر منح المفوض له لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات ومدى احترام مبادئ المرفق العام»[65] .

ثانيا: الرقابة البعدية غير المباشرة

يمكن للسلطة المفوضية ممارسة رقابتها على المرفق العام المفوض، من خلال مستعملي المرفق العام، حيث منحهم المنظم حق إعلام السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له في الحالات التالية :

1-اهمال او تجاوز من قبل المفوض له .

2- عدم احترام المفوض له الشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المفوض .

3-المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام و الحفاظ عليه .

4-سوء استغلال المرفق العام .

و بعد اخطار السلطة المفوضة مباشرة من طرف المنتفعين ، تقوم السلطة المفوضة بوضع لجنة تحقيق تعد تقريرا في هذا الشأن مع الاخذ بجميع التدابير الازمة لتدارك الوضع .[66]

[65] المادة 83 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، مرجع سابق .

[66] بودراع فوزية ، بولقارية ليدية ، المرجع السابق ، ص 36 .

الفصل الثاني

الرقابة القضائية ضمانة لحماية مبدأ

المنافسة الحرة في عقود

تفويض المرفق العام

لقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 207 [67] من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ان ابرام اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة يخضع لجميع المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من نفس القانون و من بين هذه المبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية او ما يسمى بمبدا المنافسة الحرة .

إن مبدأ المنافسة الحرة عند إبرام اتفاقية تفويض تسيير المرافق العمومية لا يعتبر مجرد إجراء جوازي يخضع لإرادة ورغبة الهيئة المفوضة وإنما يعتبر آلية إلزامية ينبغي للهيئة المفوضة الرضوخ والاستجابة له، بحيث يقع على عاتق الهيئة المفوضة الالتزام بمبدأ المنافسة الحرة عن طريق تطبيقها للنصوص المكرسة لهذا المبدأ و كذا بموجب سلطتها في اتخاذ القرار، ويعتبر ، من بين الضمانات الممنوحة للمتعاملين المتعهدين عند إبرام اتفاقية التفويض في مواجهة تعسف الهيئة المفوضة لأن جعل مبدأ المنافسة الحرة التزام يقع على عاتق الهيئة المفوضة يفرض عليها الاستناد إلى إجراءات محددة قانونا عند اختيارها للمفوض له و عدم التعسف في استبعادها و رفضها للعروض المقدمة .

ذلك رغم كون من الضروري احترام مبدأ المنافسة سواء من طرف الهيئة المفوضة بإتباعها بعض الإجراءات والأساليب لاختيار المفوض له وفقا لنص المادة 03 [68]من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، وتقييد حريتها التعاقدية بأسس موضوعية، أو من طرف المتعاملين المرشحين الملزمون بالابتعاد كل البعد عن أي ممارسة مقيدة للمنافسة إلا أنه بموجب المادة 207 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي تحيلنا إلى تطبيق المادة 5 من نفس القانون نفهم أن احترام مبدأ المنافسة عند إبرام اتفاقية التفويض يقع كالتزام على عاتق الهيئة المفوضة ، لكن اذا صدر منها اي تعسف من جهتها كتقييد لمبدأ المنافسة الحرة منح القانون مجموعة من الصلاحيات للمحكمة الإدارية بتشكيلتها الاستعجالية للحد من هذة التجاوزات الصادرة من طرف الهيئة المفوضة .

[67]. - مرسوم رئاسي رقم 15-247 ، **يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق،** مرجع سابق .

[68] - المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، المرجع السابق ،

لذا ارتأينا الى تقسيم هذا الفصل الى مبحثين حيث نتناول **تكريس رقابة قضاء الاستعجال الاداري حماية لمبدا المنافسة في عقود تفويض المرفق العام في (المبحث الاول)** ، في حين نتناول **صلاحيات القاضي الاستعجالي و اهميته في حماية مبدا المنافسة** في **(المبحث الثاني)** .

المبحث الاول

تكريس رقابة القضاء الاستعجال الاداري حماية لمبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام

المشرع الجزائري قد أكد من خلال المرسوم التنفيذي 18–199 المتعلق بتفويض المرفق العام المحلي على الطابع الإداري لهذه العقود التي تبرم وفقا للتشريع والتنظيم المعمول به، كما قيد السلطة المسؤولة عنه عند اختيار المفوض له بإلزامية اتباع اسلوبين هما الطلب على المنافسة والتراضي البسيط وبعد الاستشارة [69]، ويمثل الطريق الأول القاعدة العامة التي تمر عليها هذه الأخيرة عند تفويض المرفق العام المحلي، إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في المرسوم السالف الذكر ويجب كذلك أن تحترم قواعد الاشهار في هذه العملية التي توصل بالضرورة في حالة العمل بها إلى المنافسة الواسعة بما يضمن الشفافية والاستقطاب الواسع للمتنافسين الراغبين في الفوز بالتعاقد ، وقد كلف القاضي الإداري الاستعجالي بالمراقبة والزام السلطة المفوضة بالامتثال لهذه الإجراءات رغم عدم نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواده على تحديد خاص للاستعجال في تفويضات المرفق العام المحلي وإنما جاء في المادة 918 من القانون رقم 08–09[70] بأن يأمر القاضي الاستعجالي باتخاذ التدابير المؤقتة وأن لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال في هذا النوع من الدعوى و ذلك عن طريق دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي التي تعتبر كالية لحماية مبدا المنافسة (المطلب الاول) و من ثم ننتقل الى اسباب تدخل القاضي الاستعجالي

[69]- المادة 08 من المرسوم رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، مرجع السابق .

70- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج.ر.ج.ج .د.ش ، عدد 21 ، صادر في 23 ابريل سنة 2008 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022 ، ج.ر ، عدد 48 .

المطلب الاول :

دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي الية لحماية مبدا المنافسة

ان التطرق الى خصوصية الدعوى الاستعجالية في مجال تفويض المرفق العام يقتضي شروط لقبولها) **(الفرع الاول)** ، و كذا الى خصائصها **(الفرع الثاني)** .

الفرع الاول

شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدي الية لحماية مبدا المنافسة

لقبول رفع الدعوى الاستعجالية يحب أن تتوفر مجموعة من الشروط العامة **(اولا)** التي يتطلب القانون توفرها في الدعوى الاستعجالية، و شروطا خاصة **(ثانيا)** تنفذ بها الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدي .

اولا : الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية

تتمثل الشروط العامة في :

1) توفر عنصر الإستعجال

فهو شرط أساسي فلا بد من توفر شرط الإستعجال حتى يكون القاضي الاستعجالي مختصا، و هذا العنصر من النظام العام و يجوز لأطراف الإتفاق على وجوده أو إنعدامه، و لقد وردت في هذا السياق العديد من المواد ضمن ق.إ.م.إ التأكد على ضرورة توفر عنصر الإستعجال ، لكن دون وضع تعريف للإستعجال و لا يعد ذلك سهوا من المشرع بل هذا يعد من اختصاصه، و هذا الإختصاص يعد للفقه و القضاء[71]، و لصعوبة وضع تعريف موحد وشامل للفكرة التي غالبا ما تتدخل مع العديد من المصطلحات المشابهة كالضرورة و الخطر الشديد.

[71] - رضية بركايل، الدعوى الإستعجالية طبقا للقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 21 – 22 .

و يمكن القول أن حالة الإستعجال تقوم بمجرد وجود وضعية يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح[72].

إن شرط حالة الإستعجال لإشارة إليها المواد 920. -921 -924 من ق.إ.م.إ[73]دون إعطاء تعريف و دون إعطاء توضيح لحالات الإستعجال والغرض من ذلك هو إعطاء سلطة تقديرية للقضاء الاستعجالي الذي يستشفها من خلال ضروف و وقائع كل منازعة، فهذا المبدأ مرن ومتغير في أي محاولة من المشرع إعطاء تعريف للإستعجال يعني تقييد سلطة القاضي[74]، فالقاضي كما قلنا سابق يستنبط عناصر النزاع والظروف المحيطة به، والتي تخضع بدورها لعام الزمان و المكان[75].

ففي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق المدعي يخشى ضياعه إذا تم إبرام الصفقة و بدء تنفيذها[76].

2) عدم المساس بأصل الحق

لا يكفي توفر شرط الإستعجال وحده ليقر القاضي الاستعجالي بإختصاصه بل يجب توفر شرط أخر و هو عدم المساس بأصل الحق.

و معنى أصل الحق هو كل ما تعلق به وجودا و عدما فيتدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو المفاعيل القانونية التي نظمها القانون أو التي قصدها المتعاقدون، فإذا تعلقت الطلبات بأصل الحق حكم القاضي الاستعجالي بعدم الإختصاص لأنه من إختصاص القاضي

---

[72] - بن معزوز خديجة، عياش لامية، منازعات الصفقات العمومية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، الفرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2011، ص36

[73] - المواد 920-921-924 من القانون 08-09 متضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق.

[74] - كلوفي عزالدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المجنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون العام الأعمال ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2021 ، ص155.

[75] - يعقوبي يوسف،الاستعجال في المادة الادارية في ضوء القانون الاجراءات المدنية و الادارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، قانون العام،جامعة باجي مختار،عنابة،2011، ص8.

[76] - فقير محمد، رقابة القاضي الاداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل ابرامها في التشريع الجزائري و التشريع المقارن،اليات وقائية لحماية المال العام، اعمال الملتقى الوطني السادس حول"دور الصفقات العمومية في حماية المال العام"جامعة الجزائر،ماي 2013، ص7.

الموضوع ذلك حسب المادة من **924** ق.إ.م.إ، كما لا يمكن تغير أو تعديل مركز من مراكز القانونية أحد الطرفين[77].

فعلى القاضي أن لا يمس بجوهر النزاع يتركه بل لقاضي الموضوع، كما أن اللجوء للقاضي الاستعجالي هو إجراء وقتي وتحفظي يضمن الحق من الضياع لحين الفصل في الموضوع[78] و قد أشارت المادة **918** من القانون رقم **08-09**[79] على هذا الشرط صراحة "... **لا ينظر في أصل الحق** .." وهو الشرط الذي جاء به نص المادة 171 مكرر من القانون إجراءات المدنية الملغى[80].

فلا يمكن للقاضي الاستعجالي الفصل في النزاع أو تأسيس حكمه في طلب وقتي على أسباب تمس أصل الحق، أو يتعرض لقيمة المستندات المقدمة من طرف أحد الطرفين أو يقضي بالصحة و البطلان أو يتخذ إجراءات تمهيدية كالإحالة على تحقيق أو ندب خبير أو إستجواب الخصوم أو السماع الشهود أو توجيه يمين الحاسمة أو المتممة لإثبات أصل

الحق، بل يتعين عليه ترك جوهر الموضوع كما قلنا سابقا ليفصل فيه قاضي الموضوع دون غيره.

فالقاضي الاستعجالي يقوم بالحماية العاجلة التي تكتسب حقا و لا تهدره، فهذا الأخير يحكم فقط بالإجراءات المؤقتة و حماية مطلوبة دون الفصل في النزاع و دون المساس به، و يترتب على ذلك أن أوامر القضاء الاستعجالي تكون ذات حجية مؤقتة تنتهي بصدور الحكم في الموضوع[81].

---

77 - المادة 924 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية , المرجع السابق .

78- بن معزوز خديجة، عياش لامية، المرجع السابق، ص37.

79 - المادة 918 من القانون رقم 08-09 , المرجع السابق .

80- شحمي حليمة، الإستعجال في المادة الإدارية، مذكر لنيل شهادة ليسانس، ميدان العلوم القانونية و السياسية، الشعبة حقوق، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص9.

81 - بلعابد عبد الغاني، الدعوى الاستعجالية الادارية و تطبيقاتها في الجزائر، دراسة تحليلية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع المؤسسات السياسية و الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم قانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 19.

إذن أن القاضي الاستعجالي يختص في الأمور المستعجلة بالتدابير الوقائية أو الإجراءات الوقتية[82]، فأصل إختصاص القاضي يجب أن لا يتعارض مع موضوع النزاع.

وحتى لا يكون مساس بهذا الحق فهناك مجموعة من المحضورات يتقيد بها القاضي حتى يفصل في دعاوى الاستعجالية :

– منع القاضي الاستعجالي تناول موضوع الحق بالدراسة من حيث الشرح و التفسير الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع.

– أن لا يتعرض القاضي الاستعجالي أثناء تسبيب الأمر الصادر منه إلى الفصل في الموضوع النزاع، فهذا من إختصاص قاضي الموضوع أصلا وأساسا[83].

3) شرط الجدية

شرط الجدية أي أنه يجب على المدعي أن يثبت جديته في رفع الدعوى الاستعجالية و ذلك من خلال تأكيد استناد حقه في اتباع إجراءات التقاضي على أسباب جدية و يختلف شرط الجدية من دعوى لأخرى، و يمكن القول أن المتعامل الاقتصادي الذي يرفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقدي ثم يعلن انسحابه من إجراءات ابرام العقد هذا دليل على عدم جديته في رفع الدعوى، كذلك يجب على القاضي الاستعجالي أن يتأكد من كون الإدعاءات المرفوعة أمامه من طرف الطاعن تؤثر على إجراءات إبرام العقد و اختيار المفوض له أما إذا ثبت له أن رغم وجود هذه الأفعال إلا أنها لا تصنف ضمن التجاوزات المخلة بإجراءات إبرام العقد و لا أثر لها على المفوض له المختار فيحكم القاضي الاستعجالي برفض الدعوى لعدم الجدية[84] .

82 -JEAN BERNAR , JurisClassique Administratif , revue de référence précontractuelle , AOÛT 2003 ,p1.

83- حجوط كريمة ، موساوي سهام ، القضاء الاستعجالي العادي في ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2015 ، ص 19

84- بزاحي سلوى زوجة بومقورة ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، استاذة مساعدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية .

ثانيا : الشروط الخاصة لرفع دعوى الاستعجال

تتمثل الشروط الخاصة في :

1)الأهلية

كان المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية(القديم)، يدرج الأهلية من شروط رفع الدعوى كما إعتبرها من النظام العام، بحيث يجوز إثارتها من قبل المحكمة و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

لكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فقد نص عليها ضمن شروط المقررة لممارسة الدعوى (شرط لصحة الخصومة)، بحيث يعتبر شرطا عاما يستوجب توفره في جميع الدعاوي الإدارية و العادية و نفس الأمر بالنسبة للدعاوي الاستعجالية الإدارية،.

و موقف المشرع الجزائري من الأهلية في الدعوى الاستعجالية الإداري، أنه لا يشترط وجودها لقبول، لأن توفر الخطر و ما يقتضيه من سرعة اللجوء إلى القاضي الأمور المستعجلة من حل النزاع بسرعة قبل حدوث أي ضرر لا يمكن إصلاحه، طبقا لقاعدة المصلحة في إتخاذ إجراء وقتي لتفادي أي خطر[85].

2) شرط الصفة و المصلحة

يشترط لرفع الدعوى الاستعجالية على تتوفر صاحب الدعوى الصفة و المصلحة فلا يمكن قبول النظر و الفصل فيها إلا إذا توفرت الصفة القانونية فيه، فالصفة القانونية هو أن ترفع الدعاوى من صاحب المتضرر أي من له صفة[86] ، فلا دعوى دون مصلحة.

---

[85] - عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دط، دار هومة للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر،دس، ص 185-186.

[86] - يعسى تمام أمال، حاجة عبد الغاني، دعوى وقف التنفيذ القرارت الإدارية بناءا على أمر إستعجالي على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09، مجلة فكرية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خيضر، بسكرة، العدد 4، د. س .ن ،ص 15.

فالصفة في الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية تاخذ في مجالا اوسع و اشمل من ذاك الذي يعرف في القواعد العامة فهي تكتسب بحكم المصلحة او القانون .

أ-اكتساب صفة المدعي بناءا على المصلحة

يجب ان تكون لصاحب الدعوى الاستعجالية مصلحة في رفعها تكريسا لمبدا لا دعوى بغير مصلحة[87]، فيجب على صاحب الدعوى ان تكون له مصلحة[88]أو فائدة و هذه المنفعة هي ما تسمى بالمصلحة القانونية المنصوص عليها في المادة 13 من ق.ا.م.ا[89] و هذا بصفة عامة .

إذن تقبل الدعوى الاستعجالية مصلحة في إبرام العقد الذي يتضرر من خلال الإلتزامات الاشهارية والمنافسة التي تخضع لها عملية لإبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية طبقا للمادتين 946 و 947 من القانون إجراءات المدنية و الإدارية[90]، ولا يلتزم مفهوم القابلية لضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن إمتلاك فرصة النجاح في الاتفاقية التفويض، بدون إرتكاب أي خرق و بناءا عليه فالدعوى لا تقبل كليا من الأشخاص الغرباء من عملية إبرام العقد كالتنظيمات المهنية و المتعاقد من الباطن و منظمات حماية البيئة، غير أنه تقبل الدعوى التي ترفع من المترشحين الذين حرموا من الاتفاقية دون وجه حق و المرشحون المستبعدون منها وكذا الأشخاص الذين لم يشتركوا في الصفقة بخلل في القواعد العلانية.

فالمشرع الجزائري ألزم وجود المصلحة في تحريك الدعوى الاستعجالية[91]و هذا ما نصت عليه المادة 2/946 من ق.إ.م.إ " يتم الإخطار من قبل من له مصلحة في إبرام العقد".

ب- إكتساب صفة مدعي بحكم القانون

---

87 - شحمي حليمة، المرجع السابق ، ص 25.

88 -CYRILLE BARDON, le réfère contractuelle premier es précision jurisprudentielles , revue de réfère contractuelle, N04, novembre 2010.paris, p2.

89 - المادة 13 من القانون رقم 08-09 , المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية , المرجع السابق.

90 -. المواد 946 ،947 من ق ا م ا , المرجع السابق .

91 – محفوظ عبد القادر، القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في التشريع الجزائري، الإتحاد الوطني لمنظمة المحاميين بوهران ، "**مجلة الدفاع**"، العدد2، مارس ن 2014، ص 130.

في هذه الحالة تكون الصفة مكتسبة من القانون، وهي كل الجهات رسمية التي أعطاها القانون صلاحية رفع الدعوى الاستعجالية حماية لشفافية الصفقة العمومية في حالة وجود أي إنتهاكات.

فقد إشترطت المادة 946 الفقرة 2 على الوالي بإعتباره ممثل للدولة على مستوى الولاية، إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بإلتزمات الإشهارية و المنافسة لإذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية[92].

الأشخاص العامة الرسمية، حيث يمنح له القانون صراحة حق تحريك الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في حالة خرق لقواعد العلانية و المنافسة من أجل المحافظة على المصلحة العامة و هذا ماورد في المادة 946 الفقرة 2 " يتم إخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد أو سيبرم العقد من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية".[93]

إذ يجوز لكل ممثل للدولة سواء على مستوى الولاية أو المؤسسات العمومية أن يثير دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي إذ لمس خرقا للإلتزمات العلانية و المنافسة .

3)الاجل القانوني لرفع الدعوى

لم يحدد المشرع الجزائري المدة الزمنية لرفع الدعوى شانه شان المشرع الفرنسي ، الا ان المادة 2/946 من ق ا م ا نصت على ان يتم الاخطار اذا ابرم العقد او سيبرم ثم اقرت في الفقرة الثالثة بانه :»**يجوز اخطار المحكمة الادارية قبل ابرام العقد** » .

فالمنطق الوقائي يفرض بان ترفع الدعوى قبل ابرام العقد ،حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه امرا للمتسبب للامتثال لالتزاماته ، او يأمر بتأجيل إمضاء العقد[94] طبقا للفقرتين 4 و 6 من المادة 946 من ق إ م إ .

[92] – بزاحي سلوى زوجة بومقورة ، المرجع السابق، ص 36.

[93] – المادة 2/946 من القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المرجع السابق.

[94] - بزاحي سلوى زوجة بومقورة , المرجع السابق , ص 39 .

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط الآجال لتقديم التظلم الإداري المسبق ما يعني أن الشرط الوحيد هو عدم التوقيع على العقد .إن هذه الفقرة ابتدأت بعبارة يجوز وهو ما يؤكد جواز مخالفتها برفع الدعوى حتى بعد التعاقد ولم تأتي بصيغة الأمر يجب التي أنه لا يمكن رفع هذه الدعوى تعني

خارج هذه الآجال، والواضح من كل هذا أن المشرع الجزائري من خلال هذه العبارة ترك نوع من المرونة وذلك لوجود حلين للمتضرر الأول هو الطعن الإداري المسبق في القرارات الصادرة عن السلطة المفوضة لدى لجنة تفويضات المرفق العام المحلي أو التوجه أمام القضاء الإداري الاستعجالي.

إن تحديد أجل رفع هذا النوع من الدعاوي يعني بالضرورة افتقار القاضي الإداري الاستعجالي لممارسة صلاحياته بهذا الخصوص بعد إبرام عقود تفويض المرفق المحلي وحسب رأيي هي مدة كافية للمتضرر أو ممثل الدولة على المستوى المحلي لتقديم ادعائه أمام المحكمة الإدارية المختصة وأن لهذه الدعوى خصوصية تتمثل في عدم قابليتها للطعن أمام الجهة نفسها أو أمام الجهة القضائية التي تعلوها، فلو سمح بالطعن كذلك لعطلت المصلحة العامة التي تؤديها السلطة المفوضة، ولنص القانون عن دور مجلس الدولة الجزائري في النظر في هذا النوع من الدعاوي ولما كنا أمام عنصر الاستعجال[95] .

الفرع الثاني

خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدي

إن القضاء الاستعجالي كغيره من جهات القضائية له خصائص يتميز بها على غيره من جهات القضائية الأخرى و من بينها نذكر ما يلي :

95- شريط فوضيل ، رباحي مصطفى ، دور القاضي الاداري الاستعجالي في عملية تفويض المرفق العام المحلي ، **مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية** ، المجلد 35 ، العدد 02 ، قسنطينة ، الجزائر ، 2021 ، ص ص 1075-1076 .

أولا : هي تقنية قضائية قبل تعاقدية

هذه الدعوى تحرك في مرحلة الإبرام لأنها تهدف إلى إنقاص من المخالفات التي تمس قواعد الإعلان و المنافسة، فلها دور وقائي يحول دون تحريك دعوى الإلغاء بعد إبرام العقد، أثناء تنفيذه بمجرد إبرام العقد تفقد الدعوى قيمتها القانونية .

ثانيا : الدعوى الاستعجالية تخول القاضي الإداري سلطات واسعة

فالقاضي عند الفصل في الدعوى الاستعجالية يتمتع بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام.

وتتمثل في سلطة الأمر، سلطة الوقف وسلطة إصدار غرامات تهديدية، لكنه لا يمكنه منح التعويض.

ثالثا : تطرق القاضي الإداري في الموضوع

القاعدة العامة أن القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق و إنما يتخذ بتدابير إستعجالية وفورية[96]، حيث يفصل في المسائل التي يخش عليها فوات الوقت و تكون مستعجلة بقوة القانون، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة إستعجالية موضوعية، أي ينظر في موضوع الدعوى.

رابعا : دعوى قضاء مستعجل

في فرنسا يكون النظر في الدعوى لقاضي الفرد ويفصل في الدعوى بأول و أخر درجة بصفة إستعجالية أما في القانون الجزائري نصت المادة 917 من ق.إ.م.إ[97] ينظر في الدعوي الاستعجالي الإداري من طرف تشكيلة جماعية[98].

[96] - محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 129.

[97] - المادة 917 من القانون رقم 09-08 متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

[98] - محفوظ عبد القادر، مرجع سابق ، ص 129.

المطلب الثاني

حالات تدخل القاضي الاداري الاستعجالي كضمانة لحماية مبدا المنافسة في عقود تفويض المرفق العام

ان الاخلال بالتزامات الاشهار و المنافسة من طرف السلطة المفوضة اثناء خضوعها لعمليات ابرام العقود الادارية يعد انتهاكا لهذا المبدا و تعسف في شفافية اجراءات تفويض المرفق العام مما يسمح للقاضي الاستعجالي التدخل مباشرة لوضع حدا لهذه الانتهاكات والتجاوزات غير الشرعية و الفصل في الدعوى بطريقة استعجالية .و بناء على هذا الاساس تاخذ هذه التجاوزات الصور التالية :

الفرع الاول

خرق قواعد الاشهار و المنافسة

يعد الاعلان الطلب على المنافسة في اتفاقية تفويض المرفق العام اجراء جوهري طبقا لاحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، و يقصد به ايصال العلم الى جميع الراغبين في التعاقد فيعد اجرء اجباري على السلطة المفوضة ان تقوم به و ذلك عن طريق النشر و الاعلان بكل وسيلة مناسبة و بشكل واسع .

و يعتبر الاعلان عن المنافسة مجال حقيقي لاثارة المنافسة بين الراغبين في التعاقد [99] ، فيعد قبيل الانتهاك عدم نشر الإعلان عن المنافسة ، و يشترط نشره في جريدتين يوميتين فلا يمكن نشره في جريدة واحدة ذلك حسب المادة **25** من نفس المرسوم، و يكون باللغة العربية والأجنبية وموزعة على كامل التراب الوطني «**يجب ان يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع و بكل وسيلة مناسبة و يجب اشهاره على الاقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية و اللغة الاجنبية**» .

[99]. بودراع فوزية ، بولقارية ليدية ، المرجع السابق ، ص ص 26-27 .

و يجب ان يتضمن الاعلان عن المنافسة كل البيانات المنصوص عليها في نص المادة 27[100] من المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المتضمن تفويضات المرافق العمومية .

لكي يكون الطلب على المنافسة صحيحا من حيث الإجراءات اشترط المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المتعلق بتفويض المرفق العام جملة من الشروط الواجبة الإتباع من قبل السلطة المفوضة إذ يرى فيها السبيل لتحقيق المنافسة وأن أي إغفال عنها أو استبعادها يؤدي بالضرورة إلى وقوع السلطة المفوضة في خرق إجراءات الطلب على المنافسة والاشهار الذي يمس بالمبادئ الجوهرية لهذا العقد والمتمثلة في مبدا الشفافية والعلانية وحرية التنافس المشروع ومن الحالات التي توقع هذا الخرق نذكر على سبيل المثال [101]ما يلي: أن يكون الطلب على المنافسة محليا ولا يكون وطنيا أو عدم وضع المتعاملين في وضعية تنافسية التي توقع عدم المساواة في معاملتهم والانحياز في معايير الانتقاء، عدم احترام مرحلتي الطلب على المنافسة، عدم مطابقة الطلب على المنافسة لدفتر الشروط ، مخالفة إجراءات نشر الطلب على المنافسة كأن ينشر في جريدة يومية واحدة فقط وبلغة واحدة، عدم احتواء الطلب على المنافسية للبيانات الواجبة لصحته[102]، المذكورة في المادة 27 من نفس المرسوم .

الفرع الثاني

اختيار السلطة المفوضة لاجراءات غير لائقة خلال عملية الابرام

حدد المشرع وفق المرسوم التنفيذي رقم 18– 199 آليات و اجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرافق العمومية من خلال المادة 08 إلى المادة 45 من هذا المرسوم وفق شروط ملزمة و لا يجوز

100- تنص المادة 27 من الامر رقم 18-199 كالاتي : « يجب ان يتضمن اعلان الطلب على المنافسة البيانات الاتية :

- **تسمية السلطة المفوضة و عنوانها و رقم تعريفها الجبائي ان وجد**
- **صيغة الطلب على المنافسة**
- **موضوع و شكل تفويض المرفق العام**
- **..... يجب ان يشير اعلان الطلب على المنافسة الى اخر يوم و اخر ساعة لايداع الملفات و ساعة فتح الاظرفة .»**

101- شريط فوضيل ، رباحي مصطفى ، دور القاضي الاداري الاستعجالي في عملية تفويض المرفق العام المحلي ، المرجع السابق، ص 1068 .

102- شريط فوضيل ، رباحي مصطفى ، دور القاضي الاداري الاستعجالي في عملية تفويض المرفق العام المحلي ، مرجع سابق، ص 1068 .

الخروج منها، و تبعا لذلك فان استعمال السلطة المفوضة لاحدى هذه الاليات في غير موضعها يؤدي الى خرق قواعد نزاهة المنافسة التي تقوم عليها اتفاقية تفويض المرفق العام ، مثل ان تلجا السلطة المفوضة الى اسلوب التراضي في غير الحالات المحددة قانونا .

لتحضير عقد تفويض المرفق العام المعني تضع السلطة المفوضة دفتر الشروط توضح فيه كيفية سير عملية تفويض المرفق العام المحلي من أول مرحلة إلى نهايته وتحتوي هذه الأخير على قسمين هما :

●الجزء الأول: وعنوانه دفتر ملف الترشح :

يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تكون منها ملفات الترشح وكذا كيفيات تقييمها .

ويحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يلي:

القدرات المهنية: وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لسير المرفق العام المحلي.

القدرات التقنية : هي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.

القدرات المالية: وهي الوسائل المالية المبررة بالمسائل المالية والقياسية والمراجع المصرفية.

الجزء الثاني : وعنوانه دفتر العروض[103]:

ويتضمن البنود الإدارية والتقنية : تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المحلي المعني وكذا كل

البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض

- راجع المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 ، المرجع السابق . [103]

البنود المالية : التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة الساعة الفوضة أو ذلك الذي يدفع عند الاقتضاء مستعملي المرفق العام المعني بالتفويض. يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابها .

و عليه بعد اعداد دفتر الشروط للمواصفات التي تريدها و الذي يحتوي على عناصر تفصيلية لا يمكن لهذه الاخيرة ان تخرج عما تم وضعه لان ذلك يعتبر خرقا او انتهاكا لدفتر الشروط[104] .

الفرع الثالث

وضع مواصفات تفضيلية لاحد المترشحين

بعد وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية انتهاكا لنزاهة المنافسة وعلى هذا الأساس فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن وضع مواصفات معقدة قصد حصر المنافسة بين فئة معينة من المتنافسين سلوكا ينطوي على المساس بقواعد المنافسة الشريفة ، و هذا يعني عدم المساواة بين المترشحين أي تفضيل مترشح على حساب مترشحين أخرين فيعد إنتهاك لقواعد المنافسة[105].

الفرع الرابع

حرمان و استبعاد احد المترشحين دون وجه حق

لا يمكن للسلطة االمفوضة استبعاد أي مرشح متى توافرت فيه الشروط القانونية المطلوبة، وبمفهوم المخالفة فإن الحرمان من دخول الاتفاقية، يقصد به الحظر القانوني من المشاركة (الإقصاء) لأسباب يحددها القانون كالمصلحة العامة، أو الإفلاس أو عدم الوفاء بالواجبات الجبائية أو الاستبعاد بناء على مخالفات في إطار تعامل سابق وغيرها .

وبالتالي فإذا لجأت السلطة المفوضة لتطبيق هذا الإجراء دون مبررات قانونية، كان له حق اللجوء لقضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي، أما الاستبعاد فيقصد به إخراج العطاء بعينه من دائرة المنافسة

- المادة نفسها من المرجع نفسه .[104]

105- دهمة مروان ، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية ، **مجلة التمكين الاجتماعي** ، المجلد 02 ، العدد 03 ، جامعة غرداية ، الجزائر ، سبتمبر 2020 ، ص 131 .

بعد استلامه لعدم احترامه للمواصفات التقنية، أو إذا تبين أن العرض المقبول يمكن أن يؤدي إلى هيمنة على المرفق العام أو اختلال المنافسة، وغيرها من الأسباب القانونية التي تخول المصلحة إعمال سلطاتها في ذلك، وعليه فإن تعسف السلطة المفوضة في استعمال هذا الحق يخول للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي[106] .

فقد الزم المشرع السلطة المفوضة عند تفويض المرفق العام المحلي بعدم امكانية حرمان او اقصاء أي متنافس من تلقاء نفسها بصفة مؤقتة او بصفة نهائية من دون إصدار قرار إداري مسبب ومعلل لدواعي الاقصاء والذي يرتكب أعمالا المذكورة ضمن الإجراءات المنصوص عليها ضمن المادة 75[107] من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

لذلك لا يمكن للسلطة المفوضة أن تقصي أو تحرم أي مترشح متى توفرت الشروط القانونية اللازمة فيه دون مبررات يحددها القانون أو دفتر الشروط وإلا وقعت في التعسف أو ظلم المتنافس .

الفرع الخامس

الاخلال بقواعد اختيار المفوض له

سعى المشرع الجزائري بضبط معايير اختيار المفوض له بموجب المواد من 31 إلى 44 التي أكد من خلالها على إلزامية التأكد من مؤهلات المترشحين، فلا يمكن للسلطة المفوضة القيام بأي عملية تفاوضية مع مختلف المتعهدين، بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد، فإذا ثبت عدم التزام المصلحة المتعاقدة بمعايير الاختيار كان ذلك دليلا على خرق صارخ لمبدأ المنافس.

في بعض الحالات أوجب على الجهة المسؤولة عن المرفق العام المحلي القابل للتفويض التقيد بالطريقة التي تكفل من خلالها وضع الراغبين في الترشح للفوز بتسيير وإدارة المرفق العام في

106 - هبهوب فوزية ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي على منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، **مجلة الابحاث القانونية** ، مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن مركز جيل البحث العلمي ، العدد 4 ، الجزائر، 2016 ، ص51 .

107 - تنص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المرجع السابق على ما يلي :»يقصى بشكل مؤقت او نهائي .....الذين اخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم .»

وضعية تنافسية، حيث أقر أن يكون عن طريق الطلب على المنافسة وتكون ملزمة باتباعه في أغلب الأحيان، غير أنه هناك حالات استثنائية أعفى فيها السلطة المفوضة اللجوء إلى هذا الإجراء وأجاز لها اختيار هذا الأخير وفقا لطريقة التراضي بنوعين[108] والذي يكون في حال ما تم الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسية للمرة الأولى ثم يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية، غير أنه في حالة إعلان عدم جدوى للمرة الثانية تقوم السلطة المفوضة بالتراضي ويتم اعلان

عدم جدوى الطلب على المنافسة في الحالات التالية:

:إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى

-عدم استلام أي عرض

-استلام عرض واحد

.-عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط

:إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية

-عدم استلام أي عرض

-استلام عرض واحد أو استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية يتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات .

أما التراضي فهو إجراء مفروض عليها من قبل المشرع الجزائري متى توفرت حالاته، إذ يحرر السلطة المسؤولة عن المرفق من الدعوة الشكلية للمنافسة في العديد من الحالات، ويشكل

الاستثناء عن القاعدة التي تلجأ إليه السلطة المفوضة في اختيار المفوض له ويتكون بدوره من نوعين هما :

108 - شريط فوضيل ، رباحي مصطفى ، دور القاضي الاداري الاستعجالي في عملية تفويض المرفق العام المحلي ، المرجع السابق، ص 1070 .

●التراضي البسيط:

وهو إجراء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في الحالات التالية:

الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل التفويض إلا لمترشح واحد يحتل وضعية احتكارية .

و في الحالات الاستعجالية و التي تكون كالتالي :

– عندما تكون اتفاقية تفويض المرفق العام سارية المفعول موضوع إجراء فسخ.

– استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.

رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل[109]. –

.يتعين على السلطة المفوضة في جميع الحالات اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري قام بذكر حالات التراضي البسيط على سبيل الحصر.

أما التراضي بعد الاستشارة هو إجراء تقوم به السلطة المفوضة باختيار المفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل تلجأ إليه في الحالات التالية:

يتم – عند اعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.

– عند تفويض بعض المرافق العامة التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، والتي يتم تحديدها بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، يتم في هذه الحالة اختيار المفوض له من ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة بعد التأكد من قدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.

[109]- راجع المواد 2/8 ، 14 ، 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المرجع السابق .

، ولضمان السير الحسن لعملية اختيار المفوض له قام المشرع الجزائري بإلزام السلطة المفوضة بضرورة إنشاء لجنة إدارية مختصة تدعى بلجنة اختيار وانتقاء العروض تقوم في أداء مهامها باقتراح أفضل مترشح على مسؤول السلطة المفوضة لتسيير المرفق العام المحلي[110] .

وبذلك يشكل القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي قفزة نوعية كرستها أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شكلت قواعد متميزة تتعلق بمواجهة مختلف الإختلالات التي قد تطرأ أثناء سير مجريات العملية التعاقدية، التي تدخل ضمن نشاط الإدارة ودورها في عملية بناء وتطوير وتلبية الحاجيات العامة، مما يجعل الاستعجال فيها ضرورة حتمية، تكريسا للآليات الوقائية التي تعمل على الحد من التجاوزات التي تمس بنزاهة وشفافية العملية التعاقدية .

[110]- راجع المواد من 08 الى 35 من المرجع نفسه .

المبحث الثاني

صلاحيات القاضي الاداري الاستعجالي في حماية مبدا المنافسة في عقود تفويض المرفق العام

يتدخل القاضي الاداري الاستعجالي في تفويض المرفق العام المحلي قبل التعاقد بسلطة واسعة و متعددة تمكنه من وضع حد للتعسفات الواقعة على مبدا المنافسة التي قد تقوم بها السلطة المفوضة ، و التي لها تاثيراتها على نجاح عملية تفويض المرفق العام المحلي و الواضح من كل هذا لا غاية من تدخلاته اذا كانت لاتتسم بطابع الالزام و الجبر في مواجهة السلطة المفوضة و هذا ما سنتطرا اليه من خلال هذا المبحث الذي قسمناه الى مطلبين حيث تناولنا سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على السلطة المفوضة في **(المطلب الاول)** كما حاةلنا تبيان اهمية تدخل القاضي الاداري الاستعجالي في الحفاظ على شفافية اجراءات تفويض المرفق العام في **(المطلب الثاني).**

المطلب الاول

سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على السلطة المفوضة

يتمتع القاضي الاداري الاستعجالي بسلطته الجبرية على السلطة المفوضة بتنفيذ التزاماتها في تعديها على مبدا المنافسة و الاشهار لعقود تفويض المرفق العام و هذا ما سنراه من خلال سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على اشخاص السلطة المفوضة **(الفرع الاول)** اضافة الى سلطاته على اعمال السلطة المفوضة **(الفرع الثاني) .**

الفرع الاول

سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على السلطة المفوضة

للقاضي سلطة اتخاذ القرارات و الاحكام على الاشخاص العامة و المختصة بعملية تفويض المرفق العام على النحو التالي :

اولا – توجيه الاوامر بالامتثال مع تحديد اجل لذلك

بمجرد اخطار المحكمة المختصة في الفصل بهذا النوع من الدعوى يمكن للقاضي الاداري الاستعجالي ان يتدخل و يامر السلطة المفوضة التي اخلت بالتزاماتها المتعلقة بالمنافسة و الاشهار بان تتدارك ما وقعت فيه مع منها الاجل الذي يجب عليها ان تتمثل فيه[111] .

ثانيا – فرض الغرامات التهديدية

بعد منح القاضي الاداري الاستعجالي للسلطة المفوضة اجل للامتثال لاجراءات المنافسة و الاشهار يمكن للقاضي الاستعجالي فرض غرامات تهديدية ان لم تتدارك لاخطائها خلال المدة الممنوحة لها.

و الغرامة التهديدية هي عبارة عن عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تاخير و يصدرها القاضي الاستعجالي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه [112].

والأكيد أن تنفيذ الغرامات التهديدية التي تصدر عن القاضي الإداري الاستعجالي يكون بشروط منها مرور أجل 3 أشهر وهذا وفقا للفقرة الثانية من المادة 987 [113]من القانون رقم 09-08 التي تنص:« **...غير أنه فيما يخص الأوامر الاستعجالية يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون أجل»..**

أما في الحالة التي تحدد فيها المحكمة الإدارية في حكمها محل التنفيذ اجلا للمحكوم عليه لاتخاذ تدابير تنفيذ معينة لا يجوز تقديم الطلب الا بعد انقضاء هذا الاجل .

الفرع الثاني

سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على اعمال السلطة المفوضة

يتمتع القاضي الاستعجالي باصدار اوامر فيما يخص اعمال السلطة المفوضة و ذلك بتعديل الاعمال الاجرائية التعسفية التي قامت بها السلطة المفوضة لاجل تفويض المرفق العام .

111- حسين فريجة ، شرح المنازعات الادارية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011 ، ص 269 .

112 - منصور محمد احمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ احكام القضاء الاداري الصادرة ضد الادارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2002 ، ص 15 .

113- راجع المادة 987 من القانون 08-09 المتضمن ق ا م ا ، المرجع السابق .

اولا : الغاء القرارات المتعلقة بتكوين العقد

ان لغة مخاطبة السلطة المفوضة هي القرارات الادارية بمناسبة تفويض المرفق العام باعتبارها ادارة عامة ، و هذه القرارات تتوفر على خمسة اركان يجب ان تتوفر فيها و يجب ان تكون صحيحة و غير قابلة للابطال لاي عيب يشوبها ، لذلك يمكن للقاضي الاداري الاستعجالي الغاء هذه القرارات قبل ابرام عقد تفويض المرفق العام المحلي ، و التي تمس بمبدا المنافسة و الاشهار مثل قرار اقصاء المترشح دون وجه قانوني او مثل قرار المنح المؤقت لتفويض المرفق العام ...

ثانيا : ابطال بعض الشروط التعاقدية التعسفية

اذا كانت شروط و تعليمات التي يتضمنها عقد تفويض المرفق العام تمس بمبدا المساواة و الشفافية فيجوز للقاضي الاستعجالي ان يبطلها وفق اوامر يصدرها ، كما يمكن له يقوم بنشر الطلب على المنافسة بعد استيفاء كامل بياناته التي ينص عليها التنظيم و التشريع المعمول به و كما يمكن وضع وثائق في متناول الجميع و ذلك لمبدا المساواة و بسبب حرمان المتنافسين منها .

ثالثا :سلطة وقف امضاء العقد

يمكن للقاضي الاداري الاستعجالي توقيف ابرام عقد تفويض المرفق العام المحلي لمدة لا تتعدى 20 يوما و ذلك من اجل جبر السلطة المفوضة على تنفيذ التزاماتها .

و الواضح ان هذه المدة في تعطيل الابرام تتماشى مع مدة الفصل في الدعوى التي يجب ان تتسم بالسرعة حتى لا يتعطل سير المرفق العام و تحقيقا لمبدا الاستعجال[114] .

و في حالة فصل القاضي الاداري الاستعجالي في موضوع يجوز الامر الصادر فيه على حجية الشيئ المقضي فيه و هو ما يجعل السلطة المفوضة ملزمة بتطبيقه حسب المادة 300 من ق ا م و ا .

114- شريط فوضيل ، رباحي مصطفى ، دور القاضي الاستعجالي في عملية تفويض المرفق العام المحلي ، المرجع السابق ، ص ص 1080- 1081 .

المطلب الثاني

اهمية تدخل القاضي الاداري الاستعجالي في الحفاظ على شفافية اجراءات تفويض المرفق العام

يعتبر المال العام المستعمل لتسيير المرافق العامة المحلية الوسيلة الأساسية لاستمرارية تقديم الخدمات العامة وبالجودة المطلوبة لدى المنتفعين منها، وعلى الرغم من الآليات الردعية والوقائية التي حظي بما هذا الأخير من الاعتداء المستمر عليه والذي تطور وخاصة من قبل الأشخاص القائمين على تسييره وذلك بتوظيف الأشخاص غير المؤهلة والأمينة عليه من أجل تطويره وتسييره أو الاستتراف البطيء له، فتكمن أهمية تدخل القاضي الإداري الاستعجالي في النقطتين المهمتين كالتالي :

الفرع الاول

مكافحة الفساد الاداري و المالي

يلعب القاضي الاداري الاستعجالي دورا هاما لا يمكن انكاره في حماية و هدر المال العام بطريقة غير مباشرة عن طريق ممارسة الرقابة القضائية على عقود تفويض المرفق العام المحلي التي تجرى بهذا الشأن مع تصحيحها والتي توصل بالضرورة إلى محاربة الفساد الإداري والمالي الواقع من خلالها، ويتحقق ذلك عن طريق المعالجة الفورية للمشاكل والعقبات التي تحدث في بداية تفويض المرفق العام المحلي وغالبا ما تحصل وتتكرر جراء مخالفة أهم مبدئين يقوم عليهما إبرام العقود الإدارية المتمثلة في الإشهار والمنافسة اللذان يمسان مباشرة باختيار أفضل عرض من المتنافسين الراغبين في التعاقد السلطة المفوضة، أي أن مخالفة هذه المبادئ تؤدي بالضرورة إلى اختيار فاشل للمفوض له والاختيار الفاشل يعني ضياع المال العام وخسارته في المراحل القادمة، ويعدل التحرك السريع والفوري للقاضي الاستعجالي هو ما يعزز ويكافح الفساد الحاصل من خلال هذه العقود[115].

[115]. المرجع السابق ، ص 1082.

الفرع الثاني

تكريس دولة القانون القائمة على مراعاة الحقوق

يكمن السر من فرض سلطة الرقابة مع مراجعة أعمال السلطة المفوضة قبل التعاقد الممنوحة للقاضي الإداري الاستعجالي متى رفعت دعوى استعجال أمامه بخصوص هذا الموضوع في ضمان صحة إجراءات تفويض المرفق العام المحلي قبل السير إلى مراحل الإبرام والتنفيذ هذا النوع من العقود من أجل غاية نبيلة تتمثل في إرساء دولة القانون وحفظ حقوق المتضررين وإقامة الرقابة المانعة، والذي يتحقق من خلال إجبار الأشخاص العامة بأن تراعي الإجراءات التي تكون مطالبة باحترامها لأن خرقها يؤدي حتما إلى تأجيل أو وقف أو إبطال الأعمال أو فرض الغرامات التهديدية التي تفرض من قبله بهذا الخصوم متى تأكد من ذلك[116] ..

[116] المرجع نفسه ,ص 1082.

خاتمة

من خلال تطرقنا لدراسة ضمانات مبدأ المنافسة في اتفاقية تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 18-19 المتعلق بتفويض المرفق العام ، توصلنا الى استخلاص ان مبدأ المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام يعد مبدءا ذا اهمية بالغة ، ذلك ان نجاح اسلوب تفويض المرافق العامة مربوط بحسن اختيار المفوض له ، و حسن اختيار المفوض له لا يمكن ان ياتي الا من خلال تطبيق فعال وواضح لمبدأ المنافسة و ذلك باتباع طرق و صيغ محددة في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، و كذا اجراءات ملزمة على السلطة المفوضة اتباعها و ذلك من خلال منها الاعلان عن المنافسة و عدم التمييز بين المترشحين في المعاملة مما ادى المشرع الجزائري الى فرض رقابة ادارية كضمانة لحماية مبدأ المنافسة خلال ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام ، من اجل وضع حد لكل تعسف يطرأ على مبدأ المنافسة من طرف السلطة المفوضة مما يجعل القضاء الاداري الاستعجالي يتدخل في حالة تجاوز السلطة المفوضة لاجراءات الاشهار و المنافسة في عقود تفويض المرفق العام ،و هنا يكون المشرع الجزائري قد كرس حماية قضائية لمبدأ المنافسة خلال ابرام عقود تفويض المرفق العام .

توصلنا في الاخير الى مجموعة من النتائج نذكر اهمها :

1-يعتبر مبدأ المنافسة مبدأ اساسي خلال ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام .

2-يعتبر مبدا المنافسة قيدا على حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له عند ابرام اتفاقية تفويض المرفق العام من خلال اجبار السلطة المفوضة باتباع طرق و صيغ معينة و اجراءات محددة .

3- تكريس المشرع الجزائري رقابة ادارية تقوم على حماية مبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام و تتمثل في رقابة قبلية التي تنقسم بدورها الى رقابة داخلية و خارجية و تكون قبل ابرام الاتفاقية ، و النوع الثاني من الرقابة هي الرقابة البعدية و تكون بعد تنفيذ العقد .

4-تدخل القاضي الاستعجالي الاداري بصلاحياته يكون مقرون برفع دعوى استعجالية من قبل المتضررين اذ ان عدم وجودها يعني عدم تدخله .

5- صلاحيات القاضي الاداري الاستعجالي في توقيف توقيع ابرام عقد تفويض المرفق العام المحلي لمدة 20 يوما .

6- الاحكام التي يصدرها القاضي الاداري الاستعجالي تقيد مؤقتا عمل السلطة المفوضة في حالة تدخله اي انها تعطل العمل و لا تلغى .

قائمة المراجع

اولا :بالغة العربية

أ: الكتب

1- حسين فريجة ، شرح المنازعات الادارية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011

2- عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دط، دار هومة للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر،د س ن .

3- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماني ،العقود الادارية و احكام ابرامها ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، سنة 2008 .

4- منصور محمد احمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ احكام القضاء الاداري الصادرة ضد الادارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2002 .

ب: الاطروحات و المذكرات الجامعية

1/ الاطروحات الجامعية

1-براهمي فضيلة ، مبدأ المنافسة الحرة في حالة التسيير المفوض للمرافق العامة ، اطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2020 .

2- فوناس سوهيلة ، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2018.

2/ مذكرات الماجستير

1- بلعابد عبد الغاني، الدعوى الاستعجالية الاداريةو تطبيقاتها في الجزائر، دراسة تحليلية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع المؤسسات السياسية و الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم قانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008 .

2- بركايل رضية ، الدعوى الاستعجالية طبقا للقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

3- كلوفي عزالدين، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المجنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون العام الأعمال ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2021.

4- يعقوبي يوسف،الاستعجال في المادة الادارية في ضوء القانون الاجراءات المدنية و الادارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، قانون العام،جامعة باجي مختار،عنابة،2011.

3/ مذكرات الماستر

1- بن معزوز خديجة، عياش لامية، منازعات الصفقات العمومية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، الفرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2011 .

2- بودراع فوزية ، بولقارية ليدية ، التسيير المفوض في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الاداري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2020 .

3- بوزردوم خيرة ، بوالوذنين شيماء ، الرقابة الادارية على اتفاقية تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 18-199 ، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر اكاديمي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، 2022 .

4- حجوط كريمة ، موساوي سهام ، القضاء الاستعجالي العادي في ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2015 .

5- كندي شهيناز ، رقابة تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2019/2018 .

4/ مذكرات الليسانس

1- شحمي حليمة، الإستعجال في المادة الإدارية، مذكر لنيل شهادة ليسانس، ميدان العلوم القانونية و السياسية، الشعبة حقوق، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، 2014 .

ج/ المجالات

1-أونيسي ليندة ، «الرقابة الادارية على تفويضات المرفق العام للجماعات المحلية» ، **مجلة الحقوق و العلوم السياسية** ، جامعة خنشلة ، المجلد 07 ، العدد 02 ، جوان ، 2020 ، ص ص

2- ايمان وناس، فاطمة الزهراء الفاسي ، مبدا المنافسة في ابرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر ، مجلة ابحاث ، المجلد 06 ، العدد 02 ، ص ص 137-153 .

2- 3-دهمة مروان ،« القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية» **، مجلة التمكين الاجتماعي** ، المجلد 02 ، العدد 03 ، جامعة غرداية ، الجزائر ، سبتمبر 2020 ،ص ص 122-139 .

4- شباب حميدة ، بوادي مصطفى ، «الرقابة الادارية على اتفاقية تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي 18-199» ، **مجلة الدراسات الحقوقية** ،المجلد 08 ، العدد 1 ، مخبر الدراسات القانونية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة د مولاي الطاهر ،سعيدة ، الجزائر ، ماي ، 2021 ، ص ص 681- 709 .

5- شريط فوضيل و رياحي مصطفي « صلاحيات السلطة المفوضة في تفويض مرافق الجماعات المحلية وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 18- 199» ، **مجلة العلوم الانسانية** ، المجلد 30 ، عدد03، ديسمبر 2019 .

6- شريط فوضيل ، رباحي مصطفى ،« دور القاضي الاداري الاستعجالي في عملية تفويض المرفق العام المحلي »، **مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية** ، المجلد 35 ، العدد 02 ، قسنطينة ، الجزائر ، 2021 ، ص ص 1061-1086 .

7- محفوظ عبد القادر، «القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في التشريع الجزائري، الإتحاد الوطني لمنظمة المحاميين بوهران» ، "**مجلة الدفاع**"، العدد2، مارس 2014

8- هبهوب فوزية ، «رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي على منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري» ، **مجلة الابحاث القانونية** ، مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن مركز جيل البحث العلمي ، العدد 4 ، الجزائر، 2016

9- يعسى تمام أمال، حاجة عبد الغاني، «دعوى وقف التنفيذ القرارت الإدارية بناءا على أمر إستعجالي على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09» ، **مجلة فكرية**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خيضر، بسكرة، العدد 4، د س

د/ الملتقيات

1- بزاحي سلوى زوجة بومقورة ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، استاذة مساعدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية .

2- فقير محمد، رقابة القاضي الاداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل ابرامها في التشريع الجزائري و التشريع المقارن،اليات وقائية لحماية المال العام، اعمال الملتقى الوطني السادس حول"دور الصفقات العمومية في حماية المال العام" ،جامعة الجزائر،ماي 2013 .

و/ النصوص القانونية

أ-النصوص التشريعية

1- القانون رقم 17-02 مؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، ج.ر.ج.ج، عدد 02 صادرة في 11 جانفي 2017 .

2- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج.ر.ج.ج ، عدد 21 ، صادر في 23 ابريل سنة 2008 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022 ، ج.ر ، عدد 48 .

3- قانون رقم 05-12 المؤرخ في الثاني من اوت سنة 2005 ، المتعلق بالمياه ، ج.ر.ج.ج.د.ش ، عدد 60 صادرة في 4 سبتمبر 2005 المعدل بموجب القانون 08-03 المؤرخ في 23 جانفي 2008 ، ج.ر، عدد 44 الصادرة في 27 جانفي 2008 ، المعدل و المتمم بموجب الامر 09-02 المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، ج ر عدد 44 صادرة في 26 جويلية 2009.

ب –النصوص التنظيمية

1- مرسوم رئاسي رقم 15-247 ، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ج ر ج ج ش د ، عدد 50 ، صادرة في 20 سبتمبر 2015 .

2- مرسوم تنفيذي رقم 18-199 ، المؤرخ في 20 ذي القعدة 1439 هـ الموافق ل 2غشت 2018 ، المتعلق بتفويض المرفق العام ، الجريدة الرسمية ، العدد 48 ، الصادر في 23 ذي القعدة 1439 الموافق ل 5 غشت 2018.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

A- Ouvrages

- **Livres**

1 DROBENKO Bernard ، Droit de l'eau ، èdition Gualine ، Paris، 2008.

- **Article**

1 CYRILLE BARDON, **«le réfère contractuelle premier es précision jurisprudentielles»** , revue de réfère contractuelle, N04, Paris، novembre 2010**.**

2 JEAN BERNAR ; **«Juriscllasique Administratif»** , revue de référence précontractuelle , aout 2003.

الفهرس

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

مقدمة 0

الفصل الأول: التقيد من حرية السلطة المفوضة اختيار المفوض له 5

المبحث الأول التزام السلطة المفوضة باحترام اجراء الطلب على المنافسة 6

المطلب الاول المقصود بالطلب على المنافسة 6

الفرع الاول تعريف الطلب على المنافسة.....7

الفرع الثاني خصائص الطلب على المنافسة 8

المطلب الثاني احترام اجراء الاعلان المسبق 11

الفرع الاول إعلان الطلب على المنافسة 11

الفرع الثاني خصائص الاعلان المسبق للمنافسة 12

اولا: محتوى الإعلان..... 12

ثانيا: وسائل نشر الاعلان..... 12

المبحث الثاني خضوع السلطة المفوضة للرقابة الادارية 14

المطلب الاول الرقابة القبلية الداخلية (لجنة اختيار و انتقاء العروض) 15

الفرع الاول التعريف بلجنة اختيار و انتقاء العروض 15

الفرع الثاني مهام لجنة اختيار و انتقاء العروض 16

اولا: مرحلة فتح العروض 16

ثانيا: مرحلة فحص ملفات التعهد 17

ثالثا: مرحلة فحص العرو ض 18

رابعا: مرحلة المفاوضات 19

المطلب الثاني الرقابة القبلية الخارجية (رقابة لجنة تفويضات المرفق العام) 20

الفرع الاول تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام..... 21

اولا: على مستوى الولاية..... 21

ثانيا: على مستوى البلدية..... 22

الفرع الثاني مهام لجنة تفويضات المرفق العام 23

اولا: الدراسة و الموافقة على مشروع دفتر الشروط..... 23

ثانيا: رقابة اللجنة لمشاريع اتفاقيات المرفق العام 25

ثالثا: رقابة مطابقة مشاريع الملاحق للتنظيم المتعلق بتفويضات المرفق العام..... 25

رابعا: منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة..... 26

خامسا: دراسة الطعون المودعة لديها 27

المطلب الثاني الرقابة البعدية..... 28

الفرع الاول مستويات الرقابة البعدية 28

اولا: الرقابة الكلية 28

ثانيا: الرقابة الجزئية 30

الفرع الثاني صور الرقابة البعدية 32

اولا: الرقابة البعدية المباشرة 32

ثانيا: الرقابة البعدية غير المباشرة 35

الفصل الثاني : الرقابة القضائية ضمانة لحماية مبدا المنافسة الحرة في عقود تفويض المرفق العام 37

المبحث الاول تكريس رقابة القضاء الاستعجال الاداري حماية لمبدأ المنافسة في عقود تفويض المرفق العام..... 39

المطلب الاول : دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي الية لحماية مبدا المنافسة 40

الفرع الاول شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدي الية لحماية مبدا المنافسة 40

اولا : الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية..... 40

ثانيا : الشروط الخاصة لرفع دعوى الاستعجال..... 44

الفرع الثاني خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدي 47

أولا : هي تقنية قضائية قبل تعاقدية 48

ثانيا : الدعوى الاستعجالية تخول القاضي الإداري سلطات واسعة 48

ثالثا : تطرق القاضي الإداري في الموضوع..... 48

رابعا : دعوى قضاء مستعجل 48

المطلب الثاني حالات تدخل القاضي الاداري الاستعجالي كضمانة لحماية مبدا 49

الفرع الاول خرق قواعد الاشهار و المنافسة..... 49

الفرع الثاني اختيار السلطة المفوضة لاجراءات غير لائقة خلال عملية الابرام 50

الفرع الثالث وضع مواصفات تفضيلية لاحد المترشحين..... 52

الفرع الرابع حرمان و استبعاد احد المترشحين دون وجه حق..... 52

الفرع الخامس الاخلال بقواعد اختيار المفوض له 53

المبحث الثاني صلاحيات القاضي الاداري الاستعجالي في حماية مبدا المنافسة في عقود تفويض المرفق العام 57
المطلب الاول سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على السلطة المفوضة 57
الفرع الاول سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على السلطة المفوضة 57
اولا – توجيه الاوامر بالامتثال مع تحديد اجل لذلك 58
ثانيا – فرض الغرامات التهديدية 58
الفرع الثاني سلطات القاضي الاداري الاستعجالي على اعمال السلطة المفوضة 58
اولا : الغاء القرارات المتعلقة بتكوين العقد 59
ثانيا : ابطال بعض الشروط التعاقدية التعسفية 59
ثالثا :سلطة وقف امضاء العقد 59
المطلب الثاني اهمية تدخل القاضي الاداري الاستعجالي في الحفاظ على شفافية اجراءات تفويض المرفق العام 60
الفرع الاول مكافحة الفساد الاداري و المالي 60
الفرع الثاني تكريس دولة القانون القائمة على مراعاة الحقوق 61
خاتمة 62
قائمة المراجع 66
الفهرس 73

ضمانات حرية المنافسة في اتفاقية تفويض المرفق العام

ملخص

يعتبر مبدأ المنافسة من أهم المبادئ التي تحكم مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، ذلك أن نجاح مثل هذا النوع من أساليب تسيير المرافق أساسا بحسن اختيار المفوض له، وحسن اختيار المفوض له لا يمكن أن يتأتى إلا من خلال تكريس فعال وواضح لمبدأ المنافسة وما العامة مرتبط يفرضه هذا الأخير من إتباع طرق وإجراءات محددة يتوجب على السلطة المفوضة الالتزام بها عند إبرامها لعقود التفويض، ومنه فإن هذه الدراسة التفويض تهدف إلى تسليط الضوء على ضمانات حماية مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وذلك من خلال التطرق إلى .إلى الآليات التي وضعها المشرع الجزائري من أجل ضمان تكريس فعال للمنافسة والتي تتمثل في الرقابة الادارية المنقسمة بدورها الى الرقابة الداخلية و الخارجية ، اضافة الى الرقابة القضائية المتمثلة في دور القاضي الاداري الاستعجالي في حماية مبدأ المنافسة خلال ابرام عقود تفويض المرفق العام.

Résumé

Le principe de concurrence est considéré comme l'un des principes les plus importants qui régissent l'étape de conclusion des contrats d'autorisation de service public, car le succès de ce type de méthodes de gestion des installations est essentiellement dû au bon choix du commanditaire et au bon choix de le commissaire, ce qui ne peut être réalisé que par un attachement efficace et clair au principe de concurrence et à ce qui concerne le public, ce dernier imposant les méthodes et procédures spécifiques suivantes que l'autorité déléguée doit respecter lors de la conclusion des contrats d'autorisation. Ainsi, l'étude sur l'autorisation vise à mettre en lumière les garanties de protection du principe de concurrence dans la conclusion des contrats d'autorisation pour l'installation la plus élevée, en abordant les mécanismes mis en place par le législateur algérien afin d'assurer un dévouement effectif à la concurrence, qui est représenté par le contrôle administratif, lui-même divisé en contrôle interne et externe, en plus du contrôle judiciaire. Dans le rôle urgent du juge administratif dans la protection du principe de concurrence lors de la conclusion des contrats d'autorisation de service public.