مجلة أبحاث
ISSN: 0834-2170
EISSN2661-734X
المجلد 06 / العـدد: 02 (2021)، ص 137– 153

مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر

The competition Principle in Signing the Mandate contracts of the General Facility in Algeria

ط.د/ **إيمان وناس** *، جامعة باجي مختار –عنابة– Ounnasimane90@gmail.com
د/ **فاطمة الزهراء الفاسي**، جامعة باجي مختار –عنابة– Elfassifatmazohra123@gmail.com

تاريخ الاستلام: 21 /2021/09 تاريخ القبول:29 /11/ 2021 تاريخ النشر : 2021/12/31

ملخص:

يعتبر مبدأ المنافسة من أهم المبادئ الّتي تحكم مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، ذلك أنّ نجاح مثل هذا النوع من أساليب تسيير المرافق العامّة مرتبط أساسا بحسن اختيار المفوّض له، وحسن اختيار المفوّض له لا يمكن أن يتأتّى إلّا من خلال تكريس فعال وواضح لمبدأ المنافسة وما يفرضه هذا الأخير من إتباع طرق و إجراءات محددة يتوجب على السلطة المفوضة الالتزام بها عند إبرامها لعقود التّفويض، ومنه فإنّ هذه الدراسة تهدف إلّى تسليط الضوء على مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، وذلك من خلال التطرق إلى الإطار المفاهيمي لكل من التّفويض والمنافسة، ثم إلّى الآليات الّتي وضعها المشرع الجزائري من أجل ضمان تكريس فعال للمنافسة

الكلمات المفتاحية: تفويض المرفق العام؛ مبدأ المنافسة؛ السلطة المفوضة؛ المفوض له؛ طرق وإجراءات الإبرام.

Abstract:

The competition principle is considered as one of the most important principles that governs the stage of signing the mandate contracts of the general facility, the success of this kind of public facilities management is related to the good choice

of the commissioner. The good choice of the commissioner can not be ; only through effective and clear consecration of the competition principle , and what this last imposes regarding the techniques and the procedures that the delegated authority must comply with when signing the mandate contracts . Therefore, this article aims to highlight the competition principle in signing the mandate contracts of the general facility, by addressing the conceptual framework of both the authorization and the competition, then the mechanisms that are set by the Algerian legislator in order to ensure effective consecration of the competition.

Keywords: Mandate of the general facility; competition principle; delegated authority; the commissioner; the signing techniques

* **المؤلف المرسل: إيمان وناس**

. مقدمة:

تعتبر المرافق العامة الأداة الهامة الّتي تستعملها الدّولة لتلبية الحاجيات العامة لمواطنيها، لذلك فإنّها غالبا ما تبحث عن أنجع وأمثل الطرق لتسييرها، وتلجأ إلّى التّحديث والتّطوير فيها، بهدف ضمان فعالية أكثر في التّسيير والتّحسين من نوعية وجودة الخدمة العمومية، وهو ما ظهر جليا في الجزائر من خلال تبني أسلوب جديد في التّسيير ألّا وهو أسلوب تفويض المرفق العام، حيث أنّ المشرع الجزائري اعتمد على مثل هذا النّوع من أساليب التّسيير أول مرة من خلال القانون رقم 05-12 المتعلّق بالمياه، ثم بموجب القانون رقم 11-10 المتعلّق بالبلدية، إلّا أنّ هذا الاعتماد بقي مشوبا بالعديد من النقائص أهمها عدم وجود نظام قانوني موحد ومتكامل ينظّم عقود تفويض المرفق العام في الجزائر، وهو الوضع الّذي تم تداركه لاحقا عندما تبنّت الدّولة الجزائرية صراحة آلية التّفويض وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ثم بموجب المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 المتعلّق بتفويض المرفق العام، هذه الآلية الّتي غالبا ما تهدف إلّى إشراك أشخاص القانون الخاص في تسيير المرافق العامة، ومنه فإنّ عقود التّفويض تهدف إلى خلق مناخ تنافسي بين المرشّحين لتسيير المرفق العام وإبرام عقود متوازنة بين الطرفين، إذ تعدّ مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام من أهم المراحل الّتي يمر بها هذا الأخير، ذلك أنّ نجاحه مرتبط أساسا بالاختيار الأفضل والأحسن للمفوض له تسيير المرفق، بالإضافة إلّى أنّ مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام تعتبر من أكثر المراحل الّتي مسها التّعديل والتّحديث، فبعد أن كان مستقرا في السابق حرية الإدارة في اختيار المفوض له دون أن يتقيد هذا الاختيار بأي قيد يذكر استنادا لمبدأ الاعتبار الشخصي لعقود التّفويض، أصبح الوضع الجديد يفرض على الإدارة ويقيّدها بإعمال مبدأ المنافسة و ما يفرضه هذا المبدأ من طرق وإجراءات يتوجب على السلطة المفوضة اتباعها عند ابرامها لعقود تفويض المرفق العام.

من خلا ل ما تقدّم يمكن القول بأنّ موضوع المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام يكتسي أهمية بالغة، خاصة في ظل الظروف الاقتصادية الّتي تمر بها الدّولة الجزائرية في الوقت الحالي، حيث أصبحت هذه الأخيرة تبحث عن بدائل إضافية لتمويل مشاريعها، وتأمين سير مرافقها العامة، ومنه اللّجوء إلّى موارد مالية خارج ميزانيتها العامة، وذلك عن طريق الاستعانة بأشخاص أخرى غالبا ما تكون من أشخاص القانون الخاص في تسيير المرافق العامة، وذلك لا يتسنى إلّا عن طريق فتح المجال أمام الخواص للتنافس على تولي مهمة تسيير المرافق المفوضة، حيث أنّ إعمال وتكريس منافسة فعالة يفسح المجال أمام السلطة المفوضة للاختيار الدقيق والصائب، كما يستقي الموضوع أهميته من أهمية مبدأ المنافسة في حدّ ذاته، حيث يعتبر هذا الأخير مبدأ منبثق من مبدأ آخر ألا وهو مبدأ حرية الصناعة والتجارة على اعتباره مبدأ مكفولاً دستوريا تم النص عليه بموجب المادة 43 من الدستور الجزائري في آخر تعديل له.

من خلال ما سبق يمكن صياغة إشكالية المقال على النحو الآتي:

- **ما مدى تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام؟**

تحت هذه الإ شكالية الرئيسية تطرح الإشكاليات الفرعية التالية:

- ما المقصود بتفويض المرفق العام ومبدأ المنافسة؟
- ما هي الآليات الّتي وضعها المشرع الجزائري لضمان تكريس فعال للمنافسة عند اختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام؟

كما أنّه لكل دراسة هدف، و الهدف المتوخى من دراسة موضوع مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، هو البحث عن كل ما يتعلّق به في النصوص القانونية الجزائرية الّتي نظّمت أحكامه، وكذا التّعرض إلى تحليلات الفقه بخصوصه، ومن ثم الخروج ببحث يشمل الجوانب النظرية والعملية المتعلّقة به.

منه وللوصول إلى الأهداف المرجوة من البحث، وللإجابة على الإشكالية المطروحة، بدراسة قانونية علمية واضحة اتّبعنا المنهج الوصفي –أساسا– الّذي بواسطته تم الاستقصاء عن موضوع هذا البحث، بجمع البيانات المتعلّقة به، ثم تصنيفها وتبويبها بغرض توضيح الرؤية للجوانب النظرية والقانونية المتعلّقة بالموضوع، كما تمّت الاستعانة بالمنهج التّحليلي وذلك من خلال حصر النصوص القانونية والتّنظيمية المتعلّقة بالموضوع، والعمل على تحليلها على ضوء ما لدينا من مادة علمية في هذا الموضوع، كما سيتم الاستعانة في بعض المواضع بالمنهج المقارن على سبيل الاستئناس.

ممّا تقدّم وللإجابة على الإشكالية المطروحة، مع مراعاة عدم الخروج عن العناصر الأساسية لموضوع الدراسة، ارتأينا تقسيم عناصر المقال إلّى مبحثين، **مبحث أول** نتعرض من خلاله إلّى الإطار المفاهيمي لكل من تفو يض المرفق العام ومبدأ المنافسة في الجزائر، **ومبحث ثان** سنتطرق فيه إلّى آليات تكريس مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لتفويض المرفق العام ومبدأ المنافسة في الجزائر

يعتبر التفويض آلية من آليات تسيير المرافق العامة، ووجه من أوجه الشّراكة بين القطاعين العام والخاص في الجزائر، حيث يعدّ هذا الأخير مفهوم قانوني ومصطلح جديد في حقل القانون الإداري الجزائري، تم النص عليه صراحة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ثم بموجب المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 المتعلّق بتفويض المرفق العام، إذ أخضع المرسوم التّنفيذي المذكور آنفا إبرام عقود تفويض المرفق العام إلّى قواعد المنافسة، وبالتّالي فإنّنا سنتعرض في هذا المبحث إلى مفاهيم الدّراسة وذلك من خلال التّطرق إ لّى مفهوم تفويض المرفق العام في مطلب أول، ومفهوم مبدأ المنافسة في مجال عقود تفويض المرفق العامّ في مطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

لأجل الإحاطة بمفهوم تفويض المرفق العام فإنّنا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، فرع أول نخصصه لدراسة تعريف تفويض المرفق العامّ، وفرع ثان نناقش من خلاله أشكال تفويض المرفق العامّ.

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام

لم يعرف المنظّم الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تفويض المرفق العام، بل اكتفى فقط بذكر العناصر الأساسية المكونة له، إلّا أنّه وبصدور المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 الصادر تطبيقا لأحكام المادتين 207 و210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور أعلاه عرفت المادة الثّانية (02) منه تفويض المرفق العام كالآتي: " **يقصد بتفويض المرفق العام، في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التّابعة للسلطات العمومية، لمدّة محدّدة، إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام**" ، وبالمقابل وعلى سبيل المقارنة فقد عرف المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام على أنّه :" **العقد الّذي بموجبه يعهد شخص معنوي**

عام مسؤولية تسيير مرفق عام إلى مفوض له يكون إما من أشخاص القانون العام أو الخاص، ويرتبط المقابل ارتباطا جوهريا بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يكلّف المفوض له بإقامة منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية للمرفق".

كما يعرف الفقه تفويض المرفق العام بأنّه عقد يخول بموجبه الشخص المعنوي العام مهمة تنفيذ مرفق عام إلى مفوض له يتحمل المخاطر، خاصة المالية(Mondou,2006,p11) ، ويعرف كذلك التّفويض بأنّه تصرف يقوم على إسناد إدارة مرفق عام معين إلى شخص عام أو خاص، في مقابل أن يقوم هذا الأخير بجباية إتاوات من المنتفعين من خدمة المرفق العام (مختار نوح، 2005، ص810) كما يعرف بأنّه العقد الّذي يحول شخصا من القانون العام (الدّولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية) تسيير واستغلال مرفق بكل مسؤولياته وما يحمله من أرباح وخسائر، حيث يتحصل المفوض له في تفويض المرفق العام على المقابل المالي للتّسيير والاستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل أدائه للخدمة، أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون هذا المقابل المالي مرتبطًا باستغلال المرفق وناتجا عن تشغيله، ويكون هذا الاستغلال لمدّة معينة(ضريفي، 2010، ص141).

بناء على ما سبق نستنتج بأنّ تفويض المرفق العام يقوم على مجموعة من العناصر الأساسية الّتي تميزه عن غيره من العقود الإدارية وأساليب تسيير المرافق العامة الأخرى، وهذا ما سنتعرض له بإيجاز في النقاط المبينة أسفله:

- يجب أن يكون محل التّفويض استغلال وتسيير مرفق عام، يهدف إلّى تحقيق منفعة عامة، وأن يكون هذا المرفق قابلا للتّفويض.
- ضرورة قيام علاقة تعاقدية بين الإدارة العامة مانحة التّفويض والمفوَّض له، حيث أنّ تفويض المرفق العام هو عقد إداري يبرم بين طرفين: شخص معنوي عام وشخص أخر طبيعي كان أو معنوي عام أو خاص.
- ضرورة ارتباط المقابل المالي للمفوَّض له في عقود تفويض المرفق العام ارتباطًا جوهريا بنتائج استغلال المرفق.
- يعتبر تفويض المرفق العام عقدا محدّد المدّة (المادة 66 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018)، ذلك أنّ الهدف منه ليس التّخلي الكلي أو التّنازل ا لنهائي عن المرفق، إنّما هو أسلوب يهدف إلّى تحسين أداء المرفق العام من خلال إشراك القطاع الخاص في التّسيير تحت رقابة وإشراف الشّخص المعنوي العام مانح التّفويض "السلطة المفوضة".

الفرع الثّاني: الأشكال الأساسية لعقود تفويض المرفق العام

تنص المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في فقرتها الأولى على ما يلي: " **يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التّفويض، والخطر الّذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفّزة أو التّسيير، كما هو محدد أدناه...**"، وكذا تضمنت المادة 52 من المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 على الآتي: " **يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أربعة (04) أشكال: – الامتياز –الإيجار –الوكالة المحفّزة – التّسيير**" ، وبهذا فإننا سنتطرق إلى الأشكال الأساسية الّتي أوردها المنظّم الجزائري في المادتين السابقتين كما يلي:

أولا: عقد الامتياز

يعرف عقد امتياز المرفق العام على أنّه عقد يهدف إلّى تحويل مسؤولية تسيير مرفق عام إلّى 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 هذا

الأخير مدّة زمنية تسمح له باسترجاع تكاليف الاستثمارات المقدّمة (Berbari, 2000, p 09)ومنه يمكن رد أهم العناصر الّتي يقوم عليها الامتياز فيما يلي:

- الامتياز هو عقد إداري تعهد من خلاله السلطة المفوضة إلى المفو ض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما أن تعهد له فقط باستغلال المرفق.
- يتحمل المفوض له في الامتياز مخاطر استغلال المرفق العام بنفسه، ذلك أنّ 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 لأنّ الملتزم يتكفّل بالتّغطية المالية للمشروع، وبالتّالي فإنّ من حقه الحصول على عائدات مالية مباشرة من المنتفعين لقاء ما قدّمه من خدمة (بوضياف، 2013، ص 470).
- عقد الامتياز عقد محدّد المدّة، حيث حدّدت المادّة 53 من المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 المدّة القصوى له بثلاثين (30) سنة.

ثانيا: عقد الإيجار

إيجار المرفق العام هو عقد إداري، وشكل من أشكال تفويض المرفق العام، تعهد من خلاله الأشخاص المعنوية العامة في الدّولة إلى شخص أخر طبيعي كان أو معنوي عام أو خاص يسمى "المستأجر"، استغلال وصيانة مرفق عام لمدّة زمنية محددة، ويتحصل المستأجر على أجره من خلال الاتاوات الّتي يتلقّاها مباشرة من المنتفعين بخدمات المرفق العام. من خلال هذا التعريف يمكن إيجاز العناصر الّتي يقوم عليها عقد إيجار المرفق العام على النحو التّالي:

- محل عقد الإيجار هو استغلال مرفق عام، حيث تقوم الإدارة المؤجرة بإنشاء المرفق وإقامته، وتمنحه للمستأجر جاهزا ليتولّى عملية التّسيير والصيانة، كما يلتزم مستأجر المرفق بدفع مقابل مالي للجهة الإدارية المؤجرة، إذ يقوم المستأجر بتحصيل مقابل من المنتفعين، نتيجة استغلال المرفق، ويلتزم بأن يعطي الإدارة المؤجرة جزءا من العائدات الّتي حصلها من المنتفعين، حيث يأخذ هذا المقابل شكل إتاوة سنوية (احمد عثمان، 2016-2017، ص 112).
- إيجار المرفق العام هو عقد محدّد المدّة، حيث حدّدت المادّة 54 من المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 مدّته بخمس عشرة (15) سنة، كحدّ أقصى (المادّة 54 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018).

ثالثا: عقد الوكالة المحفّزة

يمكن تعريف عقد الوكالة المحفّزة أو كما تعرف بـ "مشاطرة الاستغلال" بأنّها عقد من خلاله يعهد بمهمة تسيير المرفق العام إلى شخص أخر يسمى "المستغل"، حيث تحدّد الإدارة العامة الثمن الّذي يدفعه المنتفعين، ويتحصل المستغل على مقابله المالي من خلال مكافأة محدّدة تمنحها له الإ دارة، إذ يتكون هذا المقابل المالي من عنصرين، عنصر ثابت، وعنصر متغير يعتمد على نتائج الاستغلال، وبالإضافة إلى ذلك فإنّ الاستقلالية في التّسيير للمستغل في أسلوب مشاطرة الاستغلال غالبا ما تكون أقل أهمية منها في أسلوبي الامتياز والايجار" (Bezançon, Cucciarini, Cossalter , 2007, p 257) ، ومنه يمكن ردّ أهم عناصر الوكالة المحفّزة في ما يلي:

- الوكالة المحفّزة 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.
- يُحصل المفوض له تعريفات من مستعملي المرفق العام لحساب السلطة المفوضة المعنية، ويتحصل المفوض له على أجره مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدّد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة انتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء(بدير، جوان 2017، ص ص 136-137).
- تحدد مدّة تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفّزة، بعشر (10) سنوات، كحدّ أقصى (المادة 55 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018).

رابعا: عقد التّسيير

يعرف عقد تسيير المرفق العام بأنّه العقد الّذي يتولّى بمقتضاه صاحب التّفويض إدارة واستغلال مرفق عام لحساب الشخص العام، مقابل أجر يحدّد بمبلغ مقطوع في العقد، يدفع من قبل الشخص العام، ويقتصر دور صاحب التّفويض في عقد الإدارة على القيام بأعمال الصيانة الضرورية، لمدّة قصيرة لا تتجاوز الخمس سنوات (محي الدين القطب، 2009، ص ص 459-460).

المطلب الثّاني: مفهوم مبدأ المنافسة في مجال عقود تفويض المرفق العام

في هذا المطلب سنحاول الإحاطة بمفهوم مبدأ المنافسة في مجال عقود تفويض المرفق العام وذلك بتقسيمه إلى فرعين، فرع أول نتعرض من خلاله إلى تعريف المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، أما الفرع الثّاني فسنخصصه للمبادئ الأخرى الدّاعمة للمنافسة عند إبرام عقود التّفويض.

الفرع الأول: تعريف مبدأ المنافسة في مجال عقود تفويض المرفق العام

لم يضع الأمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة، تعريفا لمبدأ المنافسة بصفة عامة بل أنّه اكتفى فقط بالنص على الهدف المتوخى من هذا الأمر، ذلك عندما نصت المادة الأولى منه على ما يلي: " **يهدف هذا الأمر إلّى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية ، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف المستهلكين**" وكذا نفس الوضع بالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التّنفيذي رقم 18-199 المتعلّق بتفويض المرفق العام، حيث لم يضع كلا النصين القانونيين تعريفا لمبدأ المنافسة عند إبرام تفويض المرفق العام على الرغم من اتجاه كليهما إلى تكريس مبدأ المنافسة عند إبرام مثل هذا النّوع من العقود الإدارية.

وعليه يمكن تعريف المنافسة الحرة بأنّها فتح باب التزاحم أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقضي بأن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لغيره، أو على حسابهم (مختار نوح، 2005، ص 496) ، ومبدأ المنافسة في مجال إبرام عقود تفويض المرفق العام هو مبدأ يهدف إلى تحقيق جودة أكبر في شخصية المفوض له ويزيد من سعة مجال اختيار الإدارة، ويتماشى مع التّوجه الاقتصادي الجديد الّذي يدعو إلى تقديم عدّة عروض تدرس من قبل الإدارة وفق المعايير الموضوعة مسبقا حتى يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة، والمنافسة أصبحت في السنوات الأخيرة من المواضيع الجديدة والهامة للقوانين المنظّمة للمرافق العامة سواء المحلية منها أو الوطنية حيث لم يعد الأمر يقتصر فقط على المرافق الصناعية والتجارية بحكم طبيعتها والّتي تهدف إلى

الانتاجية والربح بل تعدّت إلى المرافق الادارية الّتي لم تصبح بمأمن عن هذا التطور في المفاهيم التي تحكم سير المرافق العامة والذي يؤكد إمكانية تطبيق أسلوب المنافسة على المرافق العامة الصناعية والتجارية وحتى الإدارية (حوادق، 2011-2012، ص 214).

ويستند مبدأ المنافسة بوصفه أحد المبادئ الأساسية الّتي تحكم إبرام جميع العقود الإدارية بما فيها عقود تفويض المرفق العام على مجموعة من الأسباب والّتي كانت سببا في ظهوره وتكريسه، حيث نذكر من بين هذه الأسباب ما يلي:

- المصلحة المالية للسلطة المفوضة تستلزم توسيع قاعدّة التنافس، ذلك بالسماح لكل الراغبين في التّقدّم لغرض التّعاقد مع السلطة المفو ضة، حيث أثبتت التّجربة دائما أنّ استقطاب أكبر عدد ممّكن من المتنافسين الراغبين بالتّعاقد مع الإدارة يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممّكن ممّا يفضي إلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة.
- المنافسة من شأنها أن تحافظ على النّزاهة في عملية إبرام العقد، وتمنع شبهة المحاباة مع الإدارة وموظّفيها الّذين يتولّون عملية إبرام عقد التّفويض، إذ أثبتت التّجارب والخبرات التّاريخية أنّ فتح باب السلطة التّقديرية أمام الإدارة لأجل اختيار متعاقديها قد أدّى إلى كثير من الفساد (النعيمي، ماي 2017، ص 59)
- بالإضافة إلى تحول الـ دّولة إلّى الحرية الاقتصادية ونظام اقتصاد السوق يفرض عليها الاعتماد على مبدأ المبادرة الخاصة والمنافسة الحرة في نظامها الاقتصادي، وذلك لمواكبة التحولات العالمية الّتي تتميز بتراجع دور الدّولة في النشاط الاقتصادي، وفتح المجال أمام القطاع الخاص للا ستثمار وممارسة الحرية التجارية والصناعية (كتو، 2010، ص 04).

الفرع الثّاني: المبادئ الدّاعمة للمنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام

نصت المادّة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على المبادئ الأساسية الّتي تخضع لها مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، حيث تضمنت على الآتي: "**تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلّى المبادئ المنصوص عليها في المادّة 5 من هذا المرسوم**"، وبالرجوع إلى المادّة 05 من نفس المرسوم الرئاسي، نجدها تنص على أنّه: "**لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للـ مال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشّحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم**"، ومنه فإنّ هذه المبادئ إنّما تعتبر في حقيقة الأمر مبادئ داعمة ومكملة للمنافسة، لهذا سنتعرض في هذا الفرع إلى المقصود بكل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة من خلال النقاط المبينة أدناه.

أولا: مبدأ حرية الوصول للطّلبات العمومية

مضمون هذا المبدأ هو إعطاء الحق لكل أشخاص القانون العام والخاص على حدّ السواء والمختصين بنوع واحد من النّشاط الّذي ترمي السلطة المفوضة تفويض تسييره، أن يتقدّموا قصد التّعاقد مع أحدهم دون أي تمييز بينهم، وحظر كل ممارسة تهدف إلى الحدّ من الدّخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة ممّا يحرمهم من منافع المنافسة، وذلك عملا بأحكام المادّة 06 من الأمر 03-03 المتعلّق بالمنـ افسة، ووفق الشروط المحدّدة ضمن دفاتر الشّروط، ولا يتحقّق مبدأ حرية وصول المتعهدين للطّلبات العمومية إلّا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث كيفيات إبرام عقد التّفويض، أو من حيث إجراءات إبرامه (زمال، 2017، ص 165)

ثانيا: مبدأ المساواة في معاملة المترشّحين

يقوم هذا المبدأ على أساس أنّ جميع المتقدّمين بعطاءاتهم يكونون على قدم المساواة مع بقيّة المتنافسين، وليس للإدارة أن تُقيم أيّ تمييز غير مشروع بينهم، فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيره، إلّا أنّ هذا القيد لا ينبغي تعميمه، إذ أنّ الإدارة تستطَيع أن تفرض شروطا إضافية على المتقدّمين إليها تضمن توفّر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلّا لفئة معينة من الراغبين في التّعاقد (الرحبي، 2013-2914، ص 93) ، ومنه فإنّ مبدأ المساواة بين المترشّحين في مجال عقود تفويض المرفق العام يقتضي ألّا ينطوي معيار اختيار المفوض له على طابع تمييزي، وبالتّالي يعدّ هذا المبدأ ضمانة للمنافسة الحرة في مثل هذا النّوع من العقود الإدارية، ويستند هذا المبدأ كذلك على دعامة أخرى هي تكافؤ الفرص بين المترشّحين، بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية، ممّا يضفي الشّفافية على العملية بل يمتدّ ليشمل عدم إمكانية التّفاوض مع المتعهدين قبل إتمام عملية تقييم العروض عن طريق لجنة متخصصة مستقلّة عن السلطة المفوض (زمال، 2017، ص ص 167-168)

ثالثا: مبدأ الشّفافية

يعتبر مبدأ الشّفافية مبدأً أساسيًّا لتكريس منافسة فعالة، حيث يلاحظ أنّ هذا المبدأ يسري على كل تصرفات الشخص المعنوي العام، وخاصة في إطار العقود الإدارية الّتي تعتبر إطارا مثاليا لتطبيق هذا المبدأ، ولا تقتصر الشّفافية على مرحلة فقط من مراحل إبرام أو تحضير أو تنفيذ العود الإدا رية، لكن تعتبر مرحلة الإبرام من أهم المراحل الّتي تحضر فيها الشفافية بأهمية بالغة، حيث أنّ الغاية من إضفاء الشّفافية على إجراءات إبرام العقد الإداري هو تكريس منافسة حقيقية تضمن وتكفل الحفاظ على المال العام وحسن التصرف فيه، وتحقيق المصلحة العامة (بوقرة، 2012-2013، ص 53) ، ومنه فإنّ مبدأ الشّفافية في مجال عقود تفويض المرفق العام يستلزم أن تتم عملية إبرام هذه العقود في ظل إجراءات شفّافة، حيث تتولى السلطة المفوضة فتح العروض المقدّمة في المدّة المحدّدة، ويجب أن تكون هذه المدّة كافية لتقديم العرو ض، كما تقتضي الشّفافية اتّباع إجراءات دقيقة ومحدّدة، تبدأ بالإعلان عن نية التّعاقد ثم تلقّي العروض وفتحها، وترتيب المترشّحين في شفافية تامة، حيث تكون محاضر فتح العروض وتقييمها مسببة، ويحق لكل شخص الاطّلاع عليها، كما يجب أن تمنح مهلة للمترشّحين المقصيين لتقديم الطّعون بكل حرية وفي إطار الشّفافية (سردوك، جوان 2017، ص 17) .

المبحث الثاني: آليات تكريس مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام

لم ينص المنظّم الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 صراحة على مبدأ المنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، إلّا أنّه ومن خلال الإحالة التي تضمنتها المادة 209 من نفس المرسوم إلى المبادئ المطبقة على إبرام الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة 05 من ذات المرسوم، نستنتج أنّ المنظّم قد عمد ضمنيا إلى تكريس وإعمال مبدأ المنافسة في اختيار المفوض له، وبصدور المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 المنوه له سابقا نجد أنّ المنظّم أولى اهتمام أكثر لمبدأ المنافسة، وحدّد الآليات الّتي تضمن تكريس فعال لهذا المبدأ، وذلك حينما حدّد طرق إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وحصرها في صيغتين، الطّلب على المنافسة كقاعدة عامة والتّراضي كاستثناء، وكذا عندما حدّد بدقّة إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، وبالتّالي سنتعرض في هذا المبحث إلّى آليات تكريس مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام من خلال التطرق إلى طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام في المطلب الأول، وإجراءات الإبرام كمطلب ثان.

المطلب الأول: طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام.

تنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على ما يلي :" **تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:**

- **الطّلب على المنافسة، الّذي يمثل القاعدة العامة،**
- **التّراضي، الّذي يمثل الاستثناء."**

فمن خلال تحديد الصيغتين أو الكيفيتين المشار إليهما في المادة أعلاه يظهر لنا اتجاه المنظّم الجزائري نحو تكريس صريح لمبدأ المنافسة في مجال عقود تفويض المرفق العام، خاصة من خلال اعتماده على صيغة الطّلب على المنافسة، كقاعدة عامة، والتراضي كاستثناء، وهذا خلافا لما كان عليه الوضع سابقا في القوانين القطاعية المنظّمة لعقد امتياز المرفق العام، حيث كان التراضي هو القاعدة العامة في إبرام مثل هذا النّوع من العقود الإدارية استنادا إلى مبدأ الاعتبار الشخصي، وبالتّالي سنتعرض في هذا المطلب إلى الطّلب على المنافسة في فرع أوّل، والتّراضي كاستثناء في فرع ثان.

الفرع الأول: الطّلب على المنافسة كقاعدة عامةً لإبرام عقود تفويض المرفق العام

يعرف "**الطّلب على المنافسة**" "**L'appel à la concurrence**" والّذي يكون وطنيا (المادة 10 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018) ، بأنّه إجراء يهدف إلّى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدّة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتّخذة، ويمنح تفويض المرفق العام للمترشّح الّذي يقدّم أحسن الضّمانات المهنية والتّقنية حسب سلّم التّقييم المحدّد في دفتر الشّروط((المادة 11 المرجع نفسه).

ويتم الطّلب على المنافسة وفق مرحلتين، المرحلة الأولى تتمثّل في الاختيار الأولي للمترشّحين على أساس ملفات التّرشّح، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف التّرشّح والمحدّدة في الجزء الأول من دفتر الشّروط في لوح الإعلان عن العروض، أما المرحلة الثّانية فتتمثّل في دعوة المترشّحين الّذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشّروط (المادة 12 المرجع نفسه).

وما يلاحظ على إجراء الطّلب على المنافسة في تفويض المرفق العام بأنّه أشبه بإجراء طلب العروض " **L' appel d' offres** " في الصفقات العمومية، إلّا أنّ المنظّم الجزائري لم يحدّد في المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 أشكالا للطّلب على المنافسة، وهذا خلافا لما هو معمول به في مجال الصفقات العمومية، حيث حدّدت المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أربعة أشكال لطلب العروض، تتمثل في طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، والمسابقة.

كما يـ ظهر لنا كذلك تكريس المنظّم الجزائري لمبدأ المنافسة من خلال تحديد كيفيات وصيغ منح عقد الامتياز في العديد من النصوص القانونية المتعلّقة به، والّتي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر التّعليمة الوزارية رقم 94.3-842 المتعلّقة بامتياز المرافق العمومية المحـ لية وتأجيرها، حيث نصت هذه الأخيرة على أنّ اختيار الملتزم في عقد الامتياز المحلي يجب أن يتم وفق معايير موضوعية تحدّد على أساسها مواصفات ومقومات دقيقة، وأن تتم هذه الإجراءات في علانية وشفافية تامة في جميع المراحل والمزايدات وذلك بهدف ضمان المنافسة المشروعة، ويلاحظ من خلال هذا أنّ هناك تحول رافق التّوجه نحو اعتماد إجراءات جديدة لمنح الامتياز، وتتمثل في

المزايدات الّتي تضمن منافسة فعالة على أسس ومعايير موضوعية تعدها الإدارة مسبقا، بالتالي تحقيق مبادئ العقلانية، الشفافية، تكافؤ الفرص والمساواة، فضلا عن حرية المنافسة التي تتجسد عن طريق الاشهار(أكلي، 2013، ص63)

ومن بين القوانين الجزائرية المكرسة لمبدأ المنافسة من خلال تحديد كيفية أو طريقة منح عقد الامتياز نذكر كذا المرسوم التنفيذي رقم 08-114 ، والّذي يحدّد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلّق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، حيث نصت المادة 06 منه على أن يمنح امتياز توزيع الكهرباء و/أو الغاز من طرف الدّولة الممثلة في الوزير المكلّف بالطّاقة، ويكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الكهربا ء والغاز، ومنه فإنّ القانون الجزائري قد حدّد طريقة أخرى يمكن من خلالها منح عقد الامتياز إضافة إلى " **المزايدة**" ألا وهي طريقة " **طلب العروض**".

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأنّه حسنا فعل المنظّم الجزائري حينما حدّد طريقة أو صيغة الطّلب على المنافسة كقاعدة عامة في إبرام عقود تفويض المرافق العامة المحلية، حيث أنّه تدارك الخلل الّذي كان سائدا سابقا في القوانين المتعلّقة بعقود الامتياز، إذ يتمثّل هذا الخلل في عدم تحديد طريقة واحدة يمنح من خلالها عقد الامتياز، فأحيانا يمنح عن طريق أسلوب "**المزايدات**" وأحيانا أخرى عن طريق "**طلب العروض**" ، كما أنّه وفي كثير من القوانين لم يحدّد المشرع طريقة محدّدة يمنح بموجبها الامتياز أو قد يلجأ إلى اعتماد أسلوب " **التّراضي**" كأصل عام في منح الامتياز، وهو الوضع الّذي يجب على المشرع الجزائري تداركه لاحقا، بموجب تعديل جميع النصوص المتعلّقة بعقد امتياز المرفق العام، والنص على طريقة وكيفية واحد يمنح من خلالها هذا الأخير.

الفرع الثّاني: التّراضي كاستثناء في إبرام عقود تفويض المرفق العام

يعرف " **التراضي**" " **le gré à gré** " بأنّه إجراء تخصيص العقد الإداري لمتعاقد واحد دون الدّعوة الشّكلية للمنافسة (المادة 41 المرسوم الرئاسي 15-247، 2015) ، ويمكن أن يأخذ التراضي في مجال عقود تفويض المرفق العام صيغة التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة(المادة 16 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018) ، وبذلك فإنّ التراضي بصيغتيه يعتبر استثناء عن القاعدة العامة والمتمثلة في الطّلب على المنافسة، واستثناء على مبدأ المنافسة بصفة عامة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، ومنه يمكن القول بأنّ المنظّم الجزائري قد اعتمد قاعدة الطّلب على المنافسة كأصل لتكريس مبدأ المنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، وبمقابل ولأسباب موضوعية أقر للسلطة المفوضة استثناء اللّجوء إلى أسلوب التراضي الّذي من خلاله يمكن لها أن تتعاقد مع مفوض له مؤهل أو مفوض له من بين مترشحين مؤهلين حسب صيغة التراضي.

وحسنا فعل المنظّم الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 عندما جعل من التراضي اجراء استثنائيا عند إبرام عقود تفويض المرفق العام المحلّي، وهذا على خلاف ما هو معمول به في أغلبية النّصوص القانونية المنظّمة لعقد امتياز المرفق العام في الجزائر، والتي جعلت من التراضي قاعدة عامة عند إبرامه، ومن بين هذه القوانين نذكر على سبيل المثال ما تضمنه الأمر رقم 08-04 الّذي يحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدّولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، حيث تضمنت المادة 05 منه بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 15-01، المتضمن قانون المالية التكميلي، على الآتي " **يرخّص الامتياز بالتّراضي بقرار من الوالي**....." ، فمثل هذا النص يعتبر إعمالا صريحا لمبدأ الاعتبار الشّخصي عند إبرام عقود الامتياز، والّذي يفهم منه منح العقد للشّخص على أساس اعتبارات فنية وشخصية تتوفّر لديه هو دون غيره، با عتباره يتولّى تسيير مرفق عام مهيأ ومخصصا أصلا لتلبية واشباع

حاجات عامة، وما ينطوي على ذلك من مسؤولية (رقراقي، ديسمبر 2017، ص 63)، ومثل هذا الوضع يجب تداركه لاحقا بموجب تعديلات قانونية تقلّل من الاعتماد على أسلوب التراضي عند إبرام عقد الامتياز، وتكرس الاعتماد على مبدأ المنافسة، وهذا تماشيا لما هو معمول به في المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 السابق ذكره.

المطلب الثّاني: إجراءات ابرام عقود تفويض المرفق العام

لضمان تحقيق منافسة فعالة وذات جدوى ألزم المنظّم الجزائري السلطة المفوضة عند إبرامها لعقود تفويض المرفق العام باتباع إجراءات محدّدة ودقيقة، حيث أنّه وبالعودة إلى المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 المتعلّق بتفويض المرفق العام نلاحظ أنّ مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام تتم عبر الإجراءات التّالية:

الفرع الأول: إعلان الطّلب على المنافسة

يعتبر الإعلان آلية لتكريس مبدأ المنافسة، حيث أنّه يهدف إلى السماح بتقديم عدّة طلبات ترشّح، وهو ما من شأنه أن يخلق مناخا تنافسيا، ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين العروض، فيجب على السلطة المفوضة عند إبرامها لعقود تفويض المرفق العام أن تنشر إعلان الطّلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب اشهاره على الأقل في جريدتين يوميتين باللّغة الوطنية واللّغة الأجنبية، كما يجب أن يتضمن إعلان الطّلب على المنافسة مجموعة من البيانات حدّدتها المادّة 27 من المرسوم التّنفيذي رقم 18- 199 على سبيل الحصر، كما أنّه يجب على السلطة المفوضة أن تشير في إعلان الطّلب على المنافسة إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع ملفات الترشّح (المادّة 27 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018) .

من خلال قراءة المواد المشار إليها أعلاه والمتعلّقة بإعلان الطّلب على المنافسة يمكن الإشارة إلّى بعض الملاحظات كالآتي:

- بما أنّ الإعلان عن الطّلب على المنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام يعتبر عاملا أساسيا لتكريس مبدأ المنافسة فإنّ المنظّم الجزائري قد جعل منه إجراء إلزاميا وجوهريا، يجب على السلطة المفوضة الالتزام به، إلّا أنّه يمكن إعفاء بعض المرافق العمومية نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطها من إجبارية الإشهار في الجرائد، شريطة ضمان إشهار واسع بكل وسيلة أخرى.
- لم يحدد المنظّم الجزائري في المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 أجلاً للإعلان عن الطّلب على المنافسة بل ترك الحرية والسلطة التّقديرية للسلطة المفوضة، وهو الوضع الّذي نرجو تداركه لاحقا، حيث أنّ منح السلطة التّقديرية للإدارة المفوضة في تحديد أجل نشر الإعلان يمكن أن يفتح المجال أمامها في إساءة استعمال هذه السلطة وذلك بتحديد آجال قصيرة، ممّا يؤدي إلى حرمان بعض الأطراف من تقديم عروضهم.
- أغفل المنظّم الجزائري وسيلة مهمة وفعالة للإعلان عن طلب المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام، ألا وهي وسيلة الإعلان الإلكتروني لما لهذا الأخير من دور كبير في تكريس مبدأ المنافسة.

الفرع الثّاني: إيداع العروض

إيداع العروض هو ا لإجراء أو المرحلة الّتي تتلقّى فيها السلّطة المفوضة العروض، حيث ألزمها المنظّم عند تحديدها لتاريخ إيداع العروض أن تأخذ في الحسبان مدّة تحضير العروض، ذلك بغرض فسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، كما يمكن تمديد

المدة المحددة إذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية إلى يوم العمل الموالي، كذا يمكن تمديد المدة المحدّدة لإيداع العروض مرة واحدة بمبادرة من السلطة المفوضة أو بطلب معلّل من أحد المترشّحين، وقد حدد الدفتر النموذجي المرفق بالتعليمة الوزارية رقم 006 المؤرخة في 09 جوان 2019 أجل إيداع العروض بعشرين (20) يوما، ويشترط كذلك أن يتضمن ملف الترشّح مجموعة من الوثائق تتمثّل أساسا في تصريح بالنّزاهة، القانون الأساسي للشركة، ومستخرج السجل التجاري، رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشّحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشّحين الأجانب الّذين سبق لهم العمل في الجزائر، بالإضافة إلى كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشّحين مذكورة في دفتر الشّروط (المادّة 30 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018).

الفرع الثّالث: اختيار وانتقاء العروض وسحب دفتر الشّروط

تتولّى مهمة اختيار وانتقاء العروض لجنة خاصة تسمى " **لجنة اختيار وانتقاء العروض**" " **La commission de choix et de sélection des offres**"، إذ تقوم هذه الأخيرة في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدّمة من المترشّحين، ثم تقوم في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة، بدراسة ملفّات الترشّح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، وعلى إثر هذه المرحلة، تقوم اللّجنة بإعداد قائمة المترشّحين المقبولين الّذين يستوفون الشروط والمعايير المحدّدة لطلب العروض، وتقوم اللّجنة بدراسة العروض المقدّمة من المترشّحين المقبولين وتقييمها، حسب سلّم التّنقيط المحدّد في دفتر الشّروط، وتقوم بعدئذ، بإعداد قائمة العروض، مرتّبة ترتيبا تفضيليا بحسب النّقاط المتحصل عليها.

بعد إعداد لجنة اختيار وانتقاء العروض لقائمة المترشّحين المقبولين تقوم السلّطة المفوضة بدعوتهم بكل وسيلة ملائمة إلى سحب دفتر الشّروط، حيث أنّ دفاتر الشّروط تعتبر وثيقة تتضمن مجموعة من البنود المتعلّقة بموضوع العقد، طريقة منحه، والوثائق المطلوبة والمكونة له، وكذلك الأسس الّتي يتم الاعتماد عليها في اختيار المفوض له ومعايير الاختيار، فمثلا كيفية التّنفيذ بالنّسبة للعرض التقني والمالي، الأحكام المتعلّقة بتنفيذ العقد والشروط الّتي يبرم وينفذ وفقها العقد، وعموما يتضمن دفتر الشّروط جميع الشّروط الّتي يبرم وينفّذ وفقها العقد الإداري (براهيمي، 2017، ص114)، بما في ذلك عقود تفويض المرفق العام.

الفرع الرابع: التّفاوض مع المترشّحين المقبولين

بعد دعوة المترشّحين المقبولين لسحب دفتر الشّروط، وتقديمهم للعروض الخاصة بهم، تأتي مرحلة أخرى لإبرام عقود تفويض المرفق العام، ألا وهي مرحلة التّفاوض، حيث تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشّح أو المترشّحين المقبولين والمؤهلين كتابيا، كل على حدى، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية، وتحرر اللّجنة محضر مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتّبة ترتيبا تفضيليا، تقترح اللّجنة على مسؤول السلطة المفوضة المترشّح الّذي يتم انتقاؤه وقدّم أحسن عرض(المادّة 35 المرسوم التنفيذي 18-199، 2018) ، وتتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشّحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، لاسيما في: مدّة التّفويض عند الاقتضاء، والتعريفات أو الأتاوى الّتي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو الّتي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح الّتي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التّفويض، كما يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلّقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التّفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشّروط، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات في أي حال من الأحوال إلّى موضوع التّفويض(المادّة 40 المرسوم التنفيذي 18-199،المرجع نفسه) .

الفرع الخامس: المنح المؤقّت وإبرام عقد التّفويض

بعد تفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشّحين المقبولين، واقترحها للمترشّح الّذي قدّم أحسن عرض، يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقّت للتّفويض، هذا القرار الّذي يتم اشهاره بنفس كيفيات اشهار وإعلان الطّلب على المنافسة، وتدعيما لمبدأ المنافسة في إجراءات إبرام عقود التّفويض نص المنظّم الجزائري في المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 على المنح المؤقّت للتفويض، إذ يعتبر هذا الأخير إجراء شكليا وآلية من الآليات الّتي تعزز تكريس مبدأ المنافسة، من خلاله يمكن لأي مترشّح شارك في الطّلب على المنافسة أو التراضي البسيط بعد الاستشارة، أن يحتج على قرار المنح المؤقّت للتّفويض وذلك بأن يرفع طعنا لدى لجنة تفويضات المرفق العام، في أجل لا يتعدّى عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ اشهار قرار المنح المؤقّت للتّفويض، وتقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطّعن واتخاذ القرار المتعلّق له في أجل لا يتعدّى عشرين (20) يوما، ابتداء من تاريخ استلامها الطّعن، وتبلّغ اللّجنة قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطّعن(المادة 42 المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق).

بعد انقضاء آجال الطعون المشار إليها أعلاه، تعدّ السلطة المفوضة اتفاقية التفويض الّتي تبرم مع المترشّح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، وتسلّم نسخة من الاتفاقية للمرشّح المقبول، وما يمكن الإشارة له بخصوص الاعتماد النهائي وإبرام عقد التّفويض هو أنّ المنظّم الجزائري قد ألزم السلطة المفوضة باختيار المترشّح الأول الوارد في قائمة العروض الّتي أعدّتها لجنة انتقاء والاختيار العروض، وبذلك فأنّه يكون قد عمد إلى تكريس منافسة أكثر فعالية، فبحسب وجهة نظرنا فإنّ منح مسؤول السلطة المفوضة الحرية في اختيار المفوض له دون تقييده باختيار أحسن عرض من بين العروض المقدّمة هو مساس وإهدار لمبدأ المنافسة الحرة الّتي تستلزم توفّر معايير موضوعية لاختيار العرض الأفضل وهذا لتفادي تحيز السلطة المفوضة ومنح عقد التّفويض لمترشّح ما على حساب مترشّحين أو مترشّح آخر يكون عرضه مطابقا أكثر لدفتر الشّروط، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ منح الحرية للسلطة المفوضة في اختيار المفوض له دون أي قيد يعتبر مسا سا بمبدأ الشّفافية، هذا المبدأ الّذي يعتبر مبدأ أساسيا لتكريس منافسة فعالة.

الفرع السادس: الرقابة على إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام

بهدف ضمان فعالية أكبر في اختيار المفوض له، وحماية لمبدأ المنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام استحدث المنظّم الجزائري بموجب المرسوم التّنفيذي رقم 18- 199 لجنتين مختصتين بالرقابة على إجراءات الإبرام، ففي إطار الرقابة القبلية الداخلية على تفويضات المرفق العام، تنشئ السلطة المفوضة لجنة لاختيار وانتقاء العروض، حيث حدّد المرسوم التّنفيذي السابق ذكره تشكيلة هذه اللّجنة والاختصاصات الموكلة لها، أما اللّجنة الثّانية فهي لجنة تفويضات المرفق العام، إذ أنّ هذه اللّجنة تنشئها السلطة المفوضة في إطار الرقابة الخارجية، حيث حدّد المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 تشكيلتها (انظر المواد 79-78-80 المرسوم التنفيذي 18-199 المرجع السابق) ومنحها العديد من الاختصاصات في الرقابة على إجراءات إبرام تفويض المرفق العام حيث تتكفل هذه الأخيرة بالموافقة على مشاريع دفاتر الشّروط المتضمنة تفويض المرفق العام، والموافقة على مشاريع اتفاقيات التّفويض وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له، والموافقة على مشاريع الملاحق، ومنح التّأشيرات للاتفاقيات المبرمة، ودراسة الطعون المودعة لديها المودعة من قبل المترشّحين غير المقبولين والفصل فيها(المادة 81 المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق).

وما يمكن ملاحظته بخصوص الرقابة على إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام هو أنّ المنظّم الجزائري قد توجه نحو تكريس أكثر للمنافسة عند إبرام تفويضات المرفق العام، إلّا أنّ هذا التوجه يشوبه العديد من النّقائص، أهمها أنّه قد أغفل النص على رقابة القضاء الإداري على مثل هذا النوع من العقود الإدارية.

الخاتمة:

ممّا سبق يمكن القول بأنّ مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العامّ يعدّ مبدأً ذا أهمّية بالغة، ذلك أنّ نجاح أسلوب التّفويض مرهون بحسن اختيار المفوض له، وحسن اختيار المفوض له لا يمكن أن يتأتّى إلّا من خلال تكريسٍ فعال وواضح لمبدأ المنافسة وما يفرضه هذا الأخير من إتّباع طرق أو صيغ محدّدة، وكذا إجراءات يتوجب على السلطة المفوضة إتّباعها ومنها تعدّد العروض وعلانية الإجراءات وعدم التمييز بين المترشّحين في المعاملة، وفرض رقابة إدارية وقضائية على جميع مراحل إبرام عقود تفويض المرفق العام.

ومنه فقد تناولنا في مقالتنا الّتي انصبت على دراسة " مبدأ المنافسة في إبرام عقود تفويض المرفق العام في الجزائر" العديد من المسائل الّتي شكّلت جوهرها، والّتي من خلالها خلصنا إلى مجموعة من النّتائج والاقتراحات نذكر أهمها كالآتي:

أولا: النّتـائـج

1- يعدّ تفويض المرفق العام أسلوبا من أساليب تسيير المرافق العامة ونوعا من أنواع العقود الإدارية، يهدف إلى إشراك أشخاص أخرى غالبا ما تكون من أشخاص القانون الخاص في تسيير المرافق العامة.

2- يشترط أن تتوفّر في تفويض المرفق العام ثلاثة شروط وهي وجود مرفق عام، قيام علاقة تعاقدية بين السلطة المفوضة والمفوض له، ارتباط المقابل المالي للمفوض له بنتائج الاستغلال.

3- يأخذ تفويض المرفق العام العديد من الأشكال أهمها عقد الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفّزة والتّسيير.

4- يعدّ مبدأ المنافسة من أهم المبادئ الّتي تقوم عليها مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، إلى جانب كل من مبدأ حرية الوصول للطّلبات العمومية، ومبدأ المساواة بين المترشّحين، ومبدأ الشّفافية، حيث تعتبر هذه المبادئ الثلاثة مبادئ مدعمة ومعززة للمنافسة.

5- يعتبر مبدأ المنافسة قيدا على حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، إذ يتّضح ذلك من خلال إلزام السلّطة المفوضة بإتّباع طرق إبرام معينة، وإجراءات محدّدة.

6- تمر إجراءات اختيار المفوّض له بعدّة مراحل بدءا بإعلان الطّلب على المنافسة، ثم إيداع العروض، تليها مرحلة اختيار وانتقاء العروض والدّعوة لسحب دفاتر الشّروط، ومرحلة التّفاوض مع المترشّحين والمنح المؤقّت وابرام عقد التّفويض.

7- وكنتيجة أخيرة يمكن القول أنّ المشرع الجزائري قد عمد إلى تكريس مبدأ المنافسة عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، وذلك من خلال وضعه للآليات الّتي من شأنها أن تضمن تكريسا فعالا للمنافسة، غير أنّ هذا التّكريس يشوبه العديد من النّقائص والثّغرات سنبينها من خلال جملة الاقتراحات المذكورة أدناه.

ثانيا: الاقتراحات

1- تعديل قانون المنافسة الجزائري، وذلك بإدراج عقود تفويض المرفق العام ضمن العقود الّتي تحكمها قواعد المنافسة، وهذا على غرار ما هو معمول به في مجال الصفقات العمومية خاصة بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 المتعلّق بتفويض المرفق العام.

2- ضرورة تعديل القوانين القطاعية المنظّمة لعقد امتياز المرافق العامة في الجزائر على اختلاف أنواعها وذلك بالاعتماد على طريقة أو صيغة الطّلب على المنافسة كقاعدة عامة، والتّقليل من الاعتماد على التّراضي وجعله طريقة استثنائية لإبرام مثل هذا النّوع من العقود الإدارية، ذلك تماشيا على ما هو معمول به في المرسوم التّنفيذي رقم 18-199.

3- ضرورة تحديد أجل للإعلان عن الطّلب على المنافسة، ذلك أنّ منح السلطة التّقديرية للإدارة المفوضة في تحديد أجل نشر الإعلان يمكن أن يفسح المجال أمامها للتّعسف في استعمال السلطة وذلك بتحديد آجال قصيرة ممّا يؤدي إلى حرمان بعض الأطراف من تقديم عروضهم.

4- ضرورة الاعتماد على المعاملات الالكترونية عند إبرام عقود تفويض المرفق العام، وذلك من خلال إدخال وسائل التّكنولوجيا الحديثة واستعمالها كوسيلة للاتّصال وتبادل المعلومات والوثائق عند إبرام عقود التّفويض إلكترونيا، حيث تحظى المعاملات الإلكترونية وخاصة الإعلان الالكتروني بأهمية بالغة ودور كبير وفعال في تكريس مبدأ المنافسة.

5- تحديد الحالات الّتي يجب على السلطة المفوضة اللّجوء فيها إلى التّفاوض على سبيل الحصر والتّقليص من تجسيد مبدأ الاعتبار الشّخصي عند منح عقود تفويض المرفق العام.

6- تكثيف الرقابة على مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، وخاصة أنّ المنظّم الجزائري في المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 أغفل تماما رقابة القضاء الإداري، وهو الوضع الّذي يجب تداركه لاحقا من خلال تفعيل وتعزيز رقابة القضاء الإداري، إذ تعتبر رقابة القضاء بصفة عامة والقضاء الإداري بشكل خاص من أهم الآليات الّتي تضمن تكريسا فعالا للمنافسة.

7- ضرورة فتح دورات تكوينية لتطوير القدرات الفنية والعلمية للموظّفين والأشخاص القائمين على مرحلة إبرام عقود تفويض المرفق العام، ممّا يضمن شفافية وفعالية هذه المرحلة.

قائمة المراجع:

- القانون رقم 05-12 (04 غشت سنة 2005) يتعلّق بالمياه، جريدة رسمية عدد 60، صادرة في 05 سبتمبر سنة 2005.
- القانون رقم 11-10 (22 يونيو سنة 2011)، يتعلّق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، صادرة في 03 جويلية سنة 2011.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 (16 سبتمبر سنة 2015) ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، صادرة في 20 سبتمبر سنة 2015.
- المرسوم التّنفيذي رقم 18-199 (02 غشت سنة 2018) ، يتعلّق بتفويض المرفق العام، جريدة رسمية عدد 48، صادرة في 05 غشت سنة 2018.

- القانون رقم 16-01 (06 مارس سنة 2016)، المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، صادرة في 07 مارس سنة 2016،

- " la loi n°2001-1168 (11 Décembre 2001) portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier "
- Christophe Mondou, (2006) Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales, Editions du papyrus, France.
- -مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، (سنة 2005)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- نادية ضريفي، (سنة 2010) تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر.
- Mireille Berbari, (2000) , Délégations de service public, Editions Litec, Paris.
- عمار بوضياف، (سنة 2013)، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر.
- أبو بكر أحمد عثمان، (سنة 2014-2015)، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
- Xavier Bezançon, Christian Cucciarini et Philippe Cossalter, , (2007) Le guide de la commande publique, Le Moniteur, Paris, Troisième édition.
- يحي بدير، الجوانب القانونية لآلية تفويض المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المجلّة الجزائرية للحقوق والعلوم سياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد الثالث، جوان 2017.
- مروان محي الدين القطب، (سنة 2009)، طرق خصخصة المرافق العامة – الامتياز-الشركات المختلطة-BOT-تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- أمر رقم 03-03 (19 يوليو سنة 2003) ، يتعلّق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003 معدل ومتمم.
- عصام حوادق، (سنة 2011-2012)، تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة منتوري، قسنطينة.
- أبوبكر أحمد عثمان النعيمي، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلّة الفقه والقانون، مجلّة الكترونية، العدد الخامس والخمسون، ماي 2017.
- محمد الشريف كتو، (سنة 2010)، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، دون طبعة، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- صالح زمال بن علي، أسس تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، مجلّة القانون المجتمع والسلطة، كلية الحقوق، جامعة السانية، وهران، العدد 06، سنة 2017.
- صالح بن سالم الرحبي، (السنة الجامعية 2013-2014) ، النظام القانوني للعقود الإدارية، دراسة مقارنة بين القانون التونسي والقانون العماني، أطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة المنار تونس.

- نور الدين بوقرة، (السنة الجامعية 2012-2013)، المنافسة في العقود العمومية، مذكرة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة سوسة، تونس.
- محمود سردوك، عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر، مجلّة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحي فارس، المجلد 3، عدد 2، جوان 2017.
- التّعليمة الوزارية رقم 3.94-842 (07 سبتمبر 1994) الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، المتعلّقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها.
- نعيمة أكلي، (سنة 2013) النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- -مرسوم تنفيذي رقم 08- 114(9 أبريل سنة 2008) يحدد كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلّق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، جريدة رسمية عدد20 الصادرة في 13 أبريل سنة 2008.
- أمر رقم 08-04 المؤرخ في أول سبتمبر سنة 2008 ، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدّولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 03 سبتمبر سنة 2008.
- أمر رقم 15-01 (23 يوليو سنة 2015)، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 ، جريدة رسمية العدد 40، الصادرة في 23 يوليو سنة 2015.
- محمد زكرياء رقراقي، واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرفق العام في الجزائر، مجلّة الدراسات الحقوقية، صادرة عن مخبر حماية حقوق الانسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهري مولاي، سعيدة، العدد 08، ديسمبر 2017.
- فضيلة براهمي، تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مجلد 16، عدد 02، سنة 2017.