المجلة الأكاديمية للبحث القانوني
مجلد: 16 عدد:2017/02
ISSN: 0087-2170
DOI:57-2010

تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام

براهمي فضيلة، أستاذة مساعدة قسم"أ"،
قسم قانون الأعمال،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.
البريد الإلكتروني: brahmifadila@hotmail.fr

الملخص:
ألزم المشرع الجزائري الشخص المعنوي العام بالتقيد بمبدأ المنافسة الحرة عند إبرامه للعقد الإداري، ويتّضح ذلك من خلال إلتزام الهيئة العامة بالإعلان عن رغبتها في إبرام العقد بغرض استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين وكذا إحالتهم إلى الوثائق المكونة لعملية إبرام العقد، ومن جهة أخرى يقع إلزاما على الهيئة العامة الإبتعاد عن أيّ سلوك من شأنه منع أي كان من الترشح لإبرام العقد أو تفضيل متعامل على آخر دون وجه حق، ويلعب القاضي الإداري الاستعجالي دورا هاما في ضمان هذا الإلتزام من خلال سلطته في الأمر وتأجيل توقيع العقد وكذا فرض الغرامة التهديدية على الشخص المعنوي العام المخالف لمبدأ المنافسة.

الكلمات المفتاحية:
مبدأ المنافسة، حرية تعاقد الأشخاص العام، النظام العام التنافسي، إجراءات إبرام العقد الإداري.

Le principe de mise en concurrence et son impact sur la liberté contractuelle des personnes publiques

Résumé :
Dans le cadre des contrats administratifs, la mise en concurrence apparait comme l'exigence du respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Pour garantir l'efficacité du mécanisme de mise en concurrence, le législateur a étendu la compétence du juge du référé pré-contractuel par le pouvoir d'adresser des injonctions, de suspendre la passation du contrat, d'ordonner une astreinte à l'encontre de l'auteur du manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

Mot clés :
Mise en concurrence, commande publique, procédure de passation, contrat administratif.

The impact of the principle of competition on the contractual freedom of the public legal person

Abstract :
In the framework of administrative contracts, competition appears as a requirement to respect the principles of free competition, equal treatment of candidates and transparency of procedures without leaving the administration the freedom to choose its co- contracting.
In order to ensure the effectiveness of the competition's mechanism, the legislator extended the jurisdiction of the summary administrative judge through the authority to postpone the signing of the contract or imposing a fine in case of the violation of the principles of competition.
Keywords:
Competition, Competitive public order, administrative contract.

مقدمة

تزامنا مع تحولات وظيفة الدولة من الدولة المتدخلة إلى الدولة الحارسة أصبحت فكرة النّظام العام تتبلور في مفاهيم قطاعية تُلقب باسم القطاع الذي فرضت فيه فظهر لنا النّظام العام الاجتماعي والنّظام العام الاقتصادي سواءً بدوره التوجيهي الذي يترجم من خلال القواعد الآمرة التي سنتها الدولة لتوجيه الاقتصاد، أو بدوره الحمائي الذي يترجم من خلال القواعد التي جاءت لحماية الطرف الضعيف في العلاقة كالمستهلك مثلا، ومع تحرير النشاطات القطاعيّة ظهر ما يسمى بالنّظام العام الضّبطي وهي مجموعة من القواعد الضّبطية التي ترمي إلى ظهور المنافسة ويسود النّظام العام التنافسي بمجرد عموم منافسة حرة على المرافق العمومية[1].

النظام العام التنافسي في إطار ابرام الصفقات العمومية خاصةً والعقود الإدارية عامةً هي مجموعة من القواعد القانونية الآمرة التي تخضع لها كل الأطراف الرامية إلى إبرام العقد سواءً الشخص المعنوي العام أو المتعاملين الاقتصاديين العارضين لضمان ترسيخ منافسة حرة[2].

على حد قول الفقيهة NICINSKI أنَّه ليس من المعقول أن نواصل الإعتقاد أن قانون الصفقات العمومية مبني على بديهيات أخرى غير بديهية فتح السوق على المنافسة[3]، لذا من الواجب البحث عن سُبل ووسائل الحفاظ على إنماء النّظام العام التنافسي عند إبرام العقود الإدارية، ولن يتحقق ذلك إلاَّ من خلال إلزام المشرع

1- عمارة مسعودة،" إشكالية تحديد مفهوم النظام العام و تطبيقاته القانونية"، من أعمال الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص 395.

2- عيساوي عز الدين،" البحث عن نظام للنظام العام "، من أعمال الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص ص 375-376.

3 - NICINSKI Sophie, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, 2005,p.p.,55-56.

الجزائري الشّخص المعنوي العام باحترام مبدأ الإشهار والمنافسة la mise en concurrence في اختياره للشخص الخاص الذي سيتعاقد معه.

أوّل ما تبنّت المنظومة القانونية الجزائرية لمبدأ المنافسة عند إبرام العقد الإداري كان من خلال إخضاع إجراءات إبرام الصفقات العمومية لهذا المبدأ وفق تعديل قانون المنافسة في سنة 2008 بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة[4]، ثم بعد ذلك تم التأكيد على ضرورة احترام المصلحة المتعاقدة لهذا المبدأ عند إختيارها المتعامل المتعاقد معها من خلال تعديل قانون الصفقات العمومية وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08- 338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم02-250 المتعلق بالصفقات العمومية[5].

وتمّ الحفاظ على هذا المبدأ في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، لكي ينتقل هذا المبدأ إلى عقود تفويض تسيير المرافق العامة بموجب قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد لسنة 2015 والذي ألغى قانون الصفقات العمومية لسنة 2010[6].

والملاحظ أنَّ مبدأ المنافسة جاء كإجراء إلزامي ينبغي على الشخص المعنوي العام التقيّد به عند إبرامه للعقد رغم أن المبدأ المعروف في القانون الإداري هو حرّية الإدارة في اختيار المتعاقد معها كالاستناد على المعيار الشخصي في عقود التفويض مثلا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة[7]، الأمر الذي يدفعنا للبحث في موضوع " **تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام** "، وهذا لإيجاد حل للإشكالية الآتية: كيف يمكن لمبدأ المنافسة أن يقيّد الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام والتي تعتبر حقاً أصيلاً للإدارة العامة في التعاقد؟

وقد اعتمدنا للبحث في الموضوع أعلاه على المنهجين التحليلي والمقارن وعلى تقسيم منهجي ثنائي قوامه جزئين، حيث خصص الأوّل منه لدراسة تأطير إجراءات إبرام العقد الإداري خصيصاً لتقييد الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام من خلال إلزامه بالإعلان عن نيته في إبرام العقد والإحالة إلى دفتر الشروط ومنع أيّ سلوك تمييزي بين المتعاملين الخواص العارضين ، وخصص الثاني لدراسة القضاء الإداري الإستعجالي كضمانة لاحترام الشخص المعنوي العام لمبدأ المنافسة، بالإضافة إلى خاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها.

4- قانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع 36، المؤرخ في 2 يوليو 2008، و تم تعديل أيضا قانون المنافسة بموجب القانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ع 46، المؤرخ في 18 أوت 2010.

5- مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 62، مؤرخ في 9 نوفمبر 2008(ملغى).

6- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ع 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

7- BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, Thèse de doctorat, université panthèon-assas Paris II, 25 juin 2001, p.p., 89-105.

أوّلاً: مبدأ المنافسة كقيد لحرية الإدارة في التعاقد

يُمكن تعريف مبدأ المنافسة عند إبرام العقود الإدارية على أنّه: القواعد التي تستعين بها الهيئة العامة من قانون المنافسة لتستعملها في اختيار المتعامل المتعاقد معها[8] ، والمنافسة في هذه الحالة له مفهوم آخر حيث لا يُقصد به تسابق وتنافس وتصارع الأعوان الاقتصاديين العارضين لنفس السلع لجلب أكبر عدد ممكن من الزبائن، وإنّما يقصد به قيام الهيئة العامة الطالبة للخدمة أو مشترية السلعة بخلق جواً تنافسياً بين الأعوان الاقتصاديين الناشطين في مجال معيّن وجعلهم في تسابق وتنافس للاستجابة للطلب العمومي وتوفير ما تدعوا إليه الهيئة العامة في إطار تحقيق المصلحة العامة[9].

يَظهر لنا تقييد الشخص المعنوي العام بمبدأ المنافسة من خلال تأطير عملية إبرام العقد وعدم إتّباع أسلوب الحريّة التعاقديّة المبنية على أساس السماح له باختيار المتعاقد معه بكل حريّة ودون قيود، بل تمّ فرض على الأشخاص العامّة طرق تلتزم بإتباعها عند إبرامها للعقد الإداري وغالبا ما تبدأ بالإعلان، ثمّ تلقي العروض وفحصها استنادًا إلى شروط موضوعية دون تمييز، ثمّ إرساء العقد والإعلان عن المنح المؤقت.

I: الإعلان عن إبرام العقد والإحالة إلى دفتر الشروط

يُعتبر الإعلان المسبق الأسلوب الأمثل لاحترام مبدأ المنافسة بحيث يسمح بتقديم عدّة عروض ترشيحية من شأنها خلق مناخًا تنافسيًا ويفرض على الإدارة أنْ تلجأ إلى مقارنة فعليّة بين العروض[10]، حيثُ يُعتبر الإعلان المسبق إجراء ضروريّ لتكريس الشفافية وضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير تضعها الإدارة بصفة مسبقة، كما أنه لن يتنافس العارضين إلاّ من خلال توضيح لهم مضمون العمليّة التعاقديّة بإحالتهم إلى دفتر الشروط.

أ: الإعلان عن رغبة الشخص المعنوي العام في إبرام العقد الإداري

يُعتبر الإعلان الوسيلة المثلى لترسيخ المنافسة وبين المشرّع الجزائري طريقة الإعلان عن الصفقات العمومية التي تكون في جريدتين وطنيتين أو جهويتين حسب قيمة الصفقة وكذا يتم الإعلان في النّشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، كما حدّد أيضا المشرّع الجزائري مضمون الإعلان ولغته الذي يجب أن يكون باللّغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل، بالإضافة إلى السماح بالإعلان الإلكتروني[11].

قصد ترسيخ المنافسة أكثر، يُحيل الإعلان الراغبين في تقديم عرضهم لإبرام الصفقة العمومية إلى سحب دفتر الشروط الذي يبين موضوع الصفقة العمومية، وكذا تبيان مجموعة من الوثائق التي ينبغي على العاهدين تقديمها.

---

[8]–SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, *Secteur public et concurrence*, collection études, Paris, p.p., 371-373.

[9] – idem, p 374.

[10]– محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص ص 120– 121.

[11]– أنظر المادة 65 و المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

ولكن الملاحظ في هذا الصدد أنّ كل هذه الإجراءات حصرها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في عمليّة إبرام الصفقة العمومية ولم يعممها على عمليّة إبرام عقود التفويض التي نصّ فقط على أنّ عملية إبرامها تستند على مبدأ المنافسة وحريّة الوصول إلى الطلبات العمومية ولكن لم يذكر الطريقة الأمثل والأصح التي من خلالها يتم إبرام عقود التفويض، وبعبارة أخرى لم يحدد قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أساليب احترام مبدأ المنافسة عند إبرام عقود التفويض.

من خلال المادة 6 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري قد حدد الأشخاص الذين يمولون الصفقات العمومية ولكن بالمقابل لا نجد مادة تبين لنا الأشخاص المؤهلة لإبرام عقود التفويض أو على العموم التي يقع على عاتقها إلتزام التقيد بمبدأ المنافسة والإشهار.

لكن حدد المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صفة الهيئة المفوضة في كل من الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق العام، بالإضافة إلى منح صفة السلطة المفوضة إلى أشخاص تتصرف لحساب شخص معنوي عام، مما يمكن القول أن المشرع الجزائري سمح للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص التي تتصرف لحساب شخص معنوي عام من تفوض تسيير مرفق عام فبتالي تخضع تلك العقود التي تبرمها لمبدأ المنافسة الحرة.

بالعودة إلى قانون المياه[12] فقد أخضع المشرع الجزائري عقد تفويض الخدمات العمومية للمياه الصالحة للشرب لمبدأ المنافسة عن طريق إلزام الهيئة المفوضة في قطاع المياه بالعرض على المنافسة ولكن دون ذكر طريقة العرض على المنافسة، وحتى أن المشرع لم يبيّن مدى تقييد الهيئة المفوضة بمراحل الإبرام المذكورة في قانون الصفقات العمومية بل اكتفى المشرع الجزائري بذكر بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الهيئة المفوضّة أثناء العرض على المنافسة من بينها ذكر محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، وشروط تنفيذها، والمسؤوليات الملتزم بها، ومدة التفويض، وكيفيات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين، ومعايير تقييم نوعية الخدمة، ولم يلزمها بذكر مثلا مدة تقديم العروض وكيفيات تقديمها[13].

بالعودة إلى المرسوم التنفيذي 10-275 الذي يحدد كيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير نجد أنّه أوجب إرفاق ملف الموافقة على اتفاقيّة تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير بالإشعار وملف الإعلان عن المنافسة وتقرير تقييم العروض، وكذا مبرر التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعامل المقبول[14].

12- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر ع 60، مؤرخ في 4 سبتمبر 2005، المعدل و المتمم.

[13]- أنظر المادة 105 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، مرجع نفسه.

[14]- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كيفيات الموافقة على إتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير، ج ر ع 68، المؤرخ في 10 نوفمبر 2010.

ISSN: 0087-2170
DOI:57-2010

ب: الإحالة إلى دفتر الشروط

تُعتبر دفاتر الشروط وثيقة تتضمن مجموعة من البنود التي تتعلق بموضوع العقد، طريقة منحها والوثائق المكونة والمطلوبة، وكذلك الأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد ومعايير الاختيار فمثلا كيفية التنفيذ بالنسبة للعرض التقني والمالي، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقد والشروط التقنية التي تضعها الإدارة من أجل حسن سير تنفيذ العقد، وعموما يتضمن دفتر الشروط جميع الشروط التي يبرم وينفذ وفقها العقد.

ولقد نصّ قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضرورة توضيح دفاتر الشروط المحيّنة دوريا والشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية والتي تضمّ على وجه الخصوص ما يلي:

– دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

– دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

– دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية[15].

من خلال تبيان هذه الدفاتر لموضوع الصفقة ومضمونها يتنافس المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في تقديم ترشحهم حول تقديم عرض يتلاءم مع ما ورد في دفتر الشروط لكي يضمن بذلك اختياره من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

أما في إطار إبرام عقود تفويض تسيير المرفق العام فنجد المشرع الجزائري قد أحال إلى دفاتر شروط نموذجية يمكن ذِكر على سبيل المثال المرسوم التنفيذي 08–57 المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته أين تم الإحالة إلى دفتر شروط نموذجي مرفق به[16].

كما تمّت الإحالة إلى دفاتر شروط نموذجية في كل من تفويض تسيير الخدمات العمومية للتزويد بالمياه الصالح للشرب[17]، وتفويض تسيير الخدمات العمومية للتطهير[18].

---

[15]– المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم15–247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[16]– تنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 08–57، المؤرخ في 13 فبراير 2008، المتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته ج ر ع 9، المؤرخ في 24 فبراير 2008،على: " تلحق الاتفاقية النموذجية للإمتياز و كذا دفتر الشروط النموذجي المرفق بها بهذا المرسوم."

[17]– مرسوم تنفيذي رقم 08–54، مؤرخ في09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج رع 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.

[18]– مرسوم تنفيذي رقم 08–53، مؤرخ في09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير و نظام الخدمة المتعلق به، ج ر ع 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.

II: التفضيل بين العروض استنادا إلى شروط موضوعية

بعد تقديم المتعاملين الاقتصاديين لعروضهم يأتي دور اللجان الإدارية المكلفة بالموازنة بين هذه العروض واختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية في الصفقات العمومية وكذا أفضل عرض يؤدي إلى ترقية الأداء العمومي ويحافظ على المصلحة العامة في عقود تفويض المرافق العمومية رغم أن المشرع الفرنسي اعتبر في هذه العقود الأخيرة المعيار الشخصي هو العامل الأساسي للتفضيل ما بين العروض إلاّ أنّه حافظ على ضرورة إقامة منافسة فعلية بين المترشحين، حيث يبرم عقد التفويض في فرنسا على مرحلتين الأولى تتمثل في الإشهار وإقامة المنافسة لغرض اختيار العروض المؤهلة للترشح للمرحلة الثانية المبنية على أساس التفاوض الحر بين المتعهدين وممثل الهيئة المفوضة، ومنه وازن بين المنافسة الحرة والحرية التعاقدية في إبرام عقد التفويض وهذا ما لا نجده في التشريع الجزائري.

على العموم مهما كان نوع العقد الإداري غير المستثنى من تطبيق مبدأ المنافسة[19] فإنه يقع لزوما على الهيئة المفوضة اختيار الشخص الذي ستتعاقد معه وفق أسس موضوعية، كما أنّه لا يمكن لها التمييز بين المتعاملين الخواص والمتعاملين العموميين المترشحين لإبرام العقد.

أ: عدم تعسّف الشخص المعنوي العام في استبعاد المتعاملين

يُقصد بذلك المساواة في معاملة المتعهدين للطلبات العمومية ولا يُمكن تفضيل شخص عن آخر كتفضيل مثلا المؤسسات الكبيرة على المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة ، ومبدأ المساواة له وجهين وهي المساواة في الدخول والترشح للطلبات العمومية وكذا المساواة أثناء دراسة العروض[20].

تُعتبر الهيئة العامة ضامنة وبصفة أساسية ومُلزمة باحترام مبدأ المساواة في معاملة المترشحين للطلب العمومي وكذا معاملة الطلبات بطريقة متساوية ولتحقيق ذلك ينبغي على الهيئة الإدارية:

– الالتزام بواجباتها بوضع تحت تصرف جميع المتعاملين المعلومات المتعلقة بالعقد وبصفة كافية لتحضير عروضهم، كما ينبغي على الإدارة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المتعهدين ملف الاستشارة الذي يحدد المعلومات الضرورية لتمكينهم من تقديم عرضهم كما هو محدد في المادة 64 من قانون الصفقات العمومية

[19]– لقد نص المشرع الجزائري على أن العقود التي تخضع لمبدأ المنافسة الحرة هي كل من الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام، إلا أن الصفقات العمومية المبرمة وفق أسلوب التراضي لا تخضع لمبدأ المنافسة الحرة كما أن المشرع الجزائري لم يحدد طائفة من عقود التفويض التي لا تخضع لمبدأ المنافسة عكس المشرع الفرنسي الذي حدد إستثناءات خضوع عقود التفويض لمبدأ المنافسة مثلا عقود التفويض ذو قيمة ضئيلة، عقود التفويض بين شخصين معنويين عامين أو ما يسمى بالتفويض الداخلي...إلخ ، أنظر في ذلك:

LYUDMILA Weyer, *Délégation de service public en pratique régime juridique- passation-exécution*, éd. le moniteur, Paris, 2014, p.p., 22-27.

[20] -CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Thèse pour le doctorat en droit, université de Montpellier I, 18 décembre 2004, p 517.

وتفويضات المرفق العام كما تلتزم بتضمين الإعلان بالبيانات الإلزامية المحددة في المادة 62 من نفس المرسوم.

– أن تمتنع الهيئة العامة المتعاقدة عن إتيان أي سلوك تمييزي، كمثلا تمنح لبعض المترشحين مدة شهر لتقديم العرض بينما تمنح للمترشحين الآخرين مدة ثلاثة أشهر لتقديم عروضهم، أو أنها تطلب من متعهدين بعض الوثائق وتعفي المتعهدين الآخرين منها إلا ما سمح به القانون، فلا يمكن التسليم بشرعية عملية إبرام العقد الإداري إذا كان الفائز بالطلب العمومي استفاد من امتيازات من الإدارة أكسبته هذا المركز القانوني[21]، وقد اعتبر المؤسس الدستوري في فرنسا أنّه لا يمكن للهيئة العامة أن تتخذ أيّ سلوك يؤدي إلى تفضيل أو إعاقة أيّ عون تقدم لإبرام العقد الإداري، وقد ظهر هذا المبدأ لأوّل مرة في الصفقات العمومية ثم تمّ توسيعه ليشمل عقود إدارية أخرى لاسيما عقد تفويض تسيير المرافق العامة[22].

إلاّ أنّه ينبغي القول أنّ استبعاد الهيئة العامة لبعض المتعهدين لعدم توفر فيهم الشروط، أو لكونهم من الأشخاص الممنوعين من الترشح[23] أو المقصيين[24]، أو منح أفضليّة للمنتجات الجزائرية[25] لا يشكل أيّ مساس بمبدأ المنافسة ولا يدل على تعسف الهيئة العامة المتعاقدة.

ب: تطبيق المساواة التنافسية بين المتعاملين العموميين والمتعاملين الخواص

إنّ تطبيق القانون الاقتصادي للأعمال وقانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة الممارسة للنشاط الاقتصادي في السوق، يُشكّل حجر الأساس لتوفير لهم شروط وظروف مماثلة لتلك التي يتمتع بها المتعاملين الخواص، لضرورة إقامة منافسة متساوية لكلا من المتعامل العمومي والمتعاملين الخواص يفرضها شمولية مبدأ المنافسة سواء من الناحية الموضوعية حيث أصبح يطبق على عقود أخرى غير الصفقة العمومية أو من الناحية الهيكلية حيث تلتزم به هياكل أخرى غير الدولة والجماعات المحلية[26].

---

[21]- NICINSKI Sophie, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p.p., 56-62.

[22]- cité par : BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, op.cit., p 227.

[23]– أنظر في ذلك: القرار الممضي في 19 سبتمبر 2015، يحدد كيفيات التسجيل و السحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، و كذلك القرار الممضي في 19 سبتمبر 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ع 17، المؤرخ في 16 مارس 2016.

[24]– حددت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، حالات الإقصاء و يمكن أن نذكر على سبيل المثال المتعاملين الذين هم في حالة إفلاس ، الذين رفضوا استكمال عروضهم ....إلخ

[25]– تمنح هامش أفضلية للمنتجات الجزائرية مقدر بنسبة 25% و ذلك وفق المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[26]–BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, op.cit.,p.p., 40-43.

إنّ معادلة شروط المنافسة يعني عدم امكانية الأشخاص المعنوية العامة الناشطة في الحقل الاقتصادي استغلال امتيازات السلطة العامة لمنافسة المتعاملين الخواص، ويكون ذلك من خلال إنشاء مراكز مالية متساوية بين المتعاملين الخواص والمتعاملين العموميين، فيخضع كليهما لنظام جبائي موحد وكذا المحاسبة التجارية بدلا من المحاسبة العمومية بالنسبة للمتعامل العمومي، وللكشف عن المساواة في المراكز المالية للمتعاملين الخواص والمتعاملين العموميين ينبغي التدقيق في تقنيات الميزانية والمحاسبة التي يخضع لها كل واحد منهم وكذا السعر الذي يطلبه كل متعامل مقابل الخدمة المؤداة.

يُمكن اعتبار مبدأ المساواة التنافسية الذي يقوم عليه العقد الإداري بمثابة نتيجة حتمية لتطبيق مبدأين أساسيين وهما مبدأ المساواة والحياد الذي يقوم عليه المرفق العام، ومبدأ حرية الصناعة والتجارة المضمون دستورا للأعوان الاقتصاديين والذي لا يمكن خرقه أو استبعاده تذرعا بحرية الإدارة في التعاقد بل أن هذا المبدأ الأخير يقضي بحرية المتعاملين الخواص بالاستثمار وبصفة متساوية مع المتعاملين العموميين في المجالات المفتوحة على المنافسة.

عموماً ينبغي التذكير أنّه في حالة إخلال الشخص المعنوي العام بمبدأ المنافسة الحرة عند إبرام العقد الإداري يمكن لكل متضرر جراء ذلك أن يرفع دعوى أمام القضاء الإداري.

ثانياً: القضاء الإداري الإستعجالي كضمانة لاحترام مبدأ المنافسة

تبنىّ المشرّع الجزائري إمكانية الطعن أمام القاضي الإستعجالي عند مخالفة الهيئة الإدارية لالتزام الإشهار والمنافسة من خلال تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية[27] فصلاً كاملاً تحت عنوان " **الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات**"

وهو ما يعرف بالاستعجال ما قبل التعاقدي الذي تبنّاه المشرع الجزائري إقتباساً عن نظيره الفرنسي[28]، منه يفرض الأمر التطرق إلى شروط رفع هذه دعوى، ثم إلى تحديد سلطات القاضي فيها.

---

[27]– يظهر لنا هذا التبني من خلال الفصل الخامس من الباب الثالث لا سيما المادتين 946 و 947 من القانون رقم 08–09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ع 21، المؤرخ في 23 أفريل 2008.

[28]– يمكن تعريف القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية على أنه" :إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"، للتدقيق أكثر حول نشأة و تطور القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي أنظر في ذلك:

– بزاحي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد 05 ، عدد01 ، 2012 ،ص.31 .

– رقراقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2014، ص 223.

ISSN: 0087-2170
DOI:57-2010

I: شروط رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي

بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنجد شروط رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي تتمثل في شروط عامة تطبق على جميع الدعاوى الاستعجالية وشروط خاصة وسوف يتم توضيحها على النحو التالي:

أ- الشروط العامة وتتمثل فيما يلي:

– شرط الاستعجال ويُقصد به الضرورة التي لا تحتمل التأخير مقترن بخطر وشيك الوقوع لا يمكن تفاديه برفع الدعوى العادية حتى وإن تمّ تقصير المواعيد[29]، ويجب أن تتضمّن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضاً موجزاً للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية[30]، وعند ما لا يتوفر الطابع الاستعجالي للدعوى أو أنّ الطلب غير مؤسس كمثلا رفع الدعوى من طرف شخص منع قانونا من تقديم عرضه فإن القاضي الاستعجالي يرفض الطلب أو الدعوى بأمر مسبب وفق ما ورد في نص المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– شرط عدم المساس بأصل الحق وهذا يعني أن القاضي الإستعجالي يأمر بتدابير مؤقتة إستعجالية ولا ينظر في موضوع الدعوى أو تحديد أصل الحق[31]، ويمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من طرف الأشخاص المعنوية العامة[32] باتّخاذها أعمال غير مشروعة تمس بشكل خطير بحقوق الأفراد.

– شرط الجديّة أي أنّه يجب على المدعي أن يُثبت جديته في رفع الدعوى الاستعجالية وذلك من خلال تأكيد استناد حقه في اتباع إجراءات التقاضي على أسباب جديّة ويختلف شرط الجدية من دعوى لأخرى، ويمكن 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.

– شرط الجهة القضائية المختصة والمتمثل في جهاة القضاء الإداري استنادا إلى المعيار العضوي المكرس في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتحديد يؤول الإختصاص في الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي إلى المحكمة الإداري وذلك استنادا إلى نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع العلم أنّه تمّ إسناد مهمة الفصل في الدعاوى الاستعجالية إلى التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع[33] ، ولعل السبب الرئيسي في توحيد الجهة القضائية الفاصلة في دعاوى الاستعجال

29- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص ص 12-14.

30- المادة 925 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

31- المادة 918 من القانون نفسه.

32- المادة 920 من القانون نفسه.

33- المادة 917 من القانون نفسه

ودعاوى الموضوع هو التصدي لإحتمال إستصدار قرارات متعارضة والمحافظة على حقوق الأشخاص رافعي الدعوى، لكون من بين الشروط العامة التي تستلزم لقبول جميع الدعاوى وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرطا الصفة والمصلحة ويقصد بالصفة العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوع النزاع وترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، أما المصلحة المتطلبة في الدعوى الاستعجالية فهي المصلحة المحتملة في النزاع ولا يعتد بالمصلحة القائمة والحالة وقت رفع الدعوى.

ب- الشروط الخاصة وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

– رغم كون الصفة من بين الشروط العامة لقبول الدعوى حيث لا تقبل الدعوى بدون صفة إلا أنه من خلال المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قيد المشرع الجزائري إمكانية رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي في شخصين دون سواهما يمكن أن يكتسبا صفة المدعي وهما: كل من تضرر من عملية إبرام العقد دون الاستناد إلى قواعد الإشهار والمنافسة والشفافية، ولم يذكر المشرع الجزائري إذا كان هذا المدعي من بين المتعاملين الذين قدموا عروضهم أو أنه يحق لمتعامل آخر ولو لم يترشح لإبرام العقد أن يرفع الدعوى بل قيّد شرط رفع الدعوى بشرط المصلحة فكل منْ تمّ المساس بحقه والاعتداء عليه جراء إبرام العقد دون الإلتزام بقواعد الاشهار والمنافسة يمكن له رفع الدعوى.

أما الشخص الثاني الذي أجاز له قانون الإجراءات المدنية والإدارية برفع الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، وذلك حفاظا على مشروعية الأعمال الإدارية.

– الإطار الزمني لرفع الدعوى: بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبيّن أنّه لم يحدد ميعادًا معيناً لرفع الدعوى الاستعجالية عند إبرام العقود الإدارية، ولكن من خلال شرط الاستعجال الذي يفرض السرعة في اتخاذ الإجراءات لمنع ضرر وشيك الوقوع فإن الدعوى ترفع في أجل معقول يحافظ على هذا الظرف، بالإضافة إلى ذلك من خلال نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص في فقرتها الثالثة على "**يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد**"، وهذا كدليل قاطع أن الدعوى ترفع قبل إبرام العقد أي أثناء إجراءات إبرامه.

ولكن في الفقرة الموالية للمادة وعند السماح لممثل الدولة برفع الدعوى الاستعجالية استعملت عبارة: "**.....لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أُبرم العقد أو سيُبرم .....**"، فمن خلال ذلك يفهم من سياق المادة أنّه يمكن لممثل الدولة رفع دعوى استعجالية نظرا للإخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة التي تفرضها عملية إبرام العقد ولو بعد إبرامه.

بالعودة إلى القانون الفرنسي نجد أنّه سمح برفع ثلاث أنواع من الدعاوى عند الإخلال بإجراءات الإبرام تتمثّل الأولى في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدي وهي حق ممنوح للمتعاملين المترشحين لإبرام العقد دون سواهم مع ضرورة المساس المباشر أو غير المباشر لمصالحهم أثناء إجراءات إبرام العقد وقبل التوقيع عليه، أما

الدعوى الثانية فهي الدعوى الاستعجالية التعاقدية وهو حق ممنوح للمتعاملين الذين تم استبعادهم من إجراءات إبرام العقد ولكن بشرط أ لا يكونوا قد مارسوا حقهم في الاستعجال ما قبل التعاقدي[34].

تُرفع دعوى الاستعجال التعاقدي في آجال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان عن المنح المؤقت للعقد أو في آجال ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد في حالة غياب قرار الإعلان، وفي هذه الحالة سيحكم القاضي الإداري بإلغاء العقد إذا تبين له إبرامه دون إتباع إجراءات الإعلان والمنافسة.

أما الدعوى الثالثة فهي ما يطلق عليه ب " طعن tropic" الذي يعود نشأته إلى مجلس الدولة الفرنسي وسمي كذلك نسبة إلى شركة" tropic travaux signalisation"باعتبار أن هذا الاجتهاد اتخذ بصدد الفصل في دعوى استعجالية رفعتها الشركة المذكورة تعبيرا منها عن تضررها من استبعادها من إجراءات إبرام عقد تفويض تسيير مرفق عام منح لشركة أخرى بأسلوب مخالف لإجراءات الإعلان والمنافسة ، حيث إعتبر مجلس الدولة الفرنسي هذا الطعن يدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل المرفوعة على العقد الإداري، وهذا الطعن مخصص للمتعاملين المستبعدين من عملية إبرام العقد وفي مدة شهرين من إتمام وقفل إجراءات الإعلان والمنافسة[35].

يُمكن للقاضي الإداري الفرنسي في هذه الحالة أن يأمر بوقف تنفيذ العقد للبحث في مدى الإخلال بمبدأ المنافسة فإذا ثبت له ذلك يمكن أن يأمر بالفسخ أو تعديل بنود العقد أو الإلغاء الكلي أو الجزئي للعقد، أو الحكم بالتعويض وذلك حسب العيب المشوب به، وفي حالة عدم الكشف عن أيّ إخلال يُمكن أن يأمر بالمواصلة في تنفيذ العقد مراعياً في ذلك ضرورة ضمان سيرورة المرفق العام[36].

– شرط الإخلال بالإجراءات المؤطرة لعملية إبرام العقد بحيث يشترط لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي أن تخل الهيئة الإدارية بإجراءات الإعلان والمنافسة كمثلا عدم تضمين الإعلان البيانات المحددة قانونا أو عدم الإحالة إلى دفتر الشروط أو عدم تقرير مدة معقولة لتحضير العروض أو منح امتيازات لمتعامل على حساب المتعاملين الآخرين، أو تخصيص العقد إلى متعامل واحد محدد بالذات كمثلا إبرام الصفقة العمومية وفق أسلوب التراضي رغم عدم توفر حالة استثنائية.

يدخل أيضا ضمن الإخلال بمبدأ المنافسة قبول عروض غير مؤهلة، فرض شروط وتقنيات لغرض تخصيص العقد لمؤسسة واحدة، تفضيل المتعامل العمومي عن الخواص، استبعاد المتعاملين دون وجه حق أو منعهم من المشاركة رغم توفر فيهم الشروط وقد ذهب القضاء الفرنسي في هذه الحالة إلى منح المتعامل الذي لا

[34] - BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, op.cit.,p 228.
[35]- C.E., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, www.conseil-etat.fr,
[36] - LYUDMILA Weyer, *Délégation de service public en pratique*, op.cit., p 89.

ISSN: 0087-2170
DOI:57-2010

يختار من طرف الهيئة العامة ويتم استبعاده من إجراءات إبرام العقد وبصفة دائمة رغم توفّر كل الشروط فيه حق طلب التعويض عن كل الأموال التي نفقها جرّاء تقديم عرضه[37].

II : سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدي

يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الإستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، تتمثل هذه السلطات في الأمر Injonction والإلغاء L'annulation الوقف Suspension.

أ- سلطة توجيه أمر للإدارة: يملك القاضي حق توجيه أمر للإدارة للامتثال لالتزاماتها وكان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري بمبدأ إجرائي مفاده أن: " القاضي يفصل في النزاع ولا يمارس المهام الإدارية "وذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية[38].

لكن تخلى كل من القانون الفرنسي والجزائري على هذه المبادئ فمن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية أكّد المشرع الجزائري على إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة حيث تنص المادة 4/946 منه على: "**يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه**" . بالتالي لا يوجد أيّ مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال للالتزام فيما يخص الإخلال بالمنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية.

ب- سلطة فرض غرامة تهديديه: لم يكتفي المشرع الجزائري بمنح القاضي الإستعجالي حق إصدار أوامر للإدارة بل نصّ على أسلوب ردعي يفرض على الهيئة الإدارية الامتثال لأوامر القضاء وهي فرض غرامة تهديديه على كل يوم تتأخر فيه الإدارة عن تنفيذ أوامر القضاء الإداري وتسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح لها لاتخاذ الإجراء.

يتمتّع القاضي الإداري بحرية في فرض الغرامة التهديديه من عدمها وذلك لكون المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية استعملت كلمة " **يُمكن** " ولم تأتِ بصيغة الوجوب كما هو حر أيضا في تقدير الغرامة المالية بغض النظر عن وجود ضرر من عدمه، ولكن الغرامة التهديدية لديها طابع تبعي أي أنها لا تفرض إلا بعد رفض الإدارة الامتثال للحكم القضائي الصادر ضدها.

عموماً، فإن الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر[39]، وفي حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر عن التنفيذ تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها[40]، كما يجوز له أيضا

---

[37]- لقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض شركة كانت دائما تقدم عرضها لإبرام عقد تفويض تسيير الشواطئ و لكن كانت دائما تستبعد و لا تفوز بإبرام العقد مما دفعها إلى رفع دعوى ضد البلدية لتعويضها عن ما خسرته من مبالغ مالية في تحضير عرضها، أنظر في ذلك:

- C E., 19 septembre 2012, la commune de Cavalaire-sur-Mer, www.conseil-etat.fr,

[38]- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص ص 63-64.

تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة[41]، كما يجوز للجهة القضائية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي، إذا تجاوزت قيمة الضرر وتأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية[42]، كل ذلك حمايةً للمصلحة العامة وكذا تماشياً مع الطابع العمومي لأملاك الشخص المعنوي العام.

ج- الحكم بتأجيل إمضاء العقد: من خلال المادة 6/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري الاستعجالي الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة 20 يوما وفي هذا الآجال ستتحرى المحكمة الإدارية بتشكيلتها الجماعية عن مدى مخالفة الشخص المعنوي العام لإجراءات الإعلان والمنافسة، كما أنها تتقيد أيضا بنفس الميعاد الذي هو 20 يوما للفصل في الطعن ابتداء من تاريخ الإخطار.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الوسائل التي تستعملها المحكمة الإدارية للكشف عن مدى إخلال الهيئة الإدارية بالتزامات الإشهار والمنافسة؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التمييز بين الأفعال المخلة بمبدأ الاشهار والمنافسة، فهناك من الإخلالات التي لا تكلف المحكمة الإدارية نفسها عناء البحث للكشف عنها كعدم النشر في جريدتين وطنيتين الذي يُعتبر انتهاكاً واضحاً لمبدأ الإشهار والمنافسة، إلاّ أنّ هناك من الإخلالات التي تفرض على المحكمة الإدارية التغلغل في قانون المنافسة للكشف عن مدى وجود مساس بمبدأ المنافسة من عدمه مثل الاتفاق المحظور الذي يجمع بين الشخص المعنوي العام وأحد المتعاملين المتعهدين، فعلى القاضي الإداري في هذه الحالة أن يعتمد على وسيلتين هما: التحليل الاقتصادي من خلال تحليل الوقائع المعروضة عليه بنفس الطريقة التي يقوم مجلس المنافسة بتحليلها، وكذا طريقة إتباع خطوات الاستدلال الاقتصادي وذلك من خلال تكييف الوقائع التي سببتها الممارسة والبحث عن مدى مشروعيتها مما يؤهله أن يصل إلى نفس النتيجة التي قد يصل إليها مجلس المنافسة[43]، وفي هذا السياق سمح المشرع الجزائري للقاضي الإستعجالي أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق[44].

---

[39]-المادة 982 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

[40]- المادة 983 من القانون نفسه.

[41]- المادة 984 من القانون نفسه.

[42]- المادة 985 من القانون نفسه.

[43]- صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية،2002 ، ص ص 119-120.

[44]- المادة 940 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

ISSN: *0087-2170*
DOI:57-2010

خاتمة

بعد البحث في موضوع تأثير مبدأ المنافسة على الحريّة التعاقدية للشخص المعنوي العام ينبغي القول أنّ تبني المشرع الجزائري لمبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام العقد الإداري خطوة جدُ إيجابية لما له من آثار فعالة في ترقية الأداء العمومي، رغم أنّه فصل في إجراءات إبرام الصفقات العمومية ولم يعممها وقد أغفلها تماما في اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة كما ينبغي على المشرع الجزائري أن يضع معياراً دقيقاً يستند إليه لإختيار المفوض إليه مثلما إعتمد المشرع الفرنسي في ذلك على المعيار الشخصي، كما ينبغي على المشرع الجزائري توحيد النصوص المطبقة على عقود التفويض في جميع المجالات بسن نص قانوني واحد جامع ومانع.

وعليه نقترح على المشرع الجزائري ضرورة منح أهمية أكثر لإتفاقيات تفويض تسيير المرفق العام، والأخذ بعين الإعتبار التنسيق بين مختلف النصوص القانونية المنظمة للنشاط الإقتصادي، والمنظمة للقطاع العام، لأنّه إذا ألممنا بهدف قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في فرض مبدأ المنافسة على إجراءات إبرام العقد الإداري من جهة وكذا ترسيخ قانون المنافسة لهذا المبدأ عن طريق قمع مجلس المنافسة لأيّ ممارسة مقيّدة للمنافسة الحرة فإننا نصل إلى نتيجة أنّ كلا القانونين يهدفان إلى حماية ما يسمى **بالنظام العام التنافسي**.