



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

عنوان المذكرة:

إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام في القانون الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص: قانون إداري

إشراف الأستاذة:

* نجماوي خديجة

إعداد الطالبين:

• قواسمي عبد الحق

• حمداوي هشام

لجنة المناقشة:

الأستاذ: مخانق عبد الله..... رئيسا.

الأستاذ: نجماوي خديجة..... مشرفا.

الأستاذة: بغداد كمال..... مناقشا.

السنة الجامعية: 2022/2021

الشكر

إن الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ
بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهديه الله فلا مضل له،
ومن يضلل فلا هادي له، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ونشهد أن
محمدًا عبده ورسوله.
ولا يفوتنا في هذا المقام أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة **نجماوي خديجة**
وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في مساعدتنا في انجاز هذا العمل
والى كل أساتذة جامعة الجبالي بونعامة
وكل من ساعدنا في مشوارنا الدراسي.

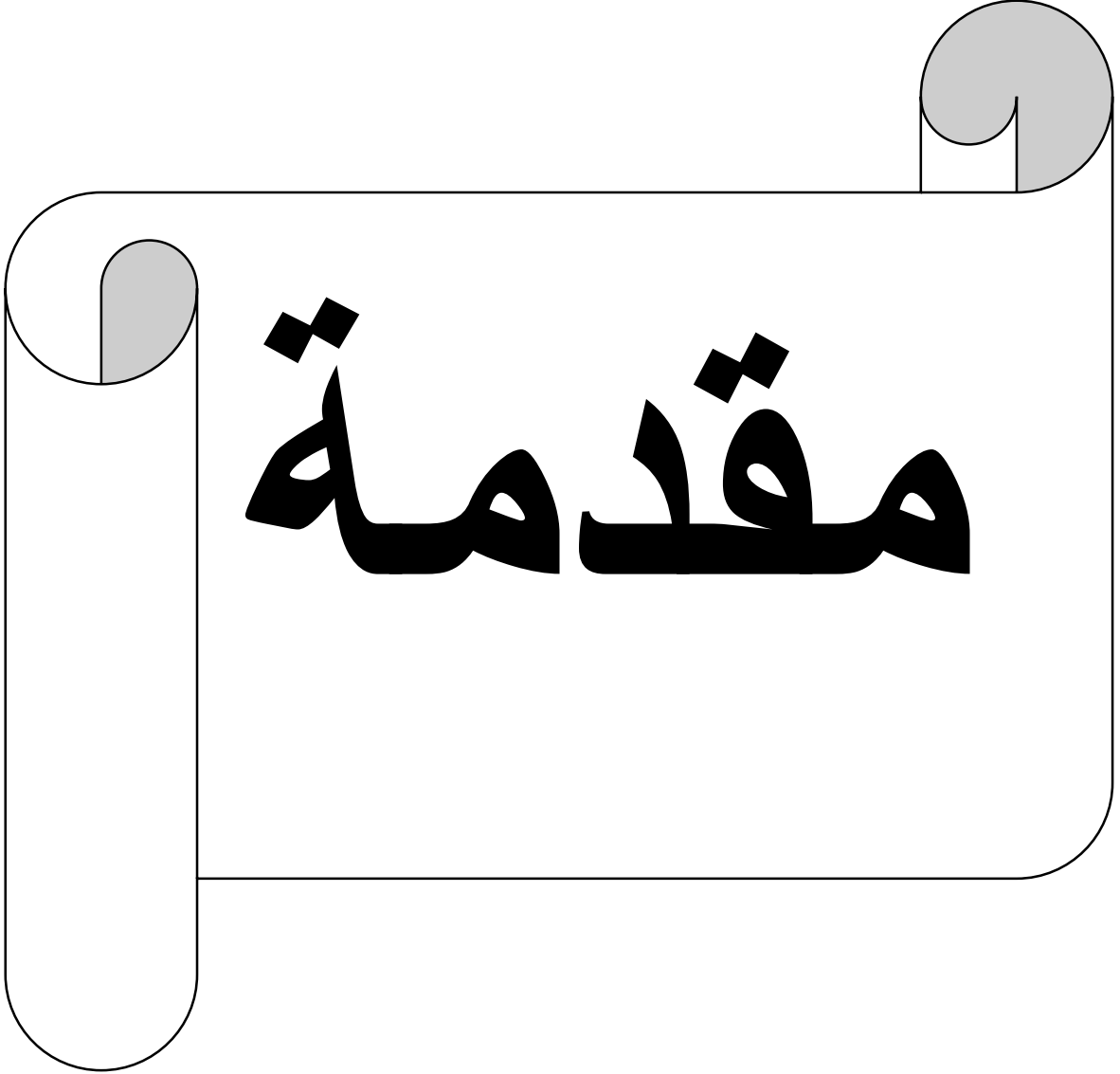
إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا
ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا
إلى اللؤلؤتين التي تلالأتا في فضاء الفضيلة والإخلاص
إلى الشفاه التي أبت أن تنطق إلا بالحكمة، إلى القلبين الذين كانا سكنا للمشاعر
الطيبة

إلى من ربنتي وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات إلى أعلى إنسان في هذا
الوجود ... "أمي الحبيبة"
إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه اليوم
... "أبي الكريم" أطل الله في عمره.
وإلى صديقي العزيز عبد الهادي عويس

إهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات
اهدي عملي هذا ...
إلى عائلتي خاصة أبي وأمي اللذان أحسنا تربيته
إلى أساتذتي خاصة الدكتورة نجاوي خديجة
التي أحسنت توجيهي في عملي هذا ...
إلى زملائي في كلية الحقوق
من هذا المنبر أقول لكم باختصار حفظكم الله وشكرا جزيلا



مقدمة

تعد فكرة المرفق العام محور القانون الإداري باعتباره الوجه الإيجابي للنشاط الإداري، الهدف من وجوده هو ضمان المصلحة العامة من خلال إشباع الحاجيات العامة، فالمرفق العام هو كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها بغية تحقيق الصالح العام.

يقدم المرفق العام خدمة عمومية لها أهداف ترتبط ارتباطا وثيقا بتطور الحياة في المجتمع، وهي تزداد وتتمو بشكل مضطرد ومستمر، ولأنها تهدف إلى تلبية حاجاته كما ونوعا فلا بد أن يواكبها تطور المرفق العام بشكل دائم لاسيما من حيث طرق إدارته وتسييره.

حيث كان الهدف من وراء وجود المرافق العامة هو إشباع الحاجات العامة التي عجز الافراد عن تلبيتها، ومن هذا المنطلق برزت الحاجة لتدخل الدولة من أجل تقديم خدمة عمومية تضمن المصلحة العامة، فنتج عن ذلك تحول دور الدولة من دولة حارسة مهامها توفير الأمن والدفاع والصحة، إلى دولة متدخلة وظيفتها تقديم خدمات كثيرة للأفراد كالتعليم والنقل بالسكك الحديدية والغاز والكهرباء.

إلا إنه وسعيا لتحسين نوعية الخدمات المقدمة من طرف هذه المرافق من جهة، ورفع الأعباء عن كاهل الإدارة من جهة أخرى تبنت الدولة أساليب تهدف إلى إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة إذ أن الأساليب التقليدية في تسييره لم تعد تتلاءم والتطور السريع والكبير الذي شهدته المهام الحديثة الذي أصبح يضطلع بها. لذلك يعتبر تفويض إدارة المرفق العام إحدى الوسائل الناجعة في التسيير الحديث.

تقنية التفويض في تسيير المرافق العامة ليست بالتقنية الحديثة على صعيد التشريع الوطني، بل تعود جذورها إلى العديد من النصوص القانونية التي تؤطر القطاع العام الإداري والاقتصادي على السواء، إلا أن عودة الاهتمام بتفويض المرافق العامة بموجب أحكام المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، تراكمت مع تطورات تحت تأثير ضغوط العديد من الأسباب الداخلية والخارجية، نذكر منها

حاجة الدولة إلى إمكانيات القطاع الخاص، خاصة إثر أزمة أسعار النفط التي أدت إلى تراجع مواردها المالية، والبحث عن بدائل إضافية لتمويل استثماراتها وبنيتها التحتية، مشاطرا بذلك تجارب دول أوروبية يعتبر التشريع الفرنسي في هذا المجال أعرقها على الإطلاق. وتوجت هذه النظرة المستحدثة لتسيير المرفق العام بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، وأهم ما جاء به هو تنظيمه لإجراءات وطرق إبرام عقود التفويض.

أهمية موضوع الدراسة:

وتكمن أهمية دراستنا لهذا الموضوع في كون عقد تفويض المرفق العام من أهم العقود الإدارية لدوره العام في المساهمة في التوازن وترسيخ التعاون بين القطاع العام والقطاع الخاص. ومعرفة الأساليب والطرق التي اعتمدها الدولة في اختيار وضبط الاجراءات الثانوية التي تحكم هذه الطائفة من العقود.

وكذا القيود التي وضعها المشرع الجزائري من خلال تقييد السلطة المفوضة في ضبط طرق إبرام اتفاقية المرفق العام. فعقد تفويض المرفق العام وتشكيله طرف مهم وأسلوب أساسي للدولة في تخفيف العبء عليها وتلبية حاجيات المجتمع.

أسباب اختيار موضوع الدراسة:

وسبب اختيارنا لهذا الموضوع وتطرقنا إليه وتفصيلنا له يعود لعدة أسباب ذاتية وموضوعية نذكرها فيما يلي:

- الرغبة الذاتية في موضوعات القانون الإداري عموما والقيود الإدارية خصوصا.
- حداثة الموضوع كون المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام أنه أول نص قانوني في عقود التفويض بنظام قانوني خاص.

- الوظيفة الازدواجية التي تقوم بها عقود تفويض المرفق العام من خلال المساهمة في التمويل وتخفيف عبء الدولة من جهة وتحسين الخدمة من جهة أخرى.
- موضوع حيوي يطفو فيه الجانب الإجرائي والعملي أكثر من الجانب النظري.
- المكانة التي تحتلها عقود التفويض في المنظومة القانونية الجزائرية وفعالية هذه الآليات في التسيير.

أهداف دراستنا لهذا الموضوع:

إن الهدف المرجو والأساسي الذي نسعى للوصول إليه هو تبيان:

- التعريف الكامل والشامل بالمرفق العام وآليات التفويض التي استحدثت لتسيير المرافق العامة.
- إبراز مدى أهمية طرق التفويض في تسيير المرافق العامة وإثبات مدى تأثيره المباشر في استخلافه للدولب في دورها كمسير رئيسي.
- طرق منح هذه الاتفاقيات من خلال تكريس المنافسة في إجراء عقد تفويض المرفق العام وإبرامه.
- إبراز ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال القيود المفوض له طبقا للمراسيم التنفيذية وحريتها في اختيار المفوض له طبقا للمراسيم التنفيذية المنظمة لطرق إبرام عقد تفويض المرفق العام.

صعوبات الدراسة:

انصبت دراسة هذا الموضوع على بيان طرق إبرام عقد تفويض المرفق العام والتطرق إلى أساليب إبرام هذه العقود في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

غير أن أثناء الدراسة واجهتنا عدة صعوبات أهمها:

- ضيق الوقت فالموضوع الذي اخترناه يتطلب أكبر وقت ممكن من أجل التعمق والتفصيل فيه لأن موضوع متفرع وطويل.

إشكالية الدراسة

إن تنازل الدولة عن تسيير المرافق العمومية لأشخاص القانون العام أو الخاص يفرض عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرافق العمومية وهو مبدأ المصلحة العامة بأبعاده المختلفة، لذا فإن نجاح سير المرفق العام بموجب عقد التفويض مرتبط بداية بقابلية المرفق للتفويض ثم حسن اختيار المفوض له، فالتسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني والأحسن ارتئينا طرح الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري طرق إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام؟

المنهج المتبع في الدراسة

من أجل هذه الدراسة في صورة واضحة ومفهومة وأسلوب سهل كان علينا اتباع المنهج التحليلي والوصفي.

اتخذنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي يركز عليها موضوع الدراسة والواردة في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والقانون رقم 15-247 المتعلق بقانون الضمانات العمومية.

والمنهج الوصفي من خلال تعريفنا لبعض المصطلحات وتوضيح بعض المفاهيم.

تقسيم موضوع الدراسة:

لقد تم تقسيم موضوع دراستنا اعتمادا على التقديم الثنائي للموضوع وذلك في فصلين جاء الأول تحت عنوان الإطار المفاهيمي لتفويضات المرفق العام مقسم على مبحثين

المبحث الأول ماهية تفويض سير المرافق العامة ثم تطرقنا في المبحث الثاني إلى أشكال تفويض المرفق العام.

ثم جاء الفصل الثاني تحت عنوان النظام القانوني لإبرام اتفاقية المرفق العام فكان المبحث الأول يتناول الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام عقد تفويض المرفق العام والمبحث الثاني موضوعه أسلوب التراضي كاستثناء.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لتفويضات

المرفق العام

تمهيد:

إن تعدد وتنوع المرافق العامة، المرتبط بزيادة واتساع الحاجات العامة، وكذلك الامتداد الدولي للكيانات الاقتصادية كل هذه الاعتبارات مجتمعة دفعت إلى التمسك بفكرة الشراكة العامة الخاصة أو بمعنى آخر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة.

فكرة تفويض المرفق العام ليست بفكرة حديثة العهد، وإنما تعود إلى بداية القرن الماضي عندما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض أشخاص القانون الخاص لإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، وتفويض المرفق العام إلى أحد الأشخاص القانون الخاص لإدارته لا يعني تخليا عنه، بل يبقى مسؤول عن حسن إدارته وتأمين استمراريته بشغله.

ونحاول من خلال هذا الفصل الإحاطة بالإطار المفاهيمي لتفويضات المرفق العام من خلال التطرق إلى ماهية التفويض في سير المرافق العامة (مبحث أول)، ثم التعرّيج على مختلف أشكال تفويض المرفق العام في (مبحث ثاني).

المبحث الأول: ماهية التفويض في سير المرافق العامة

إن تفويض المرفق العام هو مصطلح جديد لعلاقة قديمة بين السلطات العمومية والقطاع الخاص واستعمل مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة من طرف الأستاذ M_auty في الثمانينات في كتابه "المرافق العمومية المحلية"¹.

لكن تم تداوله في اللغة القانونية في سنوات التسعينات من خلال القانون رقم 92-125، المتعلق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية. أما في الجزائر حاليا تم تكريس مصطلح تفويض المرفق العمومي في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي ينظم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي.

ونحاول في هذا المقام تبيان جوهر التفويض في سير المرافق العامة من خلال التطرق إلى مفهوم تفويض المرفق العام (مطلب أول)، ثم إبراز مكانته في القانون الإداري (مطلب ثاني).

¹ نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010، ص157.

المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

لتحديد مفهوم تفويض المرفق العام سنتطرق إلى مختلف التعريفات التي قيلت بشأنه (فرع أول)، ونبين على إثر ذلك مجموعة الخصائص التي يتميز بها (فرع ثاني)، بالإضافة على تبيان أسسه والمبادئ التي يقوم عليها (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام

لتعريف تفويض المرفق العام سنتطرق إلى التعريف التشريعي (أولا)، ثم التعريف الفقهي (ثانيا).

أولا: التعريف التشريعي لتفويض المرفق العام

لم يضع المشرع الجزائري نظام قانوني خاص بتقنية التفويض وإنما أشار إليها في نصوص قانونية متناثرة، واستعمل المشرع الجزائري مصطلح "تفويض المرفق العام الأول في قانون رقم 05-12 الذي يتعلق بالمياه حيث جاء في المادة 101 منه الفقرة 02 على "... يمكن للدول منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام الخدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم، كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات الأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام والخاص بموجب اتفاقية".

نستنتج أن المشرع الجزائري في قانون المياه اعتبر تقنية التفويض كأسلوب مستقل بذاته لا يشمل الامتياز وإنما يختلف عنه¹.

¹ قانون رقم 05-12، المؤرخ في 02 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج.ر.ج. ج. عدد 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005 المعدل بموجب القانون 05-03 المؤرخ في 23 جانفي 2008. ج. ج. ج. ج. الصادرة في 27 جانفي 2005 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 09-02 المؤرخ في 5 جويلية ج. ر. ج. ج. العدد 4 الصادرة في 26 جويلية 2009. أعد تهميش النص القانوني.

ويمكن تعريف تفويض المرفق العام حسب المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 الذي ينظم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأنه العقد الذي بمقتضاه يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق العام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام، وتقوم السلطة المفوضية التي تتصرف بحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض سير المرفق العام بموجب اتفاقية، وبهذه الصفة يمكن للسلطة المفوضية أن تتعهد له انجاز منشآت واقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير عمل المرفق العام¹.

كما عرف المرسوم 18-199 في مادته الثانية تفويض المرفق العام بأنه تحويل بعض المهام غير السياحية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة إلى المفوض له سواء كان هذا الأخير شخص معنوي عام أو خاص خاضع للتشريع الجزائري بهدف الصالح العام².

ثانياً: التعريف الفقهي لتفويض المرفق العام

تعددت التعاريف الفقية التي قيلت بشأن تفويض المرفق العام، نورد بعضاً منها في هذا المقام، حيث عرفه الأستاذ Jean Boutino: بالقول: إن تفويض المرفق العام يتم بوجود لمؤسسة تكلف بتحقيق في مدة معينة وسواء باللجوء أو بعدم اللجوء إلى الاستثمارات استغلالاً لمرفق ختمة للجمهور ولحسابه³.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. لي. ج. ج. العدد 50 الصادرة بتاريخ 20 بهشهر 2015.

² مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 هـ الموافق لـ 02 غشت 2018م المتعلقة بتفويض المرفق العام، ج. لي. ج. ج. العدد 43 الصادرة في سنة 2018.

³ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، لبنان، 2009، ص 58.

وعرفه الأستاذ [Mrad – Imel Aoui] بأنه: "العملية التي تسمح بتخلي أشخاص القانون العام عن الصلاحيات والمهام الضرورية لتسيير مرفق عام واستغلاله لأشخاص من القانون الخاص¹.

أما الأستاذ Chaptus فقد عرفه بأنه " : عقد يتعهد من خلاله الجماعة العامة للغير بتنفيذ مرفق عام، هي قيمة عليه، بطريقة تؤدي لإنشاء علاقات عقدية من قبل المفوض له (المتعاقدين) مع المنتفعين مهما كان شكل العائدات².

من خلال هذه التعريفات يمكننا ضبط تعريف تفويض المرفق العام بأنه: العقد الذي من خلاله يخول شخص من القانون العام تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته وبكل ما يتحمله من أرباح وخسائر، لشخص آخر بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج استغلال المرفق ويتحمل بذلك كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح باستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق³.

الفرع الثاني: خصائص تفويض المرفق العام

من خلال التعاريف السابقة يمكننا استخلاص خصائص لتفويض المرفق العام والتي تتمثل في:

أولاً: حتمية وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة

يقصد بذلك أنه يجب أن يشكل موضوع عقد تفويض المرفق العام مرفقا عاما، وهذا ما يحقق إشباع حاجة عامة أو أداء خدمة سواء كانت هذه الحاجة مادية أو معنوية⁴.

¹ نادية ظريفي، المرجع السابق، ص 129

² وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 60.

³ نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 130.

⁴ المرجع نفسه، ص 130.

ثانياً: تفويض المرفق العام هو عقد وكالة

الإدارة العمومية تنشئ المرفق العام وتنظمه وهي التي توكله من خلال عقد التفويض للمرفق العام إلى شخص آخر يتولى استغلاله مع بقائها لدورها الأساسي وهو الرقابة (نوعية الخدمات الأسعار... الخ)، وهذا ما أكتته المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199 يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام التي تدعي في النص السلطة المفوضة أن تفوض للقانون الجزائري يدعي في صلب النص المفوض له بموجب اتفاقية تفويض¹.

ثالثاً: وجود علاقة تعاقدية

إن العلاقة بين مانح التفويض وصاحب التفويض هي علاقة عقدية، فهي اتفاق بين إرادتين مانح التفويض هو شخص عام، وصاحب التفويض هو شخص طبيعي أو معنوي، ويمكن أن يكون شخصاً عاماً أو خاصاً. فهذا العقد يحدد كافة الشروط: الأطراف، المدة التنفيذ....

أ- أطراف عقد التفويض:

- 1- **المفوض:** هو شخص معنوي من القانون العام الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها) صاحب الاختصاص لتسيير المرفق محدد قانونياً.
- 2- **المفوض له:** هو صاحب التفويض الذي يتولى تسيير واستغلال المرفق العام على أحسن صورة حتى يتحقق الهدف المرجو، وهو تحقيق المنفعة العامة حيث لا يوجد شكل قانوني خاص به فيمكن أن يكون المفوض له شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أو مؤسسة أو جمعية من القانون الخاص².

¹ المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام.

² محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 97.

ب- مدة التفويض:

كما يحدد عقد التفويض مدة معينة لتفويض المرفق، ومن المتفق عليه أن عقد الامتياز يكون طويل المدى، وهذا لأن صاحب الامتياز يقوم باستثمارات تلتزم مدة طويلة لاسترجاع خسائره وتحقيق الأرباح، ونصت المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199 في فقرتها الثالثة على: "لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين (30) سنة¹، عكس الإيجار الذي يكون في أغلب الأحيان قصرا أو متوسط المدى، وهو نفس الحال بالنسبة لعقد التسيير الذي لا يتعدى في أغلب الحالات ثلاث سنوات²."

رابعاً: تعلق التفويض باستغلال واستثمار بالمرفق العام

يعرف عدة فقهاء التفويض بأنه عن مهمته الأساسية هي الاستغلال ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له لسلطاته الكاملة في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك السلطات التالية:

- وجود علاقة مباشرة بين المرفقين والمشتغل بالمرفق.
- المفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين.
- يضمن المشغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح.
- توفير المنشأة والوسائل الضرورية لسيير المرفق والقيام بكل الأعمال لذلك³.

¹ المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر.

² نادية ظريفي، المرجع السابق، ص 134.

³ المرجع نفسه، ص 131.

ونصت المادة 207 في فقرتها الأولى من المرسوم 15-247 على الاستثمار في المرفق العام، حيث نصت على أنه "ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من الاستغلال للمرفق العام¹.

بحيث لا يكفي لتحقيق تفويض المرفق العام أن يتعهد للمفوض إليه بإدارة المرفق العام واستغلاله، وإنما يجب أن يتحقق معه شرط آخر وهو أن يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له بنتائج الاستغلال².

الفرع الثالث: مبادئ وأسس تفويض المرفق العام

تقوم عملية تفويض المرفق العام على مبادئ هامة تضمن نزاهتها وفعاليتها، وأسس لا يمكن الاستغناء عنها، نوردتها فيما يلي:

أولاً: مبادئ تفويض المرفق العام

وتتنقسم مبادئ تفويض المرفق العام إلى قسمين: مبادئ تحكم مرحلة الإبرام ومبادئ تحكم مرحلة التنفيذ.

أ- المبادئ التي تحكم عملية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام:

إن إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام يخضع للمبادئ الواردة في المرسوم التنفيذي 18-199، فلضمان الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في تفويض المرافق العامة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.

¹ المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر

² سليمان سهام، تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، الجزائر ص09.

1- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

يقصد به حرية المترشحين في التقدم للمسابقة علنية بعروضهم في الحدود التي يحددها القانون أو تشترطها جهة الإدارة.

2- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين

المساواة هو مبدأ دستوري يقتضي بعدم التمييز بين المتنافسين، إلا أن هذه القاعدة لا تمنع من وضع شروط يلزم توفرها لضمان الصلاحية والكفاءة أو غير ذلك من اعتبارات المصلحة العامة¹.

3- شفافية الإجراءات

عرف الأستاذ Michel Bazex الشفافية بأنها وسيلة لمراقبة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين أو للمستهلكين قد رعيت فعلا من قبل الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام.

فالشفافية وفقا لهذا التعريف تشكل صراع بين الأشخاص المنتفعين من المرفق من جهة والشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام فالمنتفع من حقه إعلامه عن كيفية نادية المرفق العام نشاطه، عكس الشخص المكلف بإدارة واستثمار المرفق العام الذي من مصلحته عدم إعلام المنتفعين عن كيفية تحقيقه للنشاط المرفقي واخفائه كذلك للوضع المالي والاقتصادي للمشروع².

ب- المبادئ التي تحكم عملية تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام:

وتتمثل في مبدأ الاستمرارية والمساواة مع قابلية المرفق العام للتبدل والتغير.

¹ محمود عاطف البناء العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 127 126.

² وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 91.

1- مبدأ الاستمرارية:

ويعني هذا المبدأ ضرورة مزاولة المرفق نشاطه بصفة منتظمة دون توقف أو انقطاع، وذلك لتحقيق الهدف الذي أنشأ من أجله المرفق وهو تقديم الخدمات الضرورية والوفاء بالحاجات العامة، وعليه يعتبر مبدأ الاستمرارية من أهم المبادئ في النظام القانوني لكل المرافق العامة.

ومن أهم القواعد التي تضمن استمرارية المرافق هي منع الإضراب، تنظيم استقالة الموظفين، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية.

2- مبدأ التكيف:

نعني بهذا المبدأ تكيف المرفق العام مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية وإمكانية تعديل القوانين واللوائح التي تحكم سير وتنظيم المرافق العامة، بهدف تمكين المرفق العام من مواكبة تطورات العصر والوسائل والطرق الفنية المستحدثة في تقديم وأداء الخدمات العامة، كما أن هذا المبدأ يعطي المرفق العام المرونة الكافية لتحقيق المصلحة العامة التي تمتاز بمفهومها المتغير، عبر الزمان والمكان¹.

3- مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم المرافق العامة أيما كان نوع نشاطها، ويقصد بالمساواة هذا الانتفاع وفقا للشروط والقيود المحددة قانونا لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة يوجب احترام القانون وتطبيقه بالسواء على جميع المواطنين دون الانتقاص من أحكامه².

¹ صونية نايل، السير المفوض المرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، جامعة العربي التبسي، الجزائر 2017، ص 72.

² المرجع نفسه، ص 71.

ثانياً: أسس تفويض المرفق العام

نلاحظ من خلال التعاريف السابقة أنها تتفق على أن تفويض المرفق العام يشترط لتحقيقه مجموعة من العناصر، وعند تخلفها لا تكون أمام تفويض للمرفق العام، وتتمثل هذه العناصر في:

أ- وجود مرفق عام

يعتبر المرفق العام من أكثر المفاهيم عموماً وتطوراً في القانون الإداري، حتى أنه لم ينته الفقه إلى رأي موحد بشأن مفهوم المرفق العام، فيكتسي المرفق العمومي في الجزائر معنيين أساسيين وهما:

1- المرفق العمومي كمؤسسة: يعرف المرفق العمومي استناداً إلى المعيار العضوي على أنه جهاز أو مؤسسة أو هيئة عامة، أي جهاز الذي يسير الشؤون والحاجات العمومية وقد بديرة المرفق العمومي الذي تتمثل للتعليم العالي في الوزارة وكذلك مختلف الجامعات¹.

2- المرفق العمومي كوظيفة: بالاستناد إلى المعيار المادي فإن المرافق العامة تمثل ذلك النشاط أو العمل الذي تقوم به الأجهزة العمومية وكذلك أجهزة أخرى خاصة وعامة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

من خلال التعريفين السابقين يمكننا إعطاء التعريف التالي للمرافق العامة في الجزائر: المرفق العمومي في الجزائر هو مشروع يعمل بإطراء وانتظام تحت إشراف رجال الحكومة يقصد أداء خدمة هامة للجمهور، مع خضوعه النظام قانوني معين².

¹ محمود أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 116.

² علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري النشاط الإداري، (وسائل الإدارة)، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 2010 ص 09.

ويعد تفويض المرفق العام أحد الطرفين في إدارة المرافق العامة وبالتالي يقتضي وجود مرفق عام بشكل موضوع عقد التفويض¹.

ب- الاستغلال التجاري للمرفق العام:

استغلال المرفق العام شرط مهم لقيام التفويض ويقصد به إدارة المرفق وتشغيله وفقا للغاية من إنشائه، وهذا تحت رقابة وإشراف السلطة مائة التفويض، كما يتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته، ويتحمل كل المخاطر المترتبة على ذلك².

وفي مقابل ذلك يتلقى صاحب الامتياز عائدات مالية تتاج استغلال المرفق العام من قبل المستفيدين، فارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال هو الميزة التي تميز بين عقد تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية، ففي الصفقات العمومية يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل ثمن محدد بحيث يتم تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفة الأعمال المتعددة، وهذا بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتم تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال وليس في صورة تكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق العام³.

وأكدت المادة 207 في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على هذا العنصر، حيث نصت على أنه يتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام".

¹ سليمان سهام، المرجع السابق، ص 09

² المرجع نفسه، ص 09.

³ سليمان سهام، المرجع السابق، ص 10.

ت - وجود شخص معنوي عام:

ان تفويض المرفق العام لا يمكن أن يمنح الا من قبل شخص معنوي عام يكون مسؤول عن ادارته وتنظيمه وحتى أحيانا انشائه وعليه لا يمكن لأشخاص القانون الخاص منح تفويض المرفق العام¹.

المطلب الثاني: مكانة تفويض المرفق العام في القانون الإداري

تشكل عقود تفويض المرفق العام فئة من العقود الإدارية باعتبار أن السلطة المفوضة تعد شخص من أشخاص القانون العام، بالإضافة إلى كون موضوع العقد يتعلق بإدارة وتسيير مرفق عام بقصد إشباع حاجيات المواطنين وتحقيق المصلحة العامة.

قد تختلط مفهوم تقنية تفويض المرفق العام باعتبارها من فئة العقود الإدارية مع غيرها من العقود الإدارية، ولتحديد مكانتها القانونية نحاول التمييز بينها وبين غيرها من المفاهيم المشابهة في القانون الإداري (فرع أول)، وبالإضافة إلى التمييز بينها وبين غيرها من طرق تسيير المرافق العامة (فرع ثاني).

الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن غيره من المفاهيم المشابهة في القانون الإداري

يعرف مفهوم تفويض المرفق العام تشابه مع بعض المفاهيم المعتمدة في القانون الإداري كالتفويض في السلطة الإدارية والوكالة في العقود الإدارية والتأهيل والصفقات العامة والخصخصة، مما يستوجب المقارنة بين أسلوب التفويض مع طرق إدارة المرافق

¹ المرجع نفسه، ص11.

العامة لاسيما إدارة أشخاص القانون العام وشركات الاقتصاد المختلط وبعض العقود الإدارية المشابهة¹.

أولاً: تفويض المرفق العام والتفويض في السلطة الإدارية

إن التفويض الإداري هو أسلوب من أساليب التنظيم الإداري يتم بموجب تحقيق أعباء الأصل الإدارية، وذلك عن طريق تحويل لأحد مرؤوسيه للقيام ببعض اختصاصاته لكي يتفرغ للمسائل الكبرى للمؤسسة الإدارية التي يقودها².

ومنه نستنتج أن تفويض المرافق العامة والتفويض في السلطة الإدارية يشتركان في نقل الاختصاص من جهة إلى أخرى إلا أنهما يختلفان في المسائل الآتية:

أ- من حيث الطبيعة القانونية لعملية التفويض

يتميز تفويض الاختصاص بطابعه الانفرادي، كونه عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة في شكل قرار إداري، بينما تفويض المرفق العام الذي يأخذ شكل العقد يمتاز بطابعه الاتفاقي³.

ب- من حيث المحتوى

التفويض في السلطة لا يكون إلا جزئياً بحيث لا يشمل جميع كل اختصاصات المفوض، فلا يكون صحيحاً إلا إذا انصب على جانب من هذه الاختصاصات فقط، أما تفويض

¹ مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة: الامتياز، الشركات المختلطة، bot، تفويض المرفق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 466.

² عهد قريطم، التفويض في الاختصاصات الإدارية منشورات الطهي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 19

³ صونية نايل، المرجع السابق، ص 19.

المرفق العام فإنه يشمل جميع المهام والأعمال التي تقتضيها إدارة واستغلال المرفق العام، فهو ليس محصوراً بمهمة أو عمل دون غيره¹.

ت- من حيث درجة التفويض:

نجد أن المفوض إليه في تفويض الاختصاص لا يمكنه إعادة تفويض الاختصاصات التي فرضت إليه لغيره، وهو ما يجعل تفويض الاختصاص يتم دائماً على درجة واحدة على عكس تفويض المرفق العام الذي يمكن فيه لصاحب التفويض أن يكون بدوره سلطة مفوضة مع الالتزام بشرط أن تجوز الموافقة المسبقة من السلطة التي منحتة التفويض².

ثانياً: منح تفويض المرفق العام والصفة العامة

تتشترك الصفقات العامة مع تفويض المرفق العام في الطبيعة القانونية باعتبارها عقد في الحالتين، والصفة العامة تبرم غالباً مع أحد أشخاص القانون الخاص بهدف تأمين اللوازم والمواد وتقديم الخدمات وإعداد الدراسات والقيام بالأشغال التي تحتاج إليها الدولة، مقابل من محدد في دفتر الشروط تؤدي إلى التعاقد مع الإدارة من قبل الشخص العام³، أما التفويض فإنه يتضمن استغلال مرفق عام من قبل شخص آخر مقابل حصوله على مقابل مالي يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال⁴.

أما الفرق بينهما يكمن في معياران أساسيان هما:

¹ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 466.

² صونية نايل، المرجع السابق، ص 19.

³ المرجع نفسه، ص 19.

⁴ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 470.

أ- معيار المقابل المالي

بالنسبة للمقابل المالي في الصفقات العمومية لا تكون له أي علاقة بمردودية استغلال المرفق، بل يكون عن طريق سعر تحدده الإدارة بعد تقديم العروض من طرف المشاركين ويكون هذا السعر محدد في العقد أما تفويض المرفق العام فإن المقابل المالي له علاقة بنتيجة استغلال المرفق، كما يقول الأستاذ Claudie " ضرورة تعلق المقابل المالي المتحصل عليه باستغلال المرفق لا غير، في أغلب الأحيان في إتوات من طرف المرتفقين مقابل الخدمة، وعليه فإن معيار كيفية تقع المقابل المالي هو معيار مغري لتفويض المرفق ومميز له عن الصفقة العمومية¹.

ب- معيار الاستغلال

إن موضوع عقد التفويض هو استغلال مرفق عام ولا يوجد عقد تفويض إن لم يكن موضوعه نشاط شكل مرفقا عاما، أما الصفقات العامة فإن موضوع الصفقة في تأمين اللوازم والخدمات والأشغال التي تحتاجها الدولة، والمبادئ العامة للصفقات العامة تسمح للمتعاقد مع الإدارة بان يتولى تنفيذ جزء من مرفق عام، أي القيام بمهام أو خدمات للمرفق دون أن تبلغ إدارة واستغلال المرفق العام، كإدارة محطة توليد الطاقة في مرفق الكهرباء أو تنظيم الحاويات في المرافق البحرية.

ثالثا: تفويض المرفق العام والوكالة

تعرف الوكالة بالمعنى القانوني بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني الحساب الموكل².

¹ نادية ظريفي، المرجع السابق، ص 137-138.

² عيد قريطم، المرجع السابق، ص 49.

ويختلف مفهوم الوكالة في القانون الإداري عن مفهوم تفويض المرفق العام في العناصر التالية:

أ- من حيث موضوع العقد:

إن موضوع الوكالة ليس محصور بإدارة واستغلال المرافق العامة وإنما يمكن أن يمتد إلى مهام أخرى حتى الأشغال العامة في حين يحصر عقد تفويض المرفق العام بإدارة واستغلال المرفق العام، كما أن التفويض محصور في مجموعة من المرافق العامة والتي تعد مرافق عامة قابلة للتفويض، أما الوكالة العامة فيجوز أن تتعلق بموضوع يتصل بمرافق سيادته غير قابلة للتفويض، كمرفق الشرطة أو التعليم أو الصحة¹.

ب- من حيث المسؤولية:

يتحمل الشخص العام المسؤولية الكاملة عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل، كما يتحمل جميع النفقات اللازمة لقيامه بالمهام المطلوبة منه. أما في تقنية التفويض فإن صاحب التفويض يتحمل مسؤولية تشغيل المرفق العام واستغلاله على نفقته ومسؤوليته.

ت- من حيث نهاية كل منها:

ويمكن للشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسباً وفقاً لأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، أما في تفويض المرفق العام فلا يحق لمناح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا تحقيقاً للمصلحة العامة أو عند ارتكاب صاحب التفويض لخطأ جسيم أو في حال حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية.

¹ صونية نايل، المرجع السابق، ص 110-

ث- من حيث المقابل المالي:

يتقاضى الوكيل المقابل المالي في صورة ثمن محدد يدفعه إلى الشخص العام الذي وكله، أما في ظل تقنية التفويض فإن المقابل المالي يجب أن يرتبط بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق سواء كان مصدره الشخص العام أو المستفيدين من خدمات المرفق العام¹.

رابعاً: عقد التفويض والتأهيل

التأهيل هو تقنية تمكن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام أن تعهد بإرادتها المنفردة بتفويض أحد الأشخاص سواء من الأشخاص العامة أو الخاصة، إدارة مرفق عام.

ويجري التأهيل إما بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية أو بموجب نظام صادر عن السلطة التنفيذية أو بقرار صادر عن السلطة التقديرية لأحد الأشخاص العامة المستقلة.

ويشترك عقد التفويض مع التأهيل في أنهما يشكلان وسيلة لإدارة المرافق العامة، إلا أن طبيعة العلاقة بين الشخص العام والشخص الذي يتولى إدارة المرفق العام هي التي تحدد الفرق بينهما حيث تتسم تفويض المرفق العام بالطابع التعاقدية حيث تقوم علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض والسلطة مانحة التفويض، ويخضع طرفا العقد للأحكام المنصوص عليها في العقد بالإضافة إلى النظام القانوني للتفويض أما في ظل تقنية التأهيل فإن العلاقة بين الشخص العام والشخص الذي يتولى إدارة المرفق العام هي علاقة نظامية وليست تعاقدية².

¹ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 469.

² المرجع نفسه، ص 470.

خامسا: تفويض المرفق العام والخصخصة

عرف سعد نجار الخصخصة بأنها "سياسة نقل ملكية أو إدارة بعض المنشآت العامة المملوكة جزئيا أو كليا إلى القطاع الخاص"¹، وقد ركز هذا التعريف أساسا على أهم طريقتين للخصخصة وهما نقل الملكية أو نقل الإدارة.

وعرف المشرع اللبناني الخصخصة بأنها المشروع العام كليا أو جزئيا أو تحويل إدارته كليا أو جزئيا بإحدى الطرق القانونية إلى القطاع الخاص، بما في ذلك نظاما الامتياز أو الأنظمة الحديثة المتشابهة ولإقامة وإدارة مشاريع اقتصادية لمدة معينة والتي تشكل أنواع تفويض المرفق العام²، وبالتالي يعد تفويض المرفق العام أحد صور الخصخصة بمعناها الواسع التي تهدف إلى تعزيز دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة.

مع الإشارة إلى أن تفويض المرفق العام لا يشكل إحدى صور الخصخصة إلا في حال كان صاحب التفويض من أشخاص القانون الخاص. أما في حالة كان التفويض إلى أحد أشخاص القانون العام، فلا شكل أحد أشكال الخصخصة³.

الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن طرق الإدارة الأخرى المعتمدة في تسيير المرافق العامة

إن تعدد الوسائل المعتمدة في سير المرافق العامة قد تؤدي إلى خلط بين المفاهيم، خاصة وإن مفهوم تفويض المرفق يوطر مجموعة من العقود كفئة جديدة ومستقلة عن بعض الطرق الأخرى المعتمدة في تسيير المرفق العام. ومن الضروري تحديد هذه الطرق وتمييزها عن تفويض المرفق العام.

¹ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 472.

² بعزیز ميسة، الخوصصة في الجزائر: خيار سياسي ألم حتمية اقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الطرق، تخصص القانون العام، بجاية الجزائر، 2013، ص 22.

³ صونية نايل، المرجع السابق، ص 133.

أولاً: تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة

يقصد بالتسيير المباشر للمرفق العام أن تقوم الدولة أو الجماعة المحلية بإدارة المرفق مستعينة بأموالها وموظفيها ومستعملة في ذلك وسائل القانون العام¹.

ويقول العميد أحمد محيو يعني التسيير المباشر عندما يؤمن تسيير المرفق العام مباشرة من قبل المجموعة العامة (دولة، جماعات محلية) والتي تتولى مسؤوليته، فالإدارة تتصرف بواسطة وكلائها ووسائلها المادية مستعملة أدوات القانون العام (امتيازات السلطة العامة)².

من خلال ما سبق نلاحظ أن كل من تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة يشتركان في أن موضوعهما يكمن في إدارة واستغلال المرفق العام.

إلا أنهما تختلفان في النقاط التالية:

أ- اختلاف صفة الشخص بالتسيير

يتولى إدارة المرفق العام في ظل الإدارة المباشرة الشخص العام الذي يرتبط به المرفق، أما في ظل تقنية التفويض فيتولى إدارة المرفق العام شخص آخر غير الشخص العام المرتبط به المرفق، قد يكون شخصا خاصا أو عامة³.

¹ نادية ظريفي، المرجع السابق، ص 15.

² سليمان الطماوي، ميادين القانون الإداري (الكتاب الثاني: نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة)، الطبعة العاشرة، دار الفكر العربي، 1979، ص 60.

³ بركيبة حسام، التفويض المرفق العلم مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرفق العام". مجلة المفكر، جامعة أبي بكر بتقليد، ليسان، العدد 14، ص 570.

ب- من حيث نوعية المرفق

يستطيع الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة التي ترتبط به دون جهود تتعلق بنوعية المراق فلا توجد مرافق عامة غير قابلة للإدارة المباشرة من قبل الشخص العام شرط التقيد بقواعد الاختصاص والصلاحيات التي حددها الدستور والقوانين والأنظمة النافذة.

أما في ظل تقنية تفويض المرفق العام فيوجد مجموعة من المرافق ذات الطابع الدستوري التي لا يجوز تفويض إدارتها إلى شخص آخر غير الشخص العام.

ت- من حيث درجة الاستقلال الإداري للمسير

ان يتولى الشخص العام في ظل الإدارة المباشرة إدارة المرافق العامة المرتبطة به وفقا للقواعد القانون العام ويمكن أن تعطي الوحدة التي تتولى إدارة المرفق العام الاستقلال المالي مع بقاء ارتباطها الإداري بالشخص العام أما في ظل تقنية التفويض فيتولى صاحب التفويض إدارة المرفق باستقلال عن الشخص العام من الناحيتين الإدارية والمالية¹.

ثانيا: تفويض المرفق العام والمؤسسة العمومية

تعرف المؤسسة العمومية بأنها الطريقة الوسطى لتسيير المرفق العام بين التسيير المباشر والتفويض.

وتتمتع بمجموعة من امتيازات السلطة العامة لكنها بالمقابل تخضع لقيود مرتبطة بالقانون العام مثل الرقابة المحاسبية، الصفقات العمومية... الخ.

¹ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 473

كما تعرف أيضا بأنها شخص إداري مستقل عن الدولة والجماعات المحلية مكلف بتسيير مرفق عام أو مجموعة من المرافق العمومية من نفس الطبيعة¹.

والمؤسسة العامة تتميز عن تقنية التفويض في عدة عناصر أهمها:

أ- إن العلاقة القائمة بين صاحب التفويض والشخص العام مائح التفويض هي علاقة تعاقدية بينما العلاقة بين المؤسسة العامة والشخص العام الذي يرتبط به هي علاقة نظامية تخضع للقوانين والأنظمة ذات الصلة².

ب- في تقنية تفويض المرفق العام المقابل المالي يرتبط بنتائج الاستغلال للمرفق العام بينما في التسيير بالمؤسسة العمومية يمكن للدولة أن تمويل المرفق العام عن طريق المساهمات والدعم المالي.

ت- في تقنية تفويض المرفق العام يخضع صاحب التفويض الرقابة وإشراف الشخص العام الذي يرتبط به المرفق موضوع التفويض، في حين تخضع المؤسسة العامة لوصاية إدارية على مقررات المؤسسة العامة بحيث لا تصبح نافذة إلا بعد التصديق عليها من قبل السلطة الوصية، ومهما بلغنا درجة الوصاية على أعماله، لأن صاحب التفويض بدير المرفق العام باستقلال عن الشخص العام وعلى نفقته ومسؤوليته³.

ثالثا: تفويض المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط

تعني شركة الاقتصاد المختلط مشاركة أشخاص القانون العام مع أشخاص من القانون الخاص في رأس مال شركة بهدف إدارة مرفق عام يتم في غالب الأحيان بالطابع الاقتصادي.

¹ بركيبة حسام، المرجع السابق، ص 570.

² مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 471.

³ بركيبة حسام، المرجع السابق، ص 571.

وتعد شركة الاقتصاد المختلط بشركة مساهمة تجارية تملك الدولة أو أحد أشخاص القانون العام أغلبية أسهمها في حين يملك أشخاص القانون الخاص باقي الأسهم.

وتتشارك شركات الاقتصاد المختلط مع تقنية التفويض في أنهما من طرف إدارة المرافق العامة إلا أنهما يختلفان في العناصر الآتية:

أ- أن العلاقة التي تربط بين صاحب التفويض والشخص العام هي علاقة تعاقدية، بينما العلاقة التي تربط بين شركة الاقتصاد المختلط والشخص العام هي علاقة نظامية.

ب- تخضع الشركات المختلطة للقوانين والأنظمة الصادرة عن المشرع لاسيما النص إنشائها والنظام الأساسي الموضوع لها أما عقود التفويض فتخضع لبند عقود التفويض والنظام القانون الخاص بها.

رابعاً: تفويض المرفق العام وعقود الشراكة العمومية والخاصة BOT

تعتبر عقود البوت (BOT) من العقود الحديثة نسبياً في المعاملات الاقتصادية الجديدة المحلية منها والدولية و BOT هي اختصار للكلمات الإنجليزية الثلاث:

- (B) :اختصار لكلمة (Build) وتعني البناء.
 - اختصار لكلمة (Operate) وتعني التشغيل.
 - (T) اختصار لكلمة (Trensfer) وتعني النقل.
- ويقابلها بالفرنسية (C.E.F) وهي اختصار للكلمات:
- (C) اختصار لكلمة (Construir) وتعني البناء .
 - (E) اختصار لكلمة (Exploiter) وتعني استغلال .

• (F) اختصار لكلمة (Transferer) وتعني نقل الملكية¹.

ويعرف عقد ال BOT بأنه عقد إداري حديث يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية والأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن على أن تلتزم لنقل ملكيته إلى الدولة، أو الهيئة العامة، بعد القضاء المدة المتفق عليها².

نلاحظ من خلال التعريف أن عقد البوت هو عقد امتياز مرفق عام وأشغال عامة في الوقت عينه بحيث تقتضي موضوع العقد بأن تتولى شركة المشروع إقامة وتشغيل مرفق عام مع الحق في الاستغلال التجاري بعدد من السنوات يتفق عليها بحيث تكون كافية ليسترد شركة المشروع تكاليف البناء إلى جانب تحقيق الأرباح المناسبة تحصله من المستفيدين من خدمات المرفق مباشرة أي أن المقابل المالي الذي تحصله الشركة مرتبط بصورة جوهرية بنتائج تشغيل المرفق وبالتالي فإن عقد البناء والتشغيل والتحويل تتوفر فيه الأسس التي يقوم عليها عقد التفويض ويشكل إحدى صور تقنية التفويض.

والعلاقة القائمة بين الشخص العام وشركة المشروع هي علاقة تعاقدية³.

¹ وضاح الحمود محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، حقوق الإدارية المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 31.

² نادية ظريفي، المرجع السابق، ص 112.

³ مروان محي الدين قطب، المرجع السابق، ص 475.

المبحث الثاني: أشكال تفويض المرفق العام

إن تعدد المرافق العامة يؤدي حتما إلى اختلاف أساليب تسيير بها حيث أن كل نوع من المرافق تناسبه طريقة تسيير تتفق مع طبيعة الخدمة التي تقدمها ولا تتناسب مع الأنواع الأخرى وفي هذا الصدد نصت المادة 52 من المرسوم 18-199 يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أربعة أشكال الامتياز -الإيجار-الوكالة المحفزة-التسيير.

وسنتطرق في هذا المقام إلى مفهوم كل من عقدي الامتياز والإيجار كونهما الأسلوبين الأكثر استعمالا في تفويضات المرفق العام (مطلب أول)، وكذا مفهوم كل من الوكالة المحفزة والتسيير (مطلب ثاني)، بالإضافة إلى التطرق إلى مفهوم عقد البوت "BOT"، باعتباره صورة من صور تفويض المرفق العام (مطلب ثالث).

المطلب الأول: عقدي الامتياز والإيجار كتقنية لتفويض المرفق العام

يعتبر عقد الامتياز الصورة الأكثر شيوعاً في تفويض المرفق العام في الجزائر، حيث يمكن أفراد القانون الخاص من المساهمة في تنمية الاقتصاد الوطني عن طريق الخدمات والتي من شأنها إشباع الحاجيات العامة للجمهور، ويعتبر الإيجار ثاني أهم تطبيقات تقنيات تفويض المرفق العام بعد الامتياز لبساطته وسهولة إجراءاته وسنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم عقد الامتياز في (الفرع الأول) ثم مفهوم عقد الإيجار في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز كآلية لتفويض المرفق العام

يعد الامتياز من بين أهم تطبيقات تقنية تفويض المرفق العام وأكثرها انتشاراً لاسيما في تسيير المرافق العامة الاقتصادية والتجارية والصناعية، ويعتبر نموذجاً ناجحاً في الشراكة بين القطاع العام والخاص، ولإحاطة بمفهوم عقد الامتياز نتطرق إلى كل من تعريفه وخصائصه (أولاً)، أركانه (ثانياً)، وتكييفه القانوني (ثالثاً).

أولاً: تعريف عقد الامتياز وخصائصه

أ- تعريف عقد الإمتياز:

عرفت المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199 عقد الامتياز على أنه هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.

كما عرف على أنه هو اتفاق يكلف فيه شخص عام شخصاً آخر استغلال مرفق عام مقابل مكافأة تتحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق¹.

¹ إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B.O.T دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2011، ص

ويعرف الأستاذ أحمد محيو الامتياز: هو أسلوب تسيير بتولي من خلاله شخص (شخص خاص وبصورة عامة) يسمي صاحب الامتياز، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن، فيتحمل النفقات، ويسلم الدخل والوارد من المنتفعين بالمرفق¹.

كما عرفته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956 امتياز المرافق العامة ليس إلا عقا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع (المرفق) لمدة محددة من الزمن والاستيلاء على الأرباح، فالالتزام إداري ذو علاقة خاصة، وموضوعه إدارة مرفقة عام².

كما يعرف بانه؛ تصرف قانوني تعين الإثارة بموجبه إلى شخص آخر عام أو خاص تنقيه من حيث المبدأ بكامل حريتها، وتسمى الإدارة في هذه العملية السلطة المانحة أما المتعاقد فيطلق عليه الملتزم، وتتمثل التزاماته المترتبة على عقد الالتزام في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته تسيير المرفق طبقا لنفتر الشروط وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق على أن تمكنه الإدارة من جباية إتاوات من المنتفعين بالمرفق للمدة المحددة بالعقد، ويلتزم المتعاقد بعد القضاء المدة بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة لحالة جيدة³.

من خلال التعاريف السابقة نلاحظ بعض التطورات التي لحقت بعقد الامتياز والتمثلة فيما يلي:

- أن امتياز المرفق العام لم يعد قاصرا على شركات القطاع الخاص فأصبح من الممكن منح امتياز المرفق لمؤسسات عامة أو شركات اقتصاد مختلط.

¹ نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 162.

² المرجع نفسه، ص 162-163.

³ إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 23.

- أنه وقد أجز إدارة المرافق العامة الاقتصادية، فإنه يمكن أن تدار المرافق العامة الإدارية بهذا الأسلوب.
- أنه يتم التحقيق من تحميل الملتزم وحدة نفقات تشغيل مرفق الامتياز لتقديم الجهة المانحة مساهمة مالية له في حالات معينة.

ب- خصائص عقد الامتياز

يتميز عقد الامتياز بمجموعة من الخصائص نورها فيما يلي:

1- عقد إداري:

أن امتياز المرفق العام هو عمل إداري ينتج عنه التزامات متبادلة، بالنسبة للشخص العام مانح الامتياز من ناحية، وبالنسبة لصاحب الامتياز من ناحية أخرى، فهذا الأخير ملزم بتشغيل المرفق العام طوال مدة الامتياز، والسلطة المانحة ملزمة بتمكينه من تشغيل المرفق، كما أن تعقد امتياز المرفق العام الصفقة الإدارية، لأنه يهدف إلى تأمين تشغيل مرفق عام¹.

2- الامتياز تفويض قانوني لا يمنح إلا بنص القانون:

الأصل هو أن تتولى الجماعة العامة بنفسها تسيير وتنفيذ مرافقها العامة، وبالتالي يقع استثناء أن تعهد بهذه المهمة للغير، ولذلك يجب أن يستند هذا الاستثناء إلى نص يجيزه².

3- موضوع عقد الامتياز إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام:

تستهدف الإدارة المألحة للامتياز من وراء التزامها تحقيق منفعة عامة، من خلال تلبية حاجيات مشتركة للجمهور، ما يفرض أن يتم الاتفاق في عقد الامتياز الإداري على إدارة واستغلال مرفق عام تابع للدولة، لتحقيق الغرض المرجو

¹ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 79.

² صونية نايل، المرجع السابق، ص 85.

وغالبا ما تتسم المرافق العامة التي تستعمل جهة الإدارة بشأنها أسلوب الأمتياز عادة بالطابع الاقتصادي¹.

4- إدارة المرفق العام على مسؤولية صاحب الامتياز:

وهو ما يميز أسلوب الامتياز عن أسلوب الإدارة المباشرة للمرفق العام الذي يتولى فيها الشخص العام إدارة المرفق العام مباشرة على نفقته ومسؤوليته، ويترتب على هذه الخاصية بالمقابل حق صاحب الامتياز في الاحتفاظ بالفوائد الناتجة عن استثمار المرفق العام، ومع هذا يتضمن العقد دعما ماليا من قبل الشخص العام².

5- عقد الامتياز عقد محدد المدة وطويلة نسبيا:

إن عقد الامتياز ليس بعقد أبدي، كذلك لا يعد تنازلا عن المرفق العام، إنما هو طريقة للتسيير يلتزم فيها الملتزم بمدة محددة، وهي أهم العناصر المميزة للامتياز، وغالبا ما تتسم هذه المدة بالطول نسبيا نظرا لطبيعة العقد، وما يترتب عليه من اتفاق مبالغ مالية كبيرة لإدارة المشروع ويراعى في تحديدها أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع، والسماح للملتزم بقدر معقول من الربح³.

6- حصول صاحب الامتياز على رسوم من المنتفعين:

بدفع المستفيد من خدمات المرفق العام رسوم مقابل الخدمات التي تقدم إليه، أما الدولة وأشخاص القانون الخاص فلا يتحملون أية أعباء، ويشكل حصول صاحب الامتياز على رسوم من المستفيدين أحد المعايير التي تميز عن الامتياز عن غيره من العقود كعقد امتياز

¹ نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، منكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 52.

² صونية نايل، المرجع السابق، ص 86.

³ نعيمة أكلي، المرجع السابق، ص 54.

الأشغال العامة الذي يقضي بان يغطي المعهد الأعباء التي يتكبدها من الثمن الذي يحصل عليه من الدولة أو الشخص العام¹.

ثانيا: أركان عقد الامتياز الإداري

عقد الامتياز الإداري من أهم العقود الإدارية، بحيث لا يخلو من الأركان الموجودة في باقي العقود الإداري، والمتمثلة في:

أ- أطراف العقد الإداري:

إن عقد الامتياز الإداري ليس بتصرف انفرادي يتخذه الشخص العام، وفي ذات الوقت لا يعبر عن وعد من جانب واحد، أو التزام يقع على أحد أطرافه، إنما هو علاقة ثنائية الجانب تجمع بين طرفين، الإدارة المانحة للامتياز والملتزم.

1- الإدارة المانحة للالتزام:

وتتمثل في الشخص العمومي والطرف المهيمن في العقد، بحيث يملك صلاحية اختيار المتعاقد ومنحه الامتياز، وتختلف الجهة الإدارية المختصة بمنح الامتياز باختلاف المرفق العمومي محل الامتياز².

حيث يكون منح امتياز المرافق العمومية الوطنية من اختصاص السلطة المركزية ممثلة في الوزير المختص، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 04-196 المؤرخ في 15 يونيو 2004 والمتعلق باستغلال المياه المعدنية ومياه المنيع على أنه

¹ مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 83.

² التعليمات الوزارية رقم 3/842-94 المؤرخة في 07 سبتمبر 1994، الصادرة عن وزارة الداخلية، والمتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، غير منشور.

يمنح الامتياز قصد الاستغلال التجاري للماء المعدني الطبيعي، وماء المنبع بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية¹.

أما فيما يخص منح امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها ومن منطلق التعليمية 842/3-94، تتمثل الجهات المختصة فيما يلي:

- **البلدية:** حيث نصت المادة 150 من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية ... ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض².
- **الولاية:** ونصت عليها المادة 130 من القانون 07-12 المتعلق بالولاية يزود مستخدمو المصالح الولائية والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها بقانون اساسي تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم³.

2- صاحب الامتياز:

إن صاحب الامتياز هو الطرف الثاني في العقد ويكون شخصا طبيعيا أو معنويا أو شخصا عاما، ويختلف حسب القوانين المنظمة لقطاع ما، وكذلك من دولة إلى أخرى⁴.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 04-196 المؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1425، الموافق ل 15 يوليو سنة 2004، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال قطاع البحث العلمي والتقني، العدد 45، السنة الواحدة والأربعون، الصادرة في 18 يونيو، سنة 2004، ص 13.

² القانون رقم 10-11 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 هـ الموافق ل 2 يونيو سنة 2011 والمتعلق بالبلدية، ج.، العدد 37 الصادرة سنة 2011.

³ القانون رقم 07-12 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1433 هـ الموافق ل 21 فبراير سنة 2012 والمنطق بالولاية، ج.ر، العدد 12 الصادرة سنة 2012.

⁴ نعيمة آكلي، المرجع السابق، ص 41.

ب- الرضا:

ذكرنا سابقا أن عقد الامتياز هو عبارة عن علاقة ثنائية الجانب تطبق عليها نظرية العقود، العقد شريعة المتعاقدين، إذا هناك إيجاب وقبول، أما التنظيمية فتكون بتغير عن الإرادة من طرف الإدارة، وفيها يكون صاحب الامتياز في حالة رفض وإيجاب، إذا نستنتج هنا أن عقد الامتياز هو عقد رضائي.

ت- المحل:

ينصب عقد الامتياز الإداري على إدارة مرفق عام يراعى فيه أن يكون مرفقا قابلا للتفويض، حيث لا يجوز مثلا تفويض المرافق التي تثير امتيازات السلطة العامة نفسها، كما هو الحال بالنسبة لمرفق البوليس¹، وأن يكون موضوع الامتياز هو تسيير مرفق عام واستغلاله وبناء المنشآت الضرورية لتسيير المرفق وكذا التجهيزات اللازمة للاستغلال².

ث- السبب:

يقصد بالسبب في عملية إبرام العقود الإدارية الحافز أو الدافع الباحث للتعاقد، فقد عرفه الأستاذ السنهوري بأنه "الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزاماته³، فالإدارة المانحة لها اعتبارات المصلحة العامة من خلال إشباع الحاجيات العامة للجمهور وحسب القطاع المفوض في صورة امتياز أما الدافع أو الحافز الذي يدفع صاحب الامتياز للتعاقد هو الربح المادي وهذا تطيرا لاستثماره في هذا المرفق⁴.

¹ نعيمة آكلي، المرجع السابق، ص 44.

² نادية ضريفي، المرجع السابق، ص 168.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرة الأولى، مشاة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003، ص 413-414.

⁴ نعيمة آكلي، المرجع السابق، ص 46.

ج- الشكل:

وتتمثل في إفراغ ما اتفق عليه المتعاقدين من ضمان حقوقهم في شكل رسمي، ولا نتوقع أن يتعاقد إن لم يتفقوا، ويرى الأستاذ الطماوي أن الشكل لم ينص عليه المشرع صراحة في العقود الإدارية ولا أن عقد الامتياز لا يمكن أن يتصور دون وثيقة مكتوبة تحدد الحقوق والواجبات الملتمزم، وكيفية تصفية الامتياز¹.

ثالثا: مكونات عقد الامتياز وتكيفه القانوني

أ- وثائق عقد الامتياز:

يتكون عقد الامتياز من وثيقتين مهمتين تكونان الشكل النهائي له، هي اتفاقية الامتياز ودفتر الشروط:

1- عقد الامتياز:

يمثل عقد الامتياز الجزء الأقصر في وثائق الالتزام وتترجم بعنصر الاتفاق المبرم بين الإدارة المانحة للامتياز والملتمزم طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط، ويقتصر على تحديد الأطراف وضبط مضمون العقد، فهو الإطار العقدي بين المائح للامتياز والملتمزم معه².

وعلى سبيل المثال بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح امتيازات الطريق السريع، المتضمن الاتفاقية النموذجية لمنح امتياز الطريق السريع نلاحظ ما يلي:

- ✓ الاتفاقية لا تحتوي إلا على 06 مواد.
- ✓ ذكر أطراف العقد في مقدمة الاتفاقية.
- ✓ اشتراط المصادقة على الاتفاقية بمرسوم.

¹ محمد الطماوي سليمان، الأسس العامة للعد الإداري، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 377.

² آكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 66.

✓ تتضمن التزامات الطرفين دون تفصيل.

✓ تتضمن في الأخير إمضاء كل من صاحب الامتياز والوزير المكلف بالطريق السريعة من جهة أخرى¹.

2- دفتر الشروط:

يشكل المنبع الأساسي لشروط امتياز المرفق العام محدد بذاته وهو يتضمن دائما شروط تعاقدية وأخرى تنظيمية ويخضع للتصديق المسبق دائما، وتقوم بإعداده الجهة الإدارية مانحة الامتياز قبل إجراء العملية، ويستوجب على الملتزم احترام الشروط الواردة في هذه الوثيقة. ويتضمن دفتر الشروط بشكل عام الأمور الآتية:

✓ الغاية من امتياز المرفق العام التي تحدد بعد الدراسات من قبل طرفي العقد.

✓ الشروط المالية كالرسوم التي تحدد في دفتر الشروط أو جداول ملحقة به، وقد يتضمن دفتر الشروط طرق تحديد التعريفية والقواعد المتعلقة بتعديلها في حال بروز ظروف اقتصادية طارئة.

✓ الرقابة على التزامات صاحب الامتياز، والعقوبات التي يمكن أن تفرض في حال أخل في تنفيذ التزاماته خلال مدة الع.

✓ مدة تنفيذ الامتياز، والشروط المتعلقة بالقوة القاهرة والإجراءات المتعلقة باسترداد قبل انتهاء مدة العقد، والشروط الخاصة بالتصفية².

ب- التكييف القانوني لعقد الامتياز:

إن موضوع امتياز العقد الإداري يثير جدل كبير بين الفقهاء واختلاف آرائهم كل حسب وجهة نظره وقناعته بين معتبري عقد الامتياز تنظيما، وبين مناصري الطبيعة

¹ المرسوم التنفيذي رقم 96/30، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريع. أكمل تهميش القانون

² مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 95-96.

التعاقدية الخالصة، في حين هناك من ينادي بالطبيعة المزدوجة، بينما كيفه البعض الآخر على أنها عمل يقوم على أساس مركب من عناصر تنظيمية وأخرى تعاقدية.

1- الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز:

ظهرت في فرنسا في أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 توريد فكرة أن الامتياز هو عقد بالمعنى الصحيح للكلمة¹، لأن الاتفاق الثنائي المتبادل بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة لا يمكن أن يكون إلا عفا، وبالتالي يشكل امتياز المرفق العام عفا، يتضمن تفويضا من قبل السلطة المانحة إلى صاحب الامتياز لتشغيل المرفق العام مقابل حصول الأخير على رسوم من المستفيدين، كما أن امتياز المرفق العام يتضمن خصوصية تتعلق بالمستفيدين من خدمات المرفق العام، والتي تضمن حقوقهم في الحاضر والمستقبل، فالامتياز عقد يتضمن بنودا لمصلحتهم².

تعرضت هذه النظرية لانتقادات حادة من قبل فقهاء القانون الإداري، بحيث أن الأخذ بها يحول دون إمكانية تدخل الإدارة المانحة للامتياز التعديل شروط الالتزام وهو ما يعرقل السير الحسن للمرفق العام، كما أنه لا يمكن تقبل فكرة أن عقد الامتياز عقد مدني لارتباطه بتسيير مرفق عام يحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي، خاصة وأن فكرة الاشتراط المصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدية للامتياز فكرة غير مقنعة، على أساس أن هذا الشرط وقت إبرام العقد لا يتسنى له تحديد المستفيد بصورة شخصية مباشرة³.

¹ ضريفي نادية، المرجع السابق، ص 175.

² مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 91.

³ أكلي نعمة، مرجع سابق، ص 74.

2- نظرية الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز:

سادت هذه النظرية في الفقه الألماني وأخذ بها الفقه الإيطالي في أواخر القرن الماضي¹.

لا يعتبر عقد الامتياز لدى أنصار هذه النظرية بأنه عقد بين صاحب الامتياز ومانحة الامتياز (الإدارة)، بل هو تنظيم يلتزم بتنفيذ وإبرام العديد من الاتفاقيات والمتشابهة بين أطراف مختلفة رغم أن مصالح الأطراف تختلف وتتعارض فيما بينها، وبالرغم من ذلك تقدم الإدارة على هذا التنظيم تسهيلاً لاستمرار سير المرافق العامة².

في حين يعتبر فريق آخر من الفقهاء وأنصار نظرية الطبيعة العقد الامتياز على أنه قرار إداري صادر عن إرادة الإدارة المنفردة بهدف تحقيق اعتبارات المصلحة العامة، وللإدارة العامة كامل السلطة والصلاحيات بصدد هذا الأمر الإداري باعتبارها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة³.

ورغم كل محاولات تبرير هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من النقد:

فيعاب على الرأي الأول إنكاره للطبيعة الاتفاقية لهذا العقد في حين يعاب على الرأي الثاني بأنه أهمل نصيب صاحب الامتياز ودور إرادته في إبرام العقد، وهو ما يؤدي إلى تهريب فئة الخواص من إبرام هذه العقود لأنها غير ناجمة عن إرادتهم ولا تخدم أو تعبر عن مصالحهم⁴.

¹ المرجع نفسه، ص 72.

² محمد متهمان الطماوي، مرجع سابق، ص 92-93.

³ هاني سعر الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد، 69، 1999، ص 05.

⁴ ديب أمينة، النظام القانوني لعقد الامتياز التزام المرفق العامة، منكرة تقبل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص قانون داري، جامعة عناية، كلية الحقوق، 2011-2012، ص 43-44.

3- نظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز:

أسس هذه النظرية الأستاذ هوريو الذي اعتبر أن امتياز المرفق العام يتضمن الجمع والتعاون بين الفرد صاحب الامتياز والسلطة الإدارية المانحة، فهو إذا عمل مزدوج له شقان، شق تنظيمي وشق تعاقدية، ففي مواجهة المنتفعين تصرف الامتياز هو بمثابة قانون المرفق تحكمه احكام تنظيمية، لكنه يعتبر عقدا في العلاقة بين صاحب الامتياز والملتزم. وهذا يعني أن الامتياز له طبيعة تنظيمية تجاه المنتفعين وطبيعة تعاقدية بين السلطة المانحة للامتياز وصاحب الامتيازات¹.

وقد انتقدت هذه النظرية خاصة بسبب استحالة تصور تغيير الطبيعة القانونية للتصرف يتغير أطرافه، لأنه لا يمكن أن يكون تنظيما حيناً وتعاقدية حيناً آخر.

4- نظرية الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز الإداري:

إن جوهر هذه النظرية المعتمدة في الوقت الحاضر، هو أن امتياز المرفق العام هو عمل مختلط جانب منه تنظيمي والجانب الآخر تعاقدية ولا يوجد طبيعة مزدوجة للبنود وإنما هناك مجموعتين لكل منهما تصنيفها الخاص بها: البنود التنظيمية وهي المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام، أما البنود التعاقدية فهي التي تتعلق بحقوق صاحب الامتياز وتقصي حقه في التوازن المالي للعقد، كما تضمن لصاحب الامتياز إمكانية حمايته من الخسارة وتحترق قدر معقول من الربح².

¹ ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 17

² مروان محي الدين الغضب، مرجع سابق، ص 92.

الفرع الثاني: مفهوم عقد الإيجار كآلية لتسيير المرفق العام

للإحاطة بمفهوم إيجار المرفق العام كونه ثاني أسلوب أكثر انتشارا بعد الامتياز كتقنية لتفويض المرفق العام سنتطرق إلى تعريف عقد إيجار المرفق العام (أولا) وخصائصه (ثانيا)، ثم إلى تمييزه عن عقد امتياز المرفق العام (ثالثا).

أولا: تعريف عقد إيجار المرفق العام

يعرف عقد إيجار المرفق العام على أنه الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضية للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة¹. وعرف كذلك على أنه تعهد السلطة المفوضة للمفوض له لتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته².

ثانيا: خصائص عقد إيجار المرفق العام

من خلال التعاريف يمكن استخلاص خصائص الإيجار فيما يلي:

أ- **مدة العقد:** الإيجار من العقود المحددة المدة هي بتلك عقود متوسطة المدى والهدف من قصر مدة العقد هو إمكانية المؤجر من تجديد العد مع متعاملين آخرين، لكن هذا لا يمنع من وجود عقود إيجار طويلة المدى خاصة إذا تطلب الموقف ذلك³.

¹ المادة 54 من المرسوم التنفيذي 15-199، مرجع سابق.

² المادة 210 المرسوم الرئاسي 247-15، مرجع سابق.

³ إيدير نصيرة، استحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العامة في الجزائر والتركيز على عقد الامتياز، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق، بجزيرة. الجزائر، 2003، ص 5

- ب- **مصاريف المنشأة وأعمال الصيانة:** في عقد الإيجار مصاريف إنجاز وإقامة المنشأة لا تقع على المستأجر، إنما تقع على المؤجر، أما تكاليف الصيانة فهي تقع على المستأجر، بحيث يقوم بالصيانة اللازمة وذلك لتحسين سير المرفق العام.
- ت- **مسؤولية المستأجر:** تقع على عاتق المستأجر مسؤولية كافة المخاطر التي يمكن حدوثها عند استغلال المرفق العام¹.
- ث- **أجرة المستأجر:** هي عبارة عن إتاوات بدفعها، وهي متعلقة مباشرة باستغلال المرفق العام، ولا يحتفظ بها لنفسه بكاملها، وإنما يدفع للمؤجر مقابل مالي ناشئ عن استغلاله للمرفق².

ثالثاً: تمييز عقد إيجار المرفق العام عن عقد امتياز المرفق العام

ما يميز عقد إيجار المرفق العام عن عقد امتياز المرفق العام هو أن الشخص العام في عقد إيجار المرفق العام لا يتحمل نفقات إقامة المنشآت الأساسية للمرفق العام، بل ويلتزم مقابل استهلاك منشآت هذا المرفق واستغلالها، بدفع جزء من المقابل المالي الذي يحصل عليه إلى الشخص العام مانح التفويض بالإيجار.

كما يتميز عن إدارة المرفق العام من امتياز المرفق العام أيضاً من حيث المدة ففي الوقت الذي تشكل الاستثمارات المكرسة من قبل صاحب الامتياز، العامل الأساسي في طول المدة العقد، لأن صاحب التفويض بحاجة إلى المدة الكافية لتغطية نفقات استثماره وتحقيق الأرباح، تكون الاستثمار في عقد إيجار المرفق العام متواضعة وتقتصر فقط على نفقات التشغيل والصيانة وبعض أعمال التجنيد دون تحمل نفقات إنشاء المرفق العام أو توسيعه، مما يجعل العقد يتطلب مدة أقصر للاستثمار وتحقيق الربح.

¹ ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 156.

² إبيدير نصيرة، مرجع سابق، ص 26.

كما يختلف العقدان من حيث التزام صاحب التفويض بالإيجار بتقديم جزء من المقابل المالي للشخص العام، على خلاف القاعدة العامة في عقود الامتياز، التي تقتضي حصول صاحب الامتياز على كامل المقابل المالي المتحصل عليه من الرسوم المحصلة من المنتفعين بخدمات المرفق العام.

المطلب الثاني: الوكالة المحفزة والتسيير كتقنيتين لتفويض المرفق العام

إلى جانب الامتياز وإيجار المرفق العمومي أورد المرسوم الرئاسي 18-199 أسلوبيين آخرين لتفويض المرافق العامة بموجب المادة 52 منه وهما طريقة الوكالة المحفزة وطريقة التسيير.

حيث يعتبر عقد الوكالة المحفزة شكل من أشكال عقود تفويض المرفق العام، بموجبه تعهد الإدارة للمفوض له تسيير واستغلال المرفق لحساب الجماعة العمومية المفوضة مقابل أجر يتلقاه منها مباشرة دون تخليه لعبء البناء والتجهيز.

أما عقد التسيير فتكلف الإدارة بموجبه المتعاقد باستغلال المرفق العام على حساب السلطة المفوضة التي تموله بنفسها وتحتفظ بإدارته. وهو ما نتطرق إليه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الوكالة المحفزة كآلية لتفويض المرفق العام

تعتبر من طرق تسيير المرافق العامة وهو عقد تبرمه إحدى السلطات الحكومية مع شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، وعليه سنتطرق إلى تعريفه ثم خصائصه.

أولاً: تعريف الوكالة المحفزة

وهو نظام تعهد بمقتضاه السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، على حساب السلطة المفوضية التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته، وهذا ما أكدته المادة 55 من المرسوم 18-199 والتي جاء فيها الوكالة المحفزة هي الشكل الذي

تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته... التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية...¹.

ثانيا: خصائص الوكالة المحفزة

من خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص الخصائص التالية:

- ✓ الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة.
- ✓ الهيئة العمومية هي المكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام.
- ✓ استقلالية محدودة للمسير وبالمقابل صلاحيات واسعة للإدارة.
- ✓ المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال نسبة مئوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات الإنتاجية وبذلك فهذا المقابل مرتبط بأرباح وخسائر شهير المرفق.
- ✓ مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية ويتحمل المسير جزءا منها².

الفرع الثاني: مفهوم عقد التسيير كآلية لتفويض المرفق العام

لتحديد مفهوم عقد التسيير كطريقة لتفويض المرفق العام نتطرق إلى تعريفه، ثم تحديد خصائصه.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 199-18، مرجع سابق.

² ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 158.

أولاً: تعريف عقد التسيير

فالعقد التسيير هو عقد مبرم بين هيئة عمومية وشخص من القانون الخاص، هدفه ضمان تسيير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام¹.

ويتم عقد التسيير بان يقوض شخص من القانون العام للغير (الخواص) شخصاً طبيعياً او معنوياً تسيير مرفق عام فقط لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزافي، فهو يضمن السير اليومي والعادي للمرفق بكل عناصره.

وعرفته المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه "... تعهد السلطة المفوضة للمفوض له تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام ويستغل المفوض له المرفق العام الحساب السلطة المفوضية التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته..."².

ثانياً: خصائص عقد التسيير

من خلال التعاريف السابقة يمكننا استخلاص الخصائص التالية:

- ✓ المسير يسير المرفق العام على حساب السلطة المفوضة، ويضمن السير العادي للمرفق.
- ✓ تتحمل الهيئة العمومية من خلال عقد التسيير مخاطر التسيير المالي والتقنية أما المسير فلا يتحمل خسائر تسيير المرفق.
- ✓ عقد التسيير من عقود التفويض بالنظر إلى هدفه المتمثل في التسيير وتقديم الخدمات.

¹ المرجع نفسه، ص 159.

² مرسوم رئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق.

✓ المقابل المالي غير مرتبط بنتائج الاستغلال وكيفية التسيير بل هو مقابل مالي جزافي محدد مسبقا في العقد¹.

المطلب ثالث: عقد البوت BOT كصورة من صور تفويضات المرفق العام

تعد عقود وصورة جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية تهدف إلى إنشاء مشاريع ضخمة، تعهد بها الحكومة إلى القطاع الخاص، لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابه فترة معينة من الزمن، على أن يلتزم بإعادة المشروع في نهاية المدة إلى الدولة، بدون مقابل أو بمقابل معين متفق عليه².

الفرع الأول: تعريف عقد البوت كآلية لتفويض المرفق العام وخصائصه

أولاً: تعريف عقد البوت كأسلوب لتفويض المرافق العامة

هو اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى شرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخصية خاصة جديدة³، يتم اختياره طبقاً لقواعد المنافسة.

¹ إيدير نصيرة، مرجع سابق، ص 23.

² وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 29.

³ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 59.

كما يعرف على أنه عقد إداري حديث، يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة أو الهيئة العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها¹.

من خلال هذه التعاريف نجد أن أطراف عقد البوت تتمثل في:

- أ- **الجهة الإدارية:** وهي الطرف الأول وتعني الحكومة أو إحدى الأجهزة الإدارية التابعة لها، والجهة الإدارية إما تكون أشخاص إقليمية أو مرفقية.
- ب- **شركة المشروع:** وهي الطرف الثاني في العقد وهي الشركة التي تلتزم في إطار عقد البوت أن تبني وتشغل ثم تنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية ويتم ذلك من خلال سلسلة من العقود التي تبرم بين شركة المشروع والآخرين.

ثانياً: خصائص عقد البوت كأسلوب لتفويض المرافق العامة

يتميز عن البناء والتشغيل ونقل الملكية بعدة خصائص نوجزها فيما يلي:

- أ- عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يبرو بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، والثاني من أشخاص القانون الخاص، ونرى بأن وجود السلطة الإدارية أو الدولة كطرف رئيسي هو من المميزات لهذا العقد².
- ب- إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام، يهدف نام ال BOT إلى إنشاء مرافق عامة الإشباع حاجات عامة وتقديم خدمات ذات نفع عام، والدولة تلجأ إلى عقد ال BOT بغرض تحقيق أهداف معينة ترمي منها خدمة مصالح رعاياها والجمهور من توفير الخدمات العامة وتحقيق النفع العام، حيث تشترط الدولة عند

¹ ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 142-

² حميدة زينب مولاي عمار، بوزيد كمحول، الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT مجلة الواحات البحوث والدراسة، المجلد 10، العدد 12، جامعة غرداية، 2017، ص 445.

إبرامها لعقد BOT على الطرف الآخر تحقيق الغاية التي تسعى إليها الدولة المتعاقدة¹.

ت- إشراف ورقابة الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد والاستغلال.

من حق الجهة الإدارية المتعاقدة القيام بمهمة الإشراف والرقابة على شركة المشروع أثناء قيامها بمهمة البناء والتشييد للمرفق موضوع التعاقد للتأكد من تنفيذها هذه المرطة وفقا المواصفات الفنية المتفق عليها بعقد BOT كما ننشئ الحق للجهة الإدارية المتعاقدة الإشراف والرقابة على شركة المشروع طوال مرحلتي تشغيل المرفق وذلك للتأكد من قيام شركة المشروع من بيع خدمات المرفق للجمهور بالأسعار المتفق عليها وبالجودة المتفق عليها وذلك في الحالات التي تتولى شركة المشروع تقديم الخدمة للجمهور مباشرة والسبب من وراء ذلك أن شركة المشروع تتوب عن الجهة الإدارية في تقديم خدمة المرفق للجمهور وبالتالي فإن هذا الحق ينشئ للجهة الإدارية المتعاقدة من أجل حماية مصالح المواطنين والحفاظ على المصلحة العامة للدولة².

الفرع الثاني: أطراف عقد البوت كآلية لتسيير المرفق العام

تعد عقود البوت في حقيقتها مجموعة من العقود المركبة لذلك فإن العقد محل بحثنا يحتوي على أطراف متعددة فيه وسنقوم بالتطرق إليها عن طريق تقسيمها إلى الأطراف الرئيسية والأطراف الثانوية.

أولا: الأطراف الرئيسية

والمتمثلين في الدولة (مأج) والطرف الثاني شركة المشروع (المتعهد).

¹ بوزيد إيمان، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT كآلية لتمويل مشاريع البنية التحتية، جامعة الجزائر3، الجزائر، ص 275.

² زعيم إيمان، الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة - عقد البيت نموذجاً، منكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الطرق، جامعة بسكرة، الجزائر، 2013-2014، ص 47

أ- الدولة:

يقصد بالدولة المتعاقدة في مجال عقود البوت الدولة التي تدخل في روابط تعاقدية مع أشخاص القانون الخاص-أجنبية عادة من أجل تنفيذ المشاريع التنموية.

وإذا كان تحديد الدولة على اعتبارها طرفا في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية لا يثير أي عقوبة تذكر إذا قامت بنفسها عن طريق من يمثلها رئيس الجمهورية، الوزير الأول، أحد الوزراء بإبرام هذه العقود باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام¹، إلا أن تثور إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس الدولة ذاتها وإنما هو جهاز تابع لها يعمل لحسابها.

اتجه الفقه في تحديد المقصود بالدولة كطرف متعاقد في إطار العقود التي تستهدف تحقيق التنمية الاقتصادية إلى اتجاهين متعارضين أولهما الاتجاه الضيق، والذي يقتصر عقود الدولة التي تقوم الدولة بنفسها بإبرامها من خلال من يمثلها أما الاتجاه الموسع الذي يلحق عقود الدولة بمفهومها الضيق العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها وهو الرأي الراجح الذي أيده العديد من الفقهاء وكرسته بعض أحكام التحكيم².

ب- شركة المشروع:

وهي الجهة التي تتقاعد مباشرة مع الدولة أو جماعاتها وهي تتألف من مجموعة شركات كل منها له اختصاصه الذي يساهم في تحقيق المشروع، وهي أيضا تكون مسؤولة أمام السلطة المانحة للترخيص³.

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 482.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 298.

³ وافقت عليه الجزائر بموجب الأمر رقم دول المؤرخ في 19 شعبان 1413هـ الموافق ل 21 يناير 1995، يتضمن الموافقة على التالفة شوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدولة ورعايا الدول الأخرى، ج. ر. العدد 07. الصادر في 15 فبراير 1995.

والمسؤولية تكون تضامنية أو منفردة، ففي المسؤولية المنفردة تكون كل شركة عضو مسؤولة فقط عن أعمالها، أما في المسؤولية التضامنية فتصبح كل شركة عضو مسؤولة ليس فقط عن أعمالها بل أيضا عن أعمال وأخطاء الشركات الأخرى وبالتالي فإن إفلاس إحدى الشركات العضو يجعل الشركات الأخرى مسؤولة أيضا.

والغالب أن الدولة أو جماعاتها العامة تفرض المسؤولية التضامنية، لكونها أكثر ضمانا لها في تنفيذ المشروع ومن نتائج هذه المسؤولية، أن أي جزء قانوني قد يتخذ بحق إحدى الشركات من شأنه أن يبطال الشركات الأعضاء الأخرى¹.

ثانيا: الأطراف الثانوية

وتتمثل في

أ-المستشارين (العقود الاستشارية):

تلجأ الدولة لإبرام اتفاقيات مع الخبراء والمستشارين، وذلك لعدم توفر أجهزتها على الخبرة اللازمة في مجال المشاريع المنفذة عن طريق ال BOT حيث يؤدون دورا بالغ الأهمية المعاونة الجهة الإدارية المختصة في تحديد جدوى المشروع الاقتصادية، الاجتماعية، والمالية وجهة نظير الدولة خصائص المشروع، موقعه، التقييم المالي...الخ)، وتحضر مستندات العطاء وتقييم العروض هذا ما نصت عليه المادة 158 من المرسوم الرئاسي 236/10 يمكن اللجنة أن تستعين على سبيل الاستشارة بأي شخص ذي خبرة من شأنه أن يساعد في أشغالها بالإضافة إلى تمثيل الجهة الحكومية في مرحلة التشييد والتشغيل².

¹ وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 453

² احمد محمد غالم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال BOT، المكتب العلمي الحديث، 2009، ص 78.

وعلى الدولة أن تجري الرقابة على الاستشاريين، ولها الحق في إنهاء العقد في حال إخلال التعاقد معها في القيام بالواجبات الملقاة على عاتقه¹.

ب- الممولون (عقود التمويل):

قد لا يتوفر لدى شركة المشروع المصادر المالية والسيولة النقدية الكافية لبناء المشروع وتشغيله، والقيام بجميع الالتزامات الملقاة على عاتقها لذلك تلجأ إلى المؤسسات المالية والمصرفية لتبرم معها القروض التي توفر لها الأموال اللازمة لبناء وتشغيل المشروع، وتلتزم سداد هذه القروض وفوائدها خلال مهلة زمنية محددة².

وتقوم الجهات الممولة قبل إبرام العقد بدراسة المشروع موضوع عقد BOT والتحقق من قابليته لإنتاج الإيرادات الكافية لسداد القروض المعطاة من قبلها³.

ج- المقاول (عقود المقاول):

هو ذلك العقد الذي يبرم بين شركة المشروع وبين المقاول الذي تختاره للقيام بالأعمال اللازمة للإنشاءات، وفي الغالب يكون هذا المقاول هو المشغل نفسه أو من الغير الذي تتعاقد معه شركة المشروع صاحبة الامتياز⁴، وتتميز هذه العقود بقصر مدتها إذا ما قورنت بمدة تنفيذ عقد T80 كان تتراوح من سنة إلى 03 سنوات.

د- المشتغل (عقود التشغيل والصيانة):

ويجري إبرام هذا العقد عقب إنجاز مرحلة البناء حيث يصبح المرفق العام جاهزاً للتشغيل، فيقوم المتعاقد بتوفير المواد اللازمة والضرورية للتشغيل وتأمين الخدمات اللازمة

1 مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 350.

2 المرجع نفسه، ص 356.

3 أحمد محمد غانم، مرجع سابق، ص 78.

4 وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص 483.

وتعد أعمال الصيانة من الأعمال الضرورية لتشغيل المرفق باستمرارية، وتصنف هذه الأعمال بالطابع الدوري وتجري استنادا لبرنامج محدد سلفا.

ولنجاح هذه العملية غالبا مع تكون شركة التشغيل والصيانة أحد مؤسسي المشروع¹.

هـ-الموردون (عقود التوريد):

تلجا شركة المشروع إلى الموردين لتزويد بعض المعدات والآلات التي تدخل في تشييد المشروع ولكنها لازمة لتشغيله في لاحقة، ولا بد أن يوضح في حالة زيادة سعر التوريد على ما هو متفق عليه، وتتجلى أهمية هذا العقد في كونه يحمي شركة المشروع وحقوق المنتفعين².

و-مشتري الخدمة (عقود شراء الخدمة):

يعتبر عقد شراء الخدمة من بين أهم العقود اللازمة لإبرام مشاريع ال T30 ويمكن شراء الخدمة من طرف الدولة-الشخص العام المعني-أو من طرف المنتفعين بخدمات المرفق العام.

ر-شراء الخدمة من طرف الدولة:

حيث تكون جهة مائحة الامتياز هي من يشتري الخدمة التي يقدمها المشروع، ويؤمن هذا العقد الشركة المشروع إيرادات ويعد إحدي الضمانات الأساسية لتمويل المشروع خلال مرحلة التشغيل ويضمن للجهات الممولة سداد القروض المبرمة معها³.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 354.

² محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 78.

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 354.

ز- شراء الخدمة من طرف المنتفعين:

وتتضمن هذه العقود الخدمات التي تقدمها الشركة إلى المستخدمين من خدماتها، كما تتضمن الرسم أو التعريفة التي تتقاضاها الشركة مقابل تقديمها هذه الخدمات¹.

¹ المرجع نفسه، ص 355.

خلاصة:

يعد أسلوب تفويض المرفق العام الصورة المستحدثة لتسيير المرافق العامة، وذلك بعد فشل وعدم نجاعة الأنظمة الكلاسيكية حيث تقوم الدولة من خلال هذه التقنية بتفويض المرفق العام لصالح أشخاص القانون الخاص أو العام، بمقابل مالي يتحصل عليه صاحب التفويض من خلال استغلاله للمرفق ويكون ذلك لمدة زمنية محددة، ومن أجل تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله المرفق وهو تحقيق المصلحة العامة.

وتتميز تقنية تفويض المرفق العام بمجموعة من الخصائص أهمها: حتمية وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة، والعلاقة التعاقدية التي تحدد كل من أطراف العقد، المدة، وتنفيذ العقد بالإضافة إلى عنصر الاستغلال والاستثمار بالمرفق العام.

باعتبار أن عقود تفويض المرفق العام من فئة العقود الإدارية فقد يختلط مفهومها مع غيرها من العقود الإدارية مثل التفويض في السلطة الإدارية، الصفقة العامة، الوكالة التأهيل... لذا وجب علينا تمييزها عما يشابهها

ويمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أربعة أشكال وهي: عقد الامتياز ويعتبر الشكل الأكثر شيوعاً، عقد الإيجار، الوكالة المحفزة، وعقد التسيير.

**الفصل الثاني: النظام القانوني لإبرام اتفاقية
المرفق العام**

نظرا للدور الهام الذي تلعبه تقنية تفويض المرفق العام والمتمثل في ضرورة تلبية حاجات المرتفقين على أحسن صورة من خلال منح عملية تسيير المرفق لأشخاص القانون الخاص، فقد عمد المشرع إلى إحاطة عملية إبرام عقود التفويض بمجموعة من القيود والإجراءات.

ويعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أول من وضع إطار عام لهذا النوع من العقود، وقد أخضع السلطة المفوضة أثناء اختيارها للمفوض له لجملة من الإجراءات الهدف منها تكريس مبدأ المنافسة وضمن الشفافية والمساواة بين المترشحين، إلى أن صدر المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، وأهم ما جاء به هو تنظيمه لإجراءات وطرق إبرام عقود التفويض، حيث جاء الفصل الثاني منه بعنوان إبرام عقود تفويضات المرفق العام بموجب المادة 08 من القسم الأول -المنعون بصيغ اتفاقية تفويض المرفق العام- بطرق إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام التي تنص على أن تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين: الطلب على المنافسة الذي يمثل القاعدة العامة (المبحث الأول)، والتراضي الذي يمثل الاستثناء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

يلعب مبدأ حرية المنافسة المبني على حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات الضمانة الأساسية لاختيار المفوض له، القادر على الإستجابة لمتطلبات مبادئ سير المرفق العام المرتبطة بسير المرفق بانتظام واطراد، والمساواة بين المرتفقين وقابلية المرفق العام للتطور والتكيف.

حيث جاء في أحكام المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18 ما يلي: "تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين: -الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة...."

إن القاعدة العامة في إبرام عقود التفويض في نطاق هذا المرسوم، تتمثل في الطلب على المنافسة، فقد نظم المشرع هذا الأسلوب بمجموعة من الإجراءات حددها للسلطة المفوضة ضمانا للشفافية والمساواة، واعمالا لمبدأ المنافسة، وقيد بها سلطاتها في إختيار المفوض له، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد من المتنافسين، بهدف الوصول إلى منح عقد التفويض للمترشح الذي يقدم أفضل عرض.

وعليه سنتناول في هذا المبحث تبيان مفهوم الطلب على المنافسة (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى الإجراءات الخاصة به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الطلب على المنافسة في عملية إبرام اتفاقية المرفق العام

لمعرفة هذا الإجراء أكثر لابد من التطرق إلى تعريفه طبقا لما ورد في المرسوم التنفيذي رقم (199-18 الفرع الأول)، ثم نتعرض إلى أهم خاصية تميزه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلب على المنافسة في عملية إبرام اتفاقية المرفق العام

يعتبر الطلب على المنافسة إجراء عادل لاختيار المفوض له مع السلطة المفوضة، كما أنه إجراء جد فعال، لأنه يسمح بالحصول على عروض من عدة متنافسين من أجل الحصول على أفضل عرض من حيث الضمانات استنادا إلى معايير موضوعية.

وللتعرف على هذا الإجراء، لا بد من تحديد المقصود بإجراء الطلب على المنافسة، باعتباره صيغة أساسية تركز عليها عملية إختيار المفوض له (أولا)، ثم تمييزه عن إجراء طلب العروض والتراضي بعد الاستشارة (ثانيا).

أولا: التعريف القانوني للطلب على المنافسة

عرف المشرع الجزائري الطلب على المنافسة في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم، 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على أنه:

"إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملاتهم الموضوعية في معايير انتقاءهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة.

يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية¹.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

وقد عرف المشرع الجزائري الطلب على المنافسة انطلاقا من أهدافه التي حصرها في الحصول على عروض من عدة متنافسين، 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 ووضعتهم في مناخ تنافسي، جاعلا المشرع الهدف المرجو من وراء ذلك ضمان المساواة في معاملة المتنافسين، والموضوعية في انتقائهم، والشفافية في العمليات، وبذلك أراد المشرع التأكيد على مبدأ المنافسة بين المتنافسين الذي يكفل أمامهم سبل المشاركة في الطلب على المنافسة، متى توفرت فيهم الشروط المعلن عنها، إضافة إلى تكريس مبدأ المساواة والشفافية.

من خلال التعريف يمكن القول بأن الطلب على المنافسة يمثل الصيغة الأكثر تنافسية لأنه يسمح للجميع بتقديم عروضهم للمشاركة في هذا الإجراء، دون أن يكون هناك استثناء أو قيد في ذلك، وبالتالي فهو يضمن أوسع ما يمكن توفيره من مشاركة، ويتضمن أكبر قدر ممكن من الشفافية، للاعتماد على الطابع الشكلي في كل إجراء.

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم ينص على الأشكال التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسة، عكس ما هو معمول به في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال التحديد المنظم للأشكال التي يتخذها طلب العروض، مما ينتج عن ذلك توسيع مجال مبدأ المنافسة.

أشارت المادة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية إلى أن التفويض يمنح للمترشح الذي يقدم أفضل عرض وذلك بتقديم أحسن الضمانات المالية والتقنية والمهنية، بالإضافة إلى الاستثناء في الاختيار، وعليه فإن ما يمكن ملاحظته أن المشرع في المادة 11 من خلال نصه على وضع عدة متعاملين في منافسة، يكون من أجل ضمان المساواة في معاملة المتنافسين، والموضوعية في معايير الانتقاء وشفافية العمليات، يكون قد أحالنا ضمنا إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 لاسيما حرية الوصول للطلب العمومي شفافية

الإجراءات، المساواة في معاملة المترشحين¹، وهي المبادئ التي تخضع لها اتفاقية تفويض المرفق العام عند إبرامها، إضافة إلى ضرورة إخضاع هذه الاتفاقية عند تنفيذها على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف².

كما نجد أن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نص إضافة إلى المبادئ السابقة الذكر على مبدأين حديثين، لم ينص عليها المرسوم رقم 15-247 من قبل، وهو ما جاء في نص المادة 03 من ذات المرسوم بقولها: 'دون الإخلال بأحكام المادة 05 من ذات المرسوم الرئاسي رقم 15-247...، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار إحترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية³.

1- مبدأ الجودة أو النوعية:

تشكل نوعية الخدمة المقدمة من بين المبادئ الجديدة التي فرضها المفهوم الجديد للمرفق العام، الذي يهدف إلى ضمان القدر الأدنى من الخدمة ذات نوعية، تحت تصرف الجميع⁴. كما يقتضي هذا المبدأ ضرورة تلقي المواطن خدمة عمومية نوعية⁵.

وقد وجد هذا المفهوم تطبيقاته في المرافق العامة، وهو بمصدره يعود إلى القواعد الخاصة المطبقة في مشاريع القطاع الخاص.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

² المادة 209 من نفس المرسوم.

³ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

⁴ سهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص 236.

⁵ سليمان حاج عزام، 'دور المبادئ العمة للمرفق العام المفوض في حماية حقوق المنتفعين'، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 06، 2018، ص 145.

يتمثل مفهوم النوعية بحق المنتفع في الحصول على خدمة بأفضل نوعية وجودة، وبأحسن الأسعار¹.

وبالتالي نجد أن هذا المبدأ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الشفافية، كما يرتبط كذلك بالمبدأ التقليدي المتمثل في القابلية للتكيف والتطور، ذلك أن التكيف والتطور يكون أساساً من أجل تطوير الخدمات المقدمة من المرفق العام.

لقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال عدة نصوص نذكر منها:

أ- المرسوم 88-131 الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، حيث تنص المادة 06 منه على ما يلي: "تسهر الإدارة دوماً على تكييف مهامها وهيكلها مع احتياجات المواطنين، ويجب أن تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة²."

ما تجب الإشارة إليه هو أن المرسوم رقم 18-199 أغفل الإشارة إلى المرسوم 18-199 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن المذكور أعلاه، وهو ما يجب على المشرع تداركه في حالة تعديل هذا النص التنظيمي.

ب- المرسوم التنفيذي رقم 90-188 المحدد لهيكل الإدارة المركزية وأجهزتها في الوزارات، تنص المادة 8/02 على أنه: "تتولى الإدارة المركزية في الوزارة على الخصوص ما يلي:

- تسهر على تحسين نوعية خدمات المرافق العمومية وتحسين العلاقات بين الإدارة والمواطن³."

¹ وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 147.

² المرسوم رقم 88-131 مؤرخ في 04 جويلية 1988، المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر ج ج، العدد 27، الصادر بتاريخ 4-07-1988.

³ المرسوم التنفيذي رقم 90-188 مؤرخ في 23 يونيو 1990، المحدد لهيكل الإدارة المركزية وأجهزتها، ج ر ج ج، العدد 26، الصادر بتاريخ 27 يونيو 1990.

2- مبدأ النجاعة أو الفعالية الاقتصادية والاجتماعية للمرفق العام:

وترتبط الفعالية الاقتصادية بنجاح النشاط المرفقي، وبالتالي استمراريته، إن الفعالية الاقتصادية والمالية يقصد بها القدرة المادية للشخص المكلف بالإدارة والإستغلال، وهي تدل على وجود صلة بين تقنية التفويض من جهة، وفكرة المنافسة التي تهدف إلى تأمين الشخص الأكثر فعالية لتحقيق النشاط المرفقي من جهة أخرى، أما الفعالية الاجتماعية فهي الضمانة التي تمكن الجمهور من الاستفادة من الخدمات بنوع من المساواة وضمن الشروط التي تحكم سير المرفق العام¹.

من خلال المبادئ الحديثة المنصوص عليها في المرسوم 18-199 نلاحظ أن المشرع حسنا فعل عندما أضاف كل من مبدأ الجودة والنجاعة، ذلك أن المواطن اليوم أصبح يبحث عن خدمات عمومية تتميز بالجودة والسرعة، غير أنه أغفل في المقابل بعض المبادئ منها مبدأ الولوجية والحياد والثقة.

ثانيا: خصائص الطلب على المنافسة

بالرجوع إلى أحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نجدها قد جعلت الطلب على المنافسة وطنيا داخليا، أي مفتوح للمتعاملين الوطنيين فقط وذلك بقولها: "كون الطلب على المنافسة وطنيا."

من خلال ما جاء في نص المادة نلاحظ بأن المشرع بجعله الطلب على المنافسة يكون على الصعيد الوطني يعتبر بمثابة وضع حد لمبدأ المساواة بين المتعاملين، إضافة

¹ كرميش إيمان، طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 18/199، مذكرة ماستر، فرع قانون عام، جامعة المسيلة، 2019، ص 28.

إلى اعتبار هذا بمثابة محاباة للإنتاج الوطني، وهو ما لا ينسجم مع قواعد التجارة العالمية التي تفرض على بلدان العالم في الآونة الأخيرة¹.

إن اقتصار المرسوم المتعلق بتفويضات المرفق العام على المنافسة الوطنية يمكن أن يعتبر كاستراتيجية اعتمدها المشرع من أجل ترقية الإنتاج الوطني، وذلك وفقا لما يلي:

• اقتصار تفويض المرفق العام للشخص المعنوي الخاضع للقانون الجزائري دون غيره، (م22).

• جعل الطلب على المنافسة وطنيا (م10).

• منح الأولوية في التفويض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة (م23).

مما سبق يظهر لنا بأن المشرع ضيق من مجال المنافسة بجعلها مقتصرة على الصعيد الوطني ولعل العلة في ذلك:

• حماية مصالح المواطنين وتشجيع المنتج والصناعات المحلية خاصة وأن صدور هذا المرسوم كان في ظل أزمة التمويل العمومي التي تعيشها الجزائر من خلال الانهيار الحر لأسعار البترول مما يشجع الإستثمار في الحقل العمومي.

• الخوف من العنصر الأجنبي، ذلك أن العنصر المحلي أدرى بالشأن المحلي.

• العنصر المحلي له القدرة على التكفل بتفويض المرافق المحلية، بحكم أنها لا تحتاج إلى كفاءة وخبرة أجنبية كالعاملات الخاصة بالمساحات الخضراء، الإنارة العمومية، المذابح البلدية، النقل الجماعي... الخ.

كما تمتد هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام الجماعات الإقليمية في طرح مشاريعها في صيغة دعوة للمنافسة الوطنية متى كان الإنتاج الوطني والأداة الوطنية قادرة على الإستجابة لحاجياتها، وهو ما نصت عليه المادة 85 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "عندما

¹ منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه، الطور الثالث، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016، ص

يكون الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرة على الإستجابة للحاجيات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن المصلحة المتعاقدة هذه أن تصدر دعوة للمنافسة وطنية...¹، إضافة إلى ما نصت عليه المادة 23 من المرسوم التنفيذي 199-18 بنصها على إعطاء الأولوية في منح التفويض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة إذا كان بإمكانها أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام غير أنه ما يجب ذكره في هذا الصدد هو أن إعطاء الأولوية لمؤسسات صغيرة ومتوسطة على حساب الخواص أو الأشخاص المعنوية، يعرض المرفق العام لمخاطر عدم الاستمرارية وهو ما يعتبر مساساً بمبدأ استمرارية المرفق العام.

وبالتالي فإن ما ينجر على خاصية الوطنية تضيق مجال المنافسة باقتصارها على الوطنيين دون غيرهم، واتساع المجال أكثر في حالة مشاركة المتعاملين الأجانب لهذا يحذ لو أن المشرع يجعل من الطلب على المنافسة إضافة إلى الصعيد الوطني أن تكون على الصعيد الدولي، بغية أن يكون ذلك:

- وسيلة ترقية الإنتاج الوطني، واتساع مجال المنافسة بما يتلاءم مع متطلبات قواعد التجارة العالمية.
- إتاحة الفرصة للعنصر المحلي للاحتكاك بالكفاءات الأجنبية، والاستفادة من خبراتها.
- ضمان النزاهة الحقيقية للعنصر الأجنبي وجديته في تنفيذ التزامه التعاقدية.

ثالثاً: تمييز الطلب على المنافسة على طلب العروض والتراضي بعد الاستشارة

1-الطلب على المنافسة وطلب العروض:

يشترك الطلب على المنافسة مع طلب العروض في أن كل منهما صيغة من صيغ الإبرام يشكل قاعدة عامة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بالإضافة إلى أن المراد بهما هو الدعوة للمنافسة، مع ضمان أكبر قدر ممكن من الشفافية، وتخضع إجراءات

¹ مونية جليل، " دور الجماعات الإقليمية في ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،" مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، العدد 01، المجلد 08، 2019، ص 251.

كليهما إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أما الفرق بينهما فيكامل في أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جعل طلب العروض وطنيا أو دوليا، وهو ما نصت عليه المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 عكس ما جاء به المرسوم التنفيذي 18-199 عندما جعل الطلب على المنافسة يأخذ طابعا وطنيا وليس دوليا، ما يعتبر قصورا في حق العنصر الأجنبي بما له من كفاءات يستفاد منها في مختلف المجالات¹.

2-الطلب على المنافسة والتراضي بعد الاستشارة:

يشارك الطلب على المنافسة مع التراضي بعد الاستشارة من خلال التعريف على أن كل منهما إجراء يراد به الدعوة للمنافسة بين العارضين لاختيار العرض المناسب، أما الفرق بينهما فيكامل في أن الطلب على المنافسة يشكل قاعدة عامة، بينما التراضي بعد الاستشارة يعتبر استثناء على الاستثناء، ففي حين يعمد أسلوب التراضي بعد الاستشارة إلى دعوة متعهدين متنافسين معروفين بذواتهم مسبقا دون الدعوة الشكلية للمنافسة، فإن المتعهدين المتنافسين

بصدد الطلب على المنافسة لا علم للسلطة المفوضة بذواتهم، بل تكتفي فقط بتوجيه دعوة علنية عامة يستطيع أن يستجيب لها في طلبها أيا كان².

الفرع الثاني: مراحل الطلب على المنافسة في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

يتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين، نصت عليهما المادة 12 من المرسوم رقم 18-199.

¹ كرميش إيمان، مرجع سابق، ص 29.

² نوي خرشى، الصفقات العمومية -دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية-، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 149.

1- المرحلة الأولى:

تتمثل هذه المرحلة في الاختيار الأولي للمتشحين على أساس ملفات الترشيح، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشيح، والمحدد في الجزء الأول من دفتر الشروط تحت عنوان "دفتر ملف الترشيح"، في لوح الإعلان عن العروض.

2- المرحلة الثانية:

وهي المرحلة التي تقوم فيها السلطة المفوضة بدعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط¹.

المطلب الثاني: إجراءات الطلب على المنافسة في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

تجسيدا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، والمحافظة على حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين العارضين، وشفافية المعاملات، يمر الطلب على المنافسة بإجراءات طويلة بدءا بالإعداد المسبق لدفتر الشروط (الفرع الأول)، ثم الإجراءات المتعلقة بإعلان الطلب على المنافسة (الفرع الثاني)، مروراً بإيداع العروض (الفرع الثالث)، ثم الانتقال إلى مرحلة إختيار وتقييم العروض (الفرع الرابع)، وصولاً إلى الإجراءات المتعلقة بالمنح المؤقت للتفويض (الفرع الخامس).

الفرع الأول: الإعداد المسبق لدفتر الشروط

تعتبر تفويضات المرفق العام عقود إجرائية تقيد فيها الإدارة بإجراءات دقيقة، فقبل قيام السلطة المفوضة بالإعلان عن إجراء الطلب على المنافسة، وجب عليها إعداد الشروط المتصلة بالعقد والمواصفات المراد التعاقد من أجلها، على أن تكون هذه الشروط عامة ومحددة للجميع فتضع الإدارة دفتر الشروط الذي يعتبر المرآة العاكسة لموضوع العقد، باعتباره الإطار الذي يحدد ضوابط العلاقة التعاقدية التي ستجمع بين كل من الإدارة مانحة التفويض والمفوض له.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

أولاً: تعريف دفتر الشروط

بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي 18-199، نجد أن المشرع لم يعرف دفتر الشروط حيث اكتفى بتقديم دفتر الشروط بما يتضمنه من بنود تنظيمية وبنود تعاقدية، والتي بموجبها توضح كيفية إبرام إتفاقية التفويض وتنفيذها وهو ما أشارت إليه المادة 13 من ذات المرسوم، ونفس المنحى الذي سار فيه تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، عندما قدم دفاتر الشروط على أنها دفاتر محينة دورياً دون التطرق إلى تعريف هذه الوثيقة.

غير أن هناك عدة محاولات فقهية لتعريف دفتر الشروط نذكر من بينها تعريف الدكتور عمار بوضياف الذي عرفه بأنه:" وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفية إختيار المتعاقد معها¹.

أما الأستاذ عمار عوابدي، فعرف دفتر الشروط كما يلي:" عبارة عن وثائق إدارية ومكتوبة ومعدة مقدماً تشتمل على شروط العقود الإدارية، بشروط الإبرام والانعقاد، وشروط للتنفيذ²."

كما عرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه:" عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقاً بإرادتها المنفردة، بما لها من امتيازات السلطة العامة، حيث تنطبق على عقودها الإدارية وصفقاتها العمومية، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة³."

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص 63.

² عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 215.

³ محمد الصغير علي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 48.

من خلال التعاريف السابقة الذكر، يمكن القول بأن دفتر الشروط هو الوثيقة التي تضعها السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة، والتي تتضمن مجموعة من البنود التي تتعلق بموضوع عقد التفويض والوثائق المكونة له، الشروط المطلوبة في المتنافسين، بالإضافة إلى الأسس أو المعايير التي يتم الاعتماد عليها في إختيار المفوض له، وجميع الشروط التي تبرم وينفذ وفقها، العقد، لذا يجب على السلطة المفوضة إعداد دفتر الشروط في متناول المتنافسين، حتى يتمكنوا من تقديم عروضهم والمشاركة في المنافسة قبل إعلانها.

يجسد دفتر الشروط مظهر من مظاهر ممارسة السلطة العامة، ذلك أن الإدارة عندما تضع شروطا ما في هذه الوثيقة، فإنه لا يجوز للمتنافسين التفاوض بشأنها أو القيام بطلب تعديلها، إلا في حدود ما نصت عليه المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199¹.

وأخيرا تلي عملية إعداد دفتر الشروط إحالته إلى لجنة تفويضات المرفق العام من أجل المصادقة عليه.

ثانيا: مضمون دفتر الشروط

جاء في نص المادة 13 من المرسوم 18-199 الفقرة الثانية² على أن دفتر الشروط يشمل جزئين:

أ- الجزء الأول: "عنوانه دفتر ملف الترشيح"

ويتضمن مجموع البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين، وكذلك الوثائق المكونة لملفات الترشيح، وبيان كفاءات تقديمها، ويحدد هذا الجزء معايير إختيار وانتقاء المترشحين لتقديم عروضهم خصوصا، ما تعلق بالقدرات المهنية * التقنية * والمالية.*

¹ المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199، مرجع سابق.

² المرسوم التنفيذي 18-199 مرجع سابق.

ب- الجزء الثاني: "عنوانه دفتر العروض"

وهو الجزء الثاني من دفتر الشروط، ويتضمن البنود الإدارية والتقنية، وكذلك البنود المالية.

1- البنود الإدارية والتقنية:

وتتمثل في كافة المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له، والبنود ذات الطابع التقني المطبقة على المرفق العام، المفوض، بالإضافة إلى كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام.

2- البنود المالية:

وهي التي تحدد بموجبها الترتيبات المتعلقة بالجانب المالي سواء لفائدة المفوض له أو سلطة الموضة، وعند الاقتضاء، مستعملو المرفق المعني بالتفويض¹.

وتجدر الإشارة أن المادة 24 من المرسوم 18-199 نجدها قد نصت على إمكانية تحديد دفتر شروط نموذجي لبعض المرفق العمومية متى استدعت الحاجة إليه، ويكون ذلك بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية.

الفرع الثاني: إعلان الطلب على المنافسة

حرص المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على إيجاد آليات يضمن بها التجسيد المادي لمبدأ العلنية، وتمثلت أول هذه الآليات في إلزامه السلطة المفوضة، بالإعلان عن المنافسة لتحيط المترشحين علما برغبتها في التعاقد وتدعوهم للتنافس، وبذلك فإن العلنية تسعى إلى تحقيق المنافسة العادلة عن طريق تأمين علم الكافة بما تريد الإدارة التعاقد عليه. وذلك كالاتي:

¹ كرميش إيمان، مرجع سابق، ص 27.

أولاً: إجبارية الإعلان عن المنافسة

ضبط المشرع الأطر التي تعلن بها السلطة المفوضة تكريسا لحرية الوصول إلى الطلب العمومي، فأوجبت المادة 25 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، فدون الإعلان لا يوجد مجالا حقيقيا للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة¹.

ونظرا لأهمية الإعلان كون أن الطلب على المنافسة لا يتم إلا به، كون التعاقد يتم كقاعدة عامة إلا باتباع أسلوب الطلب على المنافسة مما يؤدي إلى نتيجة أن لا تعاقد كأصل عام دون الإعلان.

ثانياً: 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 أن يكون الإعلان محددًا بلغتين، اللغة الوطنية واللغة الفرنسية على الأقل، وأن يحتوي على البيانات الجوهرية المحددة في المادة 27 والتي نصت على:

"يجب أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة البيانات الآتية:

- ✓ تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، إن وجد.
- ✓ صيغة الطلب على المنافسة.
- ✓ موضوع وشكل تفويض المرفق العام.

¹ أحمد عميري، "دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة ابن خلدون بتيارت، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017، ص 226.

- ✓ المدة القصوى للتفويض.
- ✓ شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- ✓ قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح.
- ✓ آخر أجل لتقديم ملف الترشيح.
- ✓ مكان إيداع ملف الترشيح.
- ✓ مكان سحب دفتر الشروط.
- ✓ دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة.
- ✓ كفاءات تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة إختيار وانتقاء العروض).
- يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة، إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة¹.

من خلال ما سبق، يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

- 1- يترتب على عدم إحترام السلطة المفوضة للأشكال الجوهرية المتعلقة بالإعلان والمنصوص عليها في المادة 27 أعلاه البطلان.
- 2- حرص المشرع بجعله إعلان الطلب على المنافسة إلزامي يعد بمثابة فرصة أكيدة تضمن مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، مما يفتح المجال أمام مبدأ المنافسة، إضافة إلى تكريس الشفافية والمساواة من خلال هذا الإجراء.
- 3- الهدف من هذه الإجراءات هو الشفافية وتجسيد مبدأ العلنية.

بالإضافة إلى أن فرض المشرع في المادة 25 من المرسوم التنفيذي 18-199 نشر الإعلان في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، دون تحديد منه أي لغة

¹ المرسوم التنفيذي 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

أجنبية، هل اللغة الفرنسية باعتبار أن الجزائر كانت مستعمرة من طرف فرنسا، أو اللغة الإنجليزية باعتبارها اللغة الأولى عالمياً؟

ونفس الشيء بالنسبة للغة الوطنية، فهل المقصود اللغة العربية أو اللغة الأمازيغية؟ مع العلم أن كلتا اللغتين منصوص عليهما في المادتين 3 و 4 من القانون 01-16 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016.

فنتص المادة 3 منه بأن: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية".

والمادة 4 تمازغت هي كذلك لغة وطنية ورسمية¹.

لذا لا بد من توضيح المصطلحات والابتعاد عن كل مصطلح يشوبه الغموض واللبس، مما يؤدي إلى التأويل والتحايل، فحسنا فعل تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام عندما نص صراحة على أن يحزر طلب العروض باللغة العربية وبلغه واحدة أجنبية على الأقل.

حبذا لو أن المشرع أشار إلى العنوان الإلكتروني للسلطة المفوضة ضمن الإعلان لتمكين المتنافسين المحتملين من توجيه استفساراتهم بأشهر الطرق وأسرعها، وبالتالي يقترح على المشرع إضافة إلى المادة 27 في المطة الأخيرة ما يلي:

-العنوان الإلكتروني للتواصل الإلكتروني عند الاقتضاء.

-كما يقترح تعديل المادة من خلال ضبط اللغة وصياغتها كما يلي:

"يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة... باللغة العربية، وبلغه أجنبية واحدة، على الأقل".

¹ القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06-03-2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج، عدد 14، الصادر بتاريخ 2016-03-7.

ثالثا: وسائل نشر الإعلان

نص المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أن نشر الطلب على يجب أن يكون المنافسة على أوسع نطاق وبكل وسيلة مناسبة، كما ألزم السلطة المفوضة بالإشهار، عن طريق الجرائد، على أن تكون هذه الجرائد يومية وليست أسبوعية أو شهرية، وأن تكون جرائد وطنية وليست أجنبية، أما الحد الأدنى من الجرائد التي ينبغي النشر فيها، فقد حدده المشرع بجريدين على الأقل، وهي الشروط التي حددتها المادة 25 من المرسوم السالف الذكر.

وجدير بالإشارة إلى أنه كان على المشرع قصد تحقيق المزيد من الشفافية، وفي سبيل إيجاد تطبيق أكبر لمبدأ العلنية أن يعهد إلى تطوير نظام الإشهار المعتمد، سيما وأن أسلوب النشر الصحفي الورقي بات أسلوبا بدائيا، وكان من الأفضل التوجه نحو العمل بنظام الإشهار الإلكتروني الذي يعد أفضل السبل، بالنظر لما يكلفه هذا الأخير من سرعة في نقل المعلومة ومن سهولة في التلقي والإطلاع عليها، خصوصا في ظل التطور الهائل الذي تشهده الإدارة الإلكترونية.

غير أن المادة 26 نصت على إعفاء بعض المرافق العمومية من إجبارية الإشهار في الجرائد، نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها، بشرط ضمان الإشهار بكل وسيلة أخرى¹.

الفرع الثالث: إيداع العروض

بعد إعلان الطلب على المنافسة وتمكين المترشحين من سحب دفتر الشروط، تأتي مرحلة استقبال التعهدات التي تحتوي على ملف الترشح، وتعني هذه المرحلة إتاحة الفرصة أمام المتنافسين لإيداع عروضهم لدى السلطة المفوضة تجسيدا للشفافية والمساواة.

نص المشرع على ضرورة إحترام أجل إيداع العروض، وهو ما سوف يتم تناوله (أولا)، ثم التطرق إلى كيفية إيداع العروض (ثانيا).

أولا: أجل إيداع العروض وتمديده

¹ كرميش إيمان، مرجع سابق، ص 33.

بالرجوع إلى نص المادة 28 نجد أن المشرع نص على وجوب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض مدة تحضير العروض¹، وذلك لفتح المجال أمام أكبر عدد من المتنافسين، إذ يتم تحديد آجال تحضير العروض من طرف السلطة المفوضة، وهو بذلك ترك السلطة التقديرية للسلطة المفوضة، ويعتبر هذا بمثابة إهدار لمبدأ المنافسة، لأن تحديد الآجال يسمح بتكريس منافسة حقيقية ونزيهة، لذا كان لا بد على المشرع من تحديد أجل لإيداع العروض بغية منع أي تحايل من قبل السلطة المفوضة، مما يؤدي إلى عدم نزاهة العملية التعاقدية، وعدم المساواة بين المتنافسين.

وجدير بالذكر أن نفس الأمر لم يتناوله تنظيم الصفقات العمومية و ت م ع، بحيث اقترح الأستاذ خرشي النوي بتحديد مدة أدنى لتحضير العروض محددة بأجل أدناه 15 يوما على الأقل².

كما نص المشرع على تمديد تاريخ إيداع العروض، فإذا صادف تاريخ الإيداع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد الأجل إلى يوم العمل الموالي على أن يتم تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة، سواء كان ذلك بناء على مبادرة من السلطة المفوضة أو بناء على طلب معمل من أحد المترشحين، وفي حالة التمديد فإنه يخضع تاريخ إيداع العروض إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم 18-199.

وأخيرا فقد نصت المادة 29 على أنه لا تؤخذ الملفات التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة المحددة في إعلان الطلب على المنافسة.

ثانيا: كيفية إيداع العروض

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

² لوي خرشي، مرجع سابق، ص 217.

حماية للمنافسة بين المتعهدين أوجب المشرع أن يكون الإيداع في مكان واحد تكريسا عليها للشفافية والمساواة، بالإضافة إلى إحاطة مضمون العروض بالسرية وعدم جواز الإطلاع من قبل الغير، تشتمل التعهدات على ملفات الترشيح والتي تتضمن الوثائق الآتية:

1-تصريح بالنزاهة.

2-القانون الأساسي للشركة.

3-مستخرج السجل التجاري.

4-رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر.

5-كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين مذكورة في دفتر الشروط.

يجب أن يقدم الملف في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة إختيار وانتقاء العروض).

الفرع الرابع: إختيار وتقييم العروض

أحاط المرسوم التنفيذي رقم 18-199 هذه المرحلة بمجموعة من الضوابط، ألزم السلطة المفوضة باتباعها، وذلك عبر مرحلتين يتقرر من خلالهما الفائز بمنح التفويض، حرصا منه على ضمان أكبر قدر من الشفافية، وتجسيد مبدأ المساواة، وتتجلى هذه الضوابط في مرحلتين، تتمثل الأولى في مرحلة فتح الأظرفة (أولا)، وتقييم العروض (ثانيا).

أولاً: مرحلة فتح الأظرفة

أ- وجوب فتح الأظرفة من قبل لجنة إختيار وانتقاء العروض:

تضطلع بمهمة فتح الأظرفة لجنة إختيار وانتقاء العروض، التي أوكل لها المشرع مهمة ممارسة الرقابة الداخلية القبلية، تقوم في جلسة علنية كمرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين، وهو ما نصت عليه المادة 31 من م ت م رقم 18-199.

1- الأساس القانوني للجنة إختيار وانتقاء العروض:

نصت المادة 75 على أن: "تنشئ السلطة المفوضة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة لاختيار وانتقاء العروض...".

2- تشكيلة لجنة إختيار وانتقاء العروض:

تتشكل لجنة إختيار وانتقاء العروض من (06) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة بموجب مقرر (م 75 فقرة 01) ويتم إختيار أعضاء اللجنة، نظرا لكفاءتهم لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد (م76)¹.

3- صلاحيات لجنة إختيار وانتقاء العروض:

حددت المادة 77 من م ت م رقم 18-199 المتضمن ت م ع مهام هذه اللجنة والتي نذكر من بينها ما يلي:

3-1- عند فتح العروض:

- التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العريضة في سجل خاص،
- القيام بفتح الأظرفة،

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

- إعداد القائمة الاسمية للمترشحين أو المترشحين الذين ّ تم انتقاؤهم، حسب الحالة، وتاريخ وصول الأظرفة.

3-2- عند فتح ملفات التعهد:

- دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمترشحين وكذا كفاءاتهم وقدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط.
- إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط.
- إعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم وتبليغها للسلطة المفوضة.
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.

3-3- عند فحص العروض:

- دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا.
- إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط.
- إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط مرتبة ترتيبيا تفضيليا.

3-4- عند المفاوضات:

- إعداد محضر مفاوضات على إثر كل جلسة تفويض.
- تحرير محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبيا تفصيليا.
- اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحة التفويض¹.

ب- تمكين المتعهدين من حضور عملية فتح الأظرفة:

في سبيل إضفاء الشفافية على عملية فتح الأظرفة وتوسيع نطاق مبدأ العلنية مكن المشرع المتعهدين من حضور عملية فتح الأظرفة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

ت- تحديد الموعد الزمني لفتح الأظرفة:

من خلال البحث في فحوى النصوص القانونية التي جاء بها المرسوم 18-199 نجد أن المشرع لم ينص على موعد محدد لفتح الأظرفة، لذا لا بد من تدارك ذلك، والنص على موعد محدد، حيث يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح والعروض.

ثانيا: مرحلة تقييم العروض

بعد مرحلة إختيار وانتقاء العروض، تأتي كمرحلة لاحقة لمرحلة تقييم العروض، حيث تقوم لجنة إختيار وانتقاء العروض خلال هذه المرحلة وفي جلسة مغلقة، بدراسة ملفات الترشح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة.

على إثر هذه المرحلة، تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل، طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة.

تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة من طرف المترشحين المقبولين وتقييمها، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط.

تقوم بعدئذ، بإعداد قائمة العروض، مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب "النقاط" المتحصل عليها. بعد ذلك تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين، إلى سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم بكل وسيلة ملائمة، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن المترشح المقبول أن يقدم أكثر من عرض واحد¹.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

الفرع الخامس: مرحلة المنح المؤقت

بعد تقييم العروض وبعد فحصها ودراستها من طرف لجنة إختيار وانتقاء العروض يحال الأمر إلى الجهة المختصة لمنح التفويض على من يتقدم بأفضل عرض وهو الإجراء الذي يصطلح عليه قانونا بالمنح المؤقت.

يعرفه الدكتور عمار بوضياف بأنه: 'إجراء إعلامي تخطر بموجبه الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت، وغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي'¹.

وعليه فإنه قبل منح التفويض نهائيا لابد من المرور بمرحلة المنح المؤقت.

أولاً: الإعلان عن المنح المؤقت

تكريسا لمبدأ العلانية والشفافية، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج إعلان المنح المؤقت للتفويض بنفس الوسائل التي يتم بها نشر الطلب على المنافسة والجرائد التي ينشر فيها.

فهذا الإعلان رغم أنه يؤدي إلى الإطالة نوعا ما في إجراءات الإبرام، إلا أنه يضيف شفافية أكثر من خلال الإعلان عن الفائز المؤقت بالتفويض.

ثانياً: الطعون والآجال

إن العمل بإجراء المنح المؤقت يترتب عنه حقوق للمتشحين، فعلى سبيل المثال حقهم في الطعن ومعارضة قرار المنح².

¹ عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية-دراسة فقهية وتشريعية وقضائية-، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 65.

² مونية خليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق، 2015، ص 139.

خول المشرع لأي مترشح الذي رفض عرضه إمكانية الاحتجاج على قرار المنح المؤقت للتفويض، بأن يرفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام، في أجل لا يتعدى عشرين يوماً، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض.

وفي مرحلة ثانية تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى (20) يوماً، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن، وعلى اللجنة أن تعلق قرارها وتبلغه إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن، وهو ما جاء في أحكام المادة 45 من م ت 18-199.

وقد نصت المادة 43 من م ت السالف الذكر على أنه: "إذا رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض رفض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، يمكن السلطة المفوضة، بعد إلغاء المنح المؤقت للتفويض، أن تلجأ إلى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض الذي أعدته لجنة إختيار وانتقاء العروض¹.

ما يلاحظ على هذه المادة أن رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض، سواء باستلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، لا يعد في كل الحالات عملاً بريئاً وبحسن نية، فقد يتواطأ متنافسين على تقديم عروض متباينة، ويتم التنازل على المنح بغير مبرر فاسحا المجال للعرض الذي يليه في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات والمتواطئ معه، مما يؤدي إلى إهدار مبدأ الشفافية والمساواة المنافسة المنصوص عليهم في المادة 05 من تنظيم ص و ت م ع.

بعد انقضاء آجال الطعون المذكورة في المادة 42 أعلاه، تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول وتسليمه نسخة من الاتفاقية (المادة 44)، ومهما يكن من أمر فإنه يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

مرحلة من مراحل التفويض، مع إخضاع إشهار قرار الإلغاء إلى نفس قواعد الإشهار المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام، ما يعاب على المشرع أنه لم ينص على أي أساس يتم إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، أو الأسباب التي تؤدي بالسلطة المفوضة إلى إلغاء هذا الإجراء، كأن يتعلق الأمر بالصالح العام مثلاً، كما هو منصوص عليه في المادة 73 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث أنه "عندما يتعلق الأمر بالصالح العام يمكن لمصلحة المتعاقد أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة...¹.

وقد منح المشرع لأي مترشح إمكانية الاحتجاج على قرار إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، بأن يرفع طعناً لدى لجنة تفويضات المرفق العام، في أجل (10) أيام، ابتداء من تاريخ إشهار قرار الإلغاء.²

ثالثاً: اتفاقية التفويض

جاء نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199 بصيغة الوجوب، مما يعني أن الاتفاقية ستكون ملغاة بقوة القانون في حال لم تتضمن الأساس القانوني لإبرام الاتفاقية وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي أعلاه، ناهيك عن البيانات المبينة أدناه:

- تحديد بوضوح النطاق الموضوعي للتفويض أي السلطة المفوضة والمفوض له، وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لتوقيع الاتفاقية والصفة القانونية التي يمتلكونها للتوقيع.
- تحديد النطاق الموضوعي للتفويض والمتعلق باستغلال المرفق العام موضوع التفويض، وذلك بأن يتم تحديد أي نوع من الاستغلال وهل هو كلي أم جزئي.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

² المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

- تحديد صيغة الإبرام ما إن كانت عن طريق المنافسة أو عن طريق التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة أو بموجب تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض وشكل التفويض والمزايا التي يحققها.
- تحديد شكل التفويض ما إن كان في شكل امتياز أو تسيير أو إيجار أو وكالة محفزة.
- تحديد المقابل المالي أو الاتاوات التي يدفعها المنتفعين بخدمات المرفق العام محل التفويض مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، ناهيك عن تحديد السبل والطرق التي يمكن من خلالها تحيين ومراجعة هذه الاتاوات.
- تحديد مدة التفويض التي تختلف حسب شكل التفويض فاذا كان في شكل امتياز فمدة التفويض تكون 30 سنة قابلة للتمديد لمدة أربع سنوات كحد أقصى، أما الإيجار فمدته تكون محددة بـ 15 سنة كحد أقصى تكون قابلة للتمديد ثلاث، وأما الوكالة المحفزة مدتها 10 سنوات قابلة للتمديد لمدة سنتين كحد أقصى والتفويض مدته 5 سنوات قابلة للتمديد سنة واحدة.
- الاختصاص الإقليمي للمرفق العام، خاصة إذا كان المرفق إقليمي وليس مرفقي، ذلك لأن الاختصاص دائما من النظام العام يتم تحديده بموجب نص قانوني.
- تحديد حقوق والتزامات طرفي الاتفاقية السلطة المفوضة والمفوض له، كالاتزامات المتعلقة بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية الخاصة باستخدام والانتفاع بالمرفق العام لاسيما ما يتعلق منها بالإتاوات والتعريفات وساعات العمل وطبيعة المستفيدين من خدمات المرفق، وكذا الالتزام بفتح سجل خاص لتدوين وتسجيل الشكاوى والاقتراحات ويكون مؤشر عليه من السلطة المفوضة، وهي إحدى الآليات التي تمكن السلطة المفوضة من معرفة ما إن كان هناك إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له أو وجود حالة عدم إحترام للشروط المتعلقة باستخدام المرفق أو سوء استغلاله...، فهذا السجل من شأنه أن يجعل السلطة المفوضة تتحرك لاتخاذ التدابير الملائمة لتدارك الوضع في حق المفوض له كفتح لجنة تحقيق.

- جرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة العامة عند الاقتضاء، وانجاز واقتناء ممتلكات المرفق العام، ناهيك عن ضرورة تحديد البنود المتعلقة باستغلال تلك المنشآت وبصيانتها¹.
- تحديد الضمانات لكلا طرفي الاتفاقية، فالمفوض له عليه أن يضمن تحقيق وتكريس المبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة كمبدأ الاستمرارية وحسن سير المرفق العام والحياد والمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق محل التفويض، في المقابل على السلطة المفوضة أن تضمن له المقابل المالي والالتزامات المالية للمفوض له، وكذا الحماية من الأخطار التي قد تعترضه أثناء استغلال المرفق العام وتنقل كاهله المالي.
- تحديد حالات الدفع وآليات حساب التعويضات والتأمينات والواجبات الواقعة على عاتق المفوض له اتجاه مستخدم المرفق، وتحديد الجهة المسؤولة عن التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار قد تكون مست بمنشآت المرفق، ثم تحديد تدابير الأمن والنظافة والسلامة الصحيحة وحماية البيئة لأمه في النهاية، وجميع المرافق العامة غرضها الأساسي الحفاظ على النظام العام.
- في حال اللجوء إلى التفويض من الباطن أو وفق ما يسميه هذا المرسوم التنفيذي المناولة لابد من تحديدها في الاتفاقية.
- وهناك أيضا ما يتعلق بالبنود الخاصة باليد العاملة وكيفيات مراقبة تنفيذ الاتفاقية، وهي محددة أساسا في المرسوم التنفيذي 18-199 بموجب المواد من 74 إلى غاية 83.

¹ سهيلة بوخميس، محمد علي حسون، " إتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية -دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الموسوم بعنوان التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد الإنفاق، يوم 20 نوفمبر، 2018، ص 9.

- تحديد كفاءات تنفيذ اتفاقية التفويض في حالات القوة القاهرة الخارجة إرادتي طرفي الاتفاقية، وتحديد كيفية تسوية النزاعات في حال نشوب خلاف بين الطرفين، ما إن كانت ودية أم قضائية، وفي الحالة الأخيرة لا بد من تحديد الجهة القضائية المختصة وهي في غالب الأحيان تكون القضاء الإداري، على اعتبار أن أحد طرفي الاتفاقية شخص معنوي عام وأن المرفق موضوع الاستغلال هو مرفق عام.
- تحديد الجزاءات المالية المفروضة على المفوض له لعدم التزامه بتنفيذ الاتفاقية وتحديد كفاءات تطبيقها، غير أنه قبل اللجوء إليها يجب على السلطة المفوضة أن توجه له إعدارين لتدارك النقائص المسجلة في الآجال القانونية المحددة، وكذا حالات الفسخ والمرتبطة أساسا في استمرار المفوض له بالإخل بالتزاماته على الرغم من الإعدارات الموجهة له، عندما فقط يمكن للسلطة المفوضة أن تفسخ الاتفاقية التفويض سواء نهاية عادية أو متيسرة.
- تحديد التعويض لصالح السلطة المفوضة الذي يلتزم به المفوض له في حال الاستعمال غير العقلاني والتعسفي لممتلكات المرفق العام.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المادة 47 من المرسوم رقم 18-199 نصت على الإقصاءات من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، حيث جاء فيها ما يلي: "يقصى، مؤقتا أو نهائيا، من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، المتعامل الذي يرتكب فعلا أو عملا محل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وبالرجوع إلى المادة 75 من المرسوم الرئاسي نجدها قد حددت حالات الإقصاء، ونظرا لأهمية هذا الإجراء، سوف يتم التعرض إلى ما يلي:

1-مدلول الإقصاء:

يقصد بالإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية أو تفويض المرفق العام حرمان المتعهد من المشاركة في المنافسة وعدم قبول العطاءات التي يتقدم بها ولو كانت مستوفية لكافة الشروط بسبب وجوده في وضعية غير قانونية.

2-أهداف إجراء الإقصاء:

يسعى المشرع من خلال استحداثه لهذا الإجراء إلى تحقيق الأهداف التالية:

- إضفاء الحماية اللازمة للمال العام والتصدي للفساد.
- ضمان السير الحسن للمرافق العامة من خلال ضمان حسن تنفيذ الصفقات وعقود التفويض على الوجه الأمثل وفي الآجال المحددة.
- ضمان التعاقد مع من هم في حالة مادية جيدة، وأشخاص ثبتت نزاهتهم، وتؤكد حرصهم على أدائهم لالتزاماتهم، فمسألة إختيار المتعاقدين على قدر من الأهمية، بل إن نجاح العملية العقدية متوقف على حسن الإختيار أولاً.

3-الطبيعة القانونية لإجراء الإقصاء:

إن إجراء الإقصاء إجراء شخصي ينصب على أشخاص طبيعيين أو معنويين محددين بذواتهم، على خلاف إجراء الاستبعاد والذي يعد إجراء موضوعيا باعتباره ينصب على العطاء بصرف النظر عن تقدم به.

يشكل إجراء الإقصاء مظهرا من مظاهر السلطة العامة، وأحد أبرز السلطات الاستثنائية المخولة للإدارة المتعاقدة، ذلك أن توقيع هذه العقوبة مكفول لها دون لإجازة من القضاء. يحمل إجراء الإقصاء أوجه عدة، فمن جهة يمثل عقوبة تنفذ في حق المخالفين،

ويمثل من جهة أخرى إجراء وقائي استباقي يجرى تطبيقه بصفة قبلية، أي قبل منح الصفقة أو التفويض¹.

4- أسباب الإقصاء:

وهي حالات محددة على سبيل الحصر، نصت عليها المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و74 أعلاه.
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحساب شركاتهم.
- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعد أن كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة.

¹ عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 156.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،
- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم¹.

كما نجد أن القرار الو ازي المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، قد صنف حالات الإقصاء إلى صنفين، إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي، وصنف الإقصاء المؤقت بدوره إلى إقصاء تلقائي وآخر بموجب مقرر.

أ- الإقصاء المؤقت:

ويقصد به حرمان المتعهد من المشاركة في الصفقات العمومية والتفويض لمدة معينة محددة قانونا، على أن يستأنف حقه بالعودة للمشاركة في المنافسات بعد تسوية وضعيته القانونية.

ولإقصاء المؤقت صورتين:

- 1-الإقصاء المؤقت التلقائي: ويثبت بصفة مباشرة وتلقائية بمجرد الكشف عن حالاته ومن دون الحاجة إلى إصدار مقرر يقضي به.
- 2-إقصاء المؤقت بمقرر: وهو الإقصاء الذي يتم الكشف والإعلان عنه بموجب مقرر صادر عن الجهة المختصة قانونا، ويخص المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها بعد أن كانوا محل مقررين إثنيين للفسخ على الأقل تحت مسؤوليتهم².

¹ المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

² عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 157.

ب- الإقصاء النهائي:

وهو إجراء نهائي لا يرتبط تطبيقه بآجال محددة، ويحرم بمقتضاه المتعهد من الدخول في أي صفقة وبشكل نهائي ومطلق، إلى أن يتم رد الاعتبار له بحسب ما تقضي به النصوص¹.

ت- الحرمان الموقع من الإدارة:

1- الحرمان الجزائي الموقع من قبل الإدارة: إذ تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية، وذلك في الحالة التي تصدر فيها الإدارة قرارات الحرمان كجزاء يوقع على المتعامل معها، نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، مثل ارتكاب أخطاء في تنفيذ ارتباطات سابقة مع الإدارة.

2- الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة: في هذه الحالة تستخدم جهة الإدارة سلطتها التقديرية في حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمناقصة بسبب كونهم غير مؤهلين للتعاقد، وعدم كفايتهم أو ضعف قدراتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المرجوة من التعاقد، ولم يقيد المشرع الإدارة بحالات معينة، كما لم يفرض عليها انتهاج سلوك معين، فهذا الحرمان نوع من مظاهر السلطة العامة التي تمارسها جهة الإدارة وغير مقيدة في ذلك إلا بدواعي المصلحة العامة².

¹ عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 160-161.

² مروان سفار طربي، طرق إبرام الصفقات العمومية وعقود تفويض المرافق العامة بين الحرية والتقييد، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة محمد بوضياف-المسيلة، كلية: الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص 20.

المبحث الثاني: أسلوب التراضي كاستثناء في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

جعل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أسلوب التراضي إجراء استثنائي لإبرام عقود تفويضات المرفق العام كتبعة لعدم تجاوبه مع مبدأ المنافسة، باعتباره يحزر السلطة المفوضة من تلك القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة، فنقوم السلطة المفوضة بكل حرية بإختيار مفوض له مباشرة، إلا أن هذه الحرية لا تمنع من إخضاع أسلوب التراضي لتنظيم قانوني معين في حالات محددة قانونا ومنتظر بهذا الصدد إلى أشكال التراضي وحالاته (المطلب الأول)، ثم إلى الإجراءات المتبعة في أسلوب التراضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أشكال التراضي وحالاته

باعتبار التراضي أسلوب استثنائي للقاعدة العامة لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام فقد حدد المشرع أشكاله (الفرع الأول)، وقيد السلطة المفوضة بحالات لا يمكن اللجوء إلى التراضي إلا إذا توفرت هذه الحالات (الفرع الثاني)

الفرع الأول: أشكال التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في إختيار المفوض له

إن المظهر المميز لإجراء التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد أنه أسلوب بسيط يعني السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تفرضها صيغة الطلب على المنافسة لإختيار المفوض له.

وحددت المادة 16 أشكال التراضي حيث جاء فيها ما يلي: "يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة¹.

وعليه نجد المشرع من خلال المادة قسم التراضي إلى شكلين أو نمطين جاء بهما ولأول مرة المرسوم التنفيذي رقم 18-199 في مجال إبرام عقود تفويضات المرفق العام، وهما التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة.

أولاً: التراضي البسيط

إن التراضي البسيط هو أحد أشكال التراضي وقد عرفته المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بأنه: "إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة بإختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية".

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

بداية ينبغي التوضيح أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد فالرضا لازم لكل العقود، سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو القانون العام، وذلك أنه لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا¹.

لقد جاء في مضمون المادة 18 بأن السلطة المفوضة تقوم من خلال إجراء التراضي البسيط بإختيار مفوض له، جاعلة في ذلك معيار التأهيل لتضمن بأن المفوض له قادر على تسيير المرفق العام، وذلك بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية.

إن القصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد هو أن الإدارة بموجبه تتحرر نسبيا من الخضوع إلى القواعد الإجرائية التي يخضع لها إجراء الطلب على المنافسة ويمكنها أن تقوم مباشرة بإبرام العقد مع متعامل وحيد بمجرد تطابق إرادتهما وفقا لدنتر الشروط المعد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة إلى المنافسة²، وهو ما يمس بمبدأ المنافسة المنصوص عليه في المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فالتراضي البسيط يخول للإدارة الحرية في الإختيار.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

وهو ثاني شكل من أشكال التراضي، وذلك وفقا للمادة 17 التي تنص على أن: 'التراضي بعد الاستشارة، إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة بإختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين، على الأقل³'.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07-10-2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسر للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 2011، ص 126.

² شريف بن ناجي، المشتريات العامة والفساد في الجزائر، مجلة مراجعة الدراسات والنقد اجتماعي، العدد 25، الجزائر، 2008، ص 144.

³ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

فالتراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه السلطة المفوضة لإبرام عقودها بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصاً لذلك، والملاحظ على هذا الأسلوب انه يكرس مبدأ المنافسة ولو جزئياً بحكم أن السلطة المفوضة تستدعي على الأقل ثلاثة مترشحين مؤهلين وتستشيرهم وتفتح المجال للمنافسة فيما بينهم، لإختيار المترشح الذي تراه مؤهلاً لتسيير المرفق العام.

وعليه فإننا نخلص إلى أن هذا الأسلوب على خلاف أسلوب التراضي البسيط يضمن ولو قدر قليل من المنافسة التي تكاد تتعدم نهائياً في التراضي البسيط.

إن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 لم يوضح كيفية إقامة الاستشارة، بالإضافة إلى عدم تحديده للأجل الذي تتم فيه الاستشارة، المعايير التي تتم على أساسها الاستشارة.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن المادة 8 من المرسوم التنفيذي 18-199 عندما نصت على أن إتفاقية التفويض تبرم وفقاً لصيغتي الطلب على المنافسة الذي يشكل القاعدة العامة، والتراضي الذي يمثل الاستثناء، وبالتالي فإن التراضي أسلوب استثنائي، وحتى ضمن المادتين 19 و20، يعتبر كل من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة استثناء، ذلك أنه لا يلجأ إليهما إلا في حالات استثنائية.

الفرع الثاني: حالات التراضي قيد على حرية السلطة المفوضة في إختيار المفوض له

بما أن التراضي يشكل أسلوب استثنائي على القاعدة العامة لإبرام عقود تفويضات المرفق العام، فقد قيد المشرع السلطة المفوضة بحالات لا يمكنها اللجوء إلى التراضي إلا إذا توفرت هذه الحالات وهي حالات على سبيل المثال لا الحصر عكس تنظيم الصفقات العمومية عندما جاءت المادة بصيغة قطعية من خلال عبارة "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط...¹"، فالسلطة المفوضة لا يمكنها أن تلجأ إلى

¹ المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

أسلوب التراضي البسيط إلا إذا توافرت لديها إحدى الحالات التي حددها المشرع للتراضي البسيط في المادة 20، أو إحدى حالات التراضي بعد الاستشارة المنصوص عليها في المادة 19.

أولاً: حالات التراضي البسيط

أفرد المشرع الجزائري التراضي البسيط بحالات تم ذكرها في المادة 20 فنصت على أنه:" يتم اللجوء إلى التراضي البسيط.

- إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمرشح واحد يحتل وضعية احتكارية.
- وأما في الحالات الاستعجالية¹.

أ- الوضعية الاحتكارية

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ خدمات إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية الاحتكار.

تتعدد أوجه الاحتكار وأهمها الاحتكار القانوني والاحتكار الفعلي، ويظهر أن المشرع لم ينص على هذين النوعين من الاحتكارات، وأي ما كان صنف الاحتكار أو بسببه وأي ما كان الممارس له، فإنه يعتبر نقيض المنافسة الحرة التي فحواها ومظهرها ممارسة إنتاج أو بيع نفس السلعة أو الخدمة من قبل أعوان متعددين يتساوون في حظوظ ممارسة هذه العمليات التجارية بشأن هذه السلعة أو الخدمة في سوق معينة².

فقانون المنافسة 03-03 في المادة 06³ نص على الممارسات المعرّقة للمنافسة الحرة مبينا تنوعها بين التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار من خلال الإغراق، وكذلك الممارسات

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

² النوي خرشي، مرجع سابق، ص 180.

³ أنظر المادة 06 من قانون المنافسة 03-03، مرجع سابق

التمييزية بتطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات مع الشركاء والأعمال المضيقه للمنافسة المتمثلة على الخصوص في الحد من الدخول إلى السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية، وتركيز الإنتاج في تجميعات إنتاجية بما يضر المنافسة¹.

إن الوضعية الاحتكارية للمترشح تعتبر بمثابة المبرر للجوء إلى التراضي اعتباراً أن الخدمة التي تتطلبها السلطة المفوضة لا يلبئها إلا مترشح في وضعية احتكارية تسمح له القيام بالخدمة المطلوبة، فلماذا الخضوع للإجراءات الشكلية المعقدة وطويلة المدة، وهي تعتبر حالة موضوعية مبررة تستوجب اللجوء إلى هذا الأسلوب، وقد أحسن المشرع تحرير السلطة المفوضة من الخضوع إلى إجراءات الطلب على المنافسة، طالما ثبت أن هناك مترشح وحيد يحتكر الخدمة وتوافرت فيه المؤهلات المطلوبة من السلطة المفوضة، فلماذا إتباع إجراءات الإشهار والدعوة إلى المنافسة والخضوع لإجراءاتها.

ب- حالة الاستعجال

حددت المادة 21 الحالات التي تعتبر حالات استعجالية وهي:

- عندما تكون اتفاقية تفويض مرفق عام سارية المفعول، موضوع إجراء فسخ.
- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له.
- حالة رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال.

من خلال الحالات الواردة في المادة 21 نجد أنها تمس بمبدأ المساواة بين المترشحين وبالتالي تضييع فرصة الحصول على أفضل عرض، مما يؤدي إلى خلق حالة فساد. ما يلاحظ على هذه الحالات المتصلة بعنصر الاستعجال أنها وردت بصيغة عامة غير مضبوطة، كارتباط حالة الاستعجال مثلاً بمصطلح الاستعجال الملح، بالإضافة إلى عدم تقييد المشرع لكل حالة من الحالات الاستعجالية بشروط، وقيام السلطة المفوضة بتبرير حالة اللجوء إلى كل حالة.

¹ النوي خرشي، مرجع سابق، ص 181.

وفي جميع الحالات يتعين على السلطة المفوضة، إتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني¹.

ثانياً: حالات التراضي بعد الاستشارة

جاء في نص المادة 19 أن السلطة المفوضة تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة

الحالة الأولى: عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية.

الحالة الثانية: تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة.

أ- حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية

عندما تقوم السلطة المفوضة باللجوء إلى صيغة الطلب على المنافسة لإبرام عقودها، وفي حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، فإنه يمكنها المرور من صيغة الطلب على المنافسة إلى صيغة التراضي بعد الاستشارة².

من الجدير بالذكر أن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نص في المادة 15 منه على أنه لا يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية وهي الحالات:

- عدم استلام أي عرض.
 - استلام عرض واحد.
 - عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.
- بل عليها أن تعيد الإجراء للمرة الثانية في حالة:
- عدم استلام أي عرض.

¹ المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

² كرميش إيمان، مرجع سابق، ص 61.

• عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

وعند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية وتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، فإنه يقبل وتتابع السلطة المفوضة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وفي هذه الحالة، يتم إختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة (المادة 19)¹.

وقد أجاز المشرع للسلطة المفوضة استعمال نفس دفتر الشروط، وذلك من باب تخفيف الإجراءات حتى لا تضطر السلطة المفوضة لإعادة دفتر الشروط واحالته على لجنة تفويضات المرفق العام للمصادقة عليه.

ب- حالة تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة

وهي الحالة الثانية التي تلجأ فيها السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة بحيث يتم تحديد هذه المرافق بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية².

غير أنه يلاحظ أن المشرع لم ينص على معيار يمكن من خلاله تحديد المرافق العامة التي تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، والمرافق التي لا تستدعي ذلك حتى لا يترك للسلطة المفوضة مجالاً للسلطة التقديرية في هذا المجال، إذا كان ينبغي أن تكون سلطتها في ذلك مقيدة وفي هذه الحالة، يتم إختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقاً السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن حالات التراضي سواء التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة حالات ضيقة، جاءت على سبيل المثال، تمثلت في حالتين أو ثلاث حالات لكل

¹ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

² المادة 19/فق 2 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

من شكلي التراضي مقارنة بحالات التراضي المنصوص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 خاصة التراضي البسيط، رغم أن المادة جاءت بصيغة قطعية لحالات اللجوء.

إليه، إضافة إلى تقييد كل حالة من حالاته بشروط، إلا أنها تعددت وتنوعت، وهو نفس الأمر في حالة التراضي بعد الاستشارة¹.

لذا لا بد للمشرع في حالة تعديل النص التنظيمي توسيع حالات كل من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

المطلب الثاني: إجراءات التراضي في إبرام اتفاقية تفويضات المرفق العام

سبق القول بأن إجراء الطلب على المنافسة يمر بإجراءات معقدة وطويلة المدة، مما يجعل السلطة المفوضة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف، بالإضافة إلى أن بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات، لهذا تم الترخيص دائماً للسلطة المفوضة بإمكانية التعاقد بأسلوب التراضي.

ما يمكن التذكير به هو أن إختيار كيفية إبرام عقود تفويضات المرفق العام يندرج ضمن اختصاصات السلطة المفوضة، وبالتالي تنتج عن ذلك أن السلطة المفوضة ليست لها الحق في اللجوء إلى صيغة التراضي، إلا في الحالات المحددة بموجب القانون، فرغم أن هذه الصيغة جاءت للتخفيف من تقييد حرية السلطة المفوضة في التعاقد، إلا أن هذه الأخيرة وجدت نفسها أكثر تقييداً بتحديد المشرع للحالات التي تلجأ فيها السلطة المفوضة لهذا الإجراء.

¹ للتوسع أكثر، أنظر المادتين 59 و51 من المرسوم التنفيذي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفرع الأول: إجراءات التراضي البسيط

إن التراضي البسيط إجراء يستخدم في حالات استثنائية محددة بموجب نص قانوني (كحالة الاحتكار وحالة الاستعجال) يرد كوسيلة للتخفيف من الحرية المقيدة للسلطة المفوضة في الأساليب الأخرى التي تستجوب شكليات معينة وإجراءات معقدة لا تتناسب مع بعض الظروف والحالات.

وعليه فإن هذا الإجراء يبرم وفقه العقد دون أي منافسة يلزم المشرع السلطة المفوضة من خلالها بالإعلان في الصحف والجرائد، وما يترتب على ذلك من مواعيد وإجراءات قانونية، أي تحرير السلطة المفوضة من الخضوع إلى الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الطلب على المنافسة.

تقوم السلطة المفوضة في مرحلة أولى بإختيار مفوض له تراه مؤهلاً لضمان تسيير مرفق عام، وذلك بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية، ليأتي دور لجنة إختيار وانتقاء العروض بدعوتها للمرشح الذي تم إختياره لتقديم عرضه¹.

وفي مرحلة لاحقة تتفاوض لجنة إختيار وانتقاء العروض مع المترشح المقبول، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط، حيث لا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي حال من الأحوال، إلى موضوع التفويض.

الفرع الثاني: إجراءات التراضي بعد الاستشارة

وفقاً لأسلوب التراضي بعد الاستشارة فإن السلطة المفوضة مقيدة بإجراء الاستشارة، حيث تقوم لجنة إختيار وانتقاء العروض في خطوة أولى بدعوة ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل، من أجل تقديم عروضهم وفقاً لدفتر الشروط، وقد ألزم المشرع في المادة 38 السلطة المفوضة باعتماد نفس دفتر الشروط، غير أن المشرع لم يبين هل تستشير السلطة المفوضة المتعهدين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة غير المجدي، وفي حالة استشارتهم فكيف

¹ المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

لها يتم لم ذلك؟ كون عروضهم لا تتطابق تقنيا مع دفتر الشروط، طالما أن دفتر الشروط الأول تعديله؟

لتشرع بعد المرحلة الأولى اللجنة بعد جمعها لعروض المترشحين الذين استجابوا لدعوتها في التفاوض مع الطرف الراغب في التعاقد معها من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلافية بينهما، تتعلق بمدة التفويض أو التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام.

ما تم ملاحظته هو أن المشرع لم ينص على كيفية الاستشارة، ولم يوضح المدة الفاصلة بين إجراء الاستشارة وإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، إضافة إلى عدم توضيحه لمحتويات الاستشارة، فقد كان من الأولى أن يتم النص على الأقل على الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن تتضمنها الاستشارة.

من خلال المادة 41 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 18-199 نص المشرع على إعلان قرار المنح المؤقت بتفويض المرفق العام في حالة التراضي بعد الاستشارة¹.

أولاً: إعلان قرار المنح المؤقت

يتم إشهار قرار المنح المؤقت بجميع الوسائل المتاحة حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام.

حاول المشرع قدر المستطاع من خلال نص المادة إعلام المتنافسين بالنتائج، من خلال عبارة "بجميع الوسائل المتاحة"، ولو أن العبارة الذي استعملها فيها نوع من الغموض، إذ لا يمكن تقدير متى تكون وسيلة إشهار ما مناسبة من عدمها، لذلك ومن أجل سد المنافذ التي يمكن أن تكون وسيلة للتحايل على النصوص هو أن يتضمن هذا النص صيغة الإلزام، وبالتالي يصبح لزاماً على السلطة المفوضة تحديد وسائل الإشهار المناسبة لذلك.

¹ كرميش إيمان، مرجع سابق، ص 64.

يترتب على هذا الإجراء حقوق المترشحين فعلى سبيل المثال حقهم في الطعن ومعارضة قرار المنح.

إن نشر إعلان المنح المؤقت يجسد مبدأ الشفافية المنصوص عليه في المادة 5 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ثانياً: تقديم طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام

منحت المادة 42 لأي مترشح إمكانية الاحتجاج على قرار المنح المؤقت، والذي يكون في كل من إجراء الطلب على المنافسة والتراضي بعد الاستشارة، دون أن يكون التراضي البسيط محلاً للطعن، يرفع هذا الطعن إلى لجنة تفويضات المرفق العام، بعد تبليغ نتائج المنافسة في إعلان المنح المؤقت.

ثالثاً: ميعاد الطعن في المنح المؤقت

يرفع الطعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام في أجل عشرين (20) يوماً، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، تقوم اللجنة بدراسة ملف الطعن في أجل (20) يوماً، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن.

وأخيراً تبليغ اللجنة قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن¹.

من خلال التطرق إلى الإجراءات فإن التراضي يتم بالتفاوض وهو أسلوب قائم على التشاور والحوار عن طريق تبادل وجهات النظر بين السلطة المفوضة والمفوض له، المرشح للتعاقد بغية الوصول إلى إتفاق، ذلك أن السلطة المفوضة تسعى دائماً إلى الحصول على أفضل عرض، أما المرشح، فيعمل على الحفاظ على هامش كبير للحصول على أرباح، فالتفاوض يسمح بتكييف العروض مع الطلب.

¹ المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، مرجع سابق.

ولا توجد قواعد إجرائية محددة تنظم التفاوض، الأمر الذي يجعل الإدارة تتمتع مرة أخرى بالحرية في تنظيمه، غير أن هذه الحرية غير مطلقة، بل عليها احترام بعض المبادئ والتمثلة في:

أ- مبدأ عدم المساس بالعرض:

يقضي هذا المبدأ أنه يجب أن تؤدي المفاوضات إلى تطوير وتغيير نسبي في المشروع الأولي دون أن يغير الخصوصيات الأساسية للعقد، الذي بنيت عليه المنافسة.

فمبدأ عدم المساس أو حرمة دفتر الشروط، معناه أنه لا يجب تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط وقت التفاوض، وهو ما نصت عليه المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 على الحدود التي يسمح التفاوض بشأنها وفقا لدفتر الشروط.

ب- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:

ومعناه وضع الشروط المتعلقة بالإعلام السابقة للتفاوض تحت علم المترشحين دون تمييز ومنها على سبيل المثال:

- شروط الترشح وتقديم العروض، فيجب أن تكون نفسها بالنسبة لكل المترشحين.
- يجب أن يكون تقييم العروض ود ارسنها موضوعيا، طبقا لمبدأ المساواة في المعاملة.

ت- مبدأ سرية العروض:

لا يجب على الإدارة الإدلاء للمترشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض مترشحين آخرين، إذ يحظر عليها نشر البيانات التي تخص مختلف المترشحين أثناء المفاوضات.

ث- مبدأ شفافية الإجراءات:

على الإدارة بمجرد اللجوء للتفاوض، إعلام المترشحين بذلك وبالشروط التي تنظمها:

- كشكل التفاوض: مقابلة تبادل الاقتراحات كتابيا.
- مدة التفاوض: يجب أن تحدد مدة التفاوض قبل البدء فيه.

- شروط التفاوض: الشخص المسؤول عن التفاوض، تقديم العينات¹....
- ج- مبدأ تتبع الإجراءات:
- يستلزم التفاوض إمكانية تتبع مجمل المفاوضات مع المترشحين.
- تتبع التبادلات بين الأطراف يمكن أن يتم عن طريق الإبلاغ مثلا أو عن طريق المفاوضات في كل مرحلة من مراحل التفاوض.

¹ سمية سحنون، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2013، ص 37.

خلاصة:

تقوم عقود تفويضات المرفق العام على فكرة أساسية وهي حرية السلطة المفوضة في إختيار المفوض له، دون اللجوء إلى الإجراءات والشكلية الخاصة باستدراج العروض. فالمشرع الفرنسي أو التونسي أو المصري وعلى رأسهم المشرع الجزائري أعطى الشخص العام حرية إختيار المفوض له، وهو ما تناولته بعض النصوص الجزائرية التي منحت للسلطة المفوض الحرية في إختيار المفوض له كقطاع المياه وقطاع خدمات النقل البحري.

غير أن صدور المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويضات المرفق العام يعتبر قفزة نوعية، فقد نظم المشرع أسلوب التراضي لأول مرة وجعله أسلوب استثنائي تلجأ إليه السلطة المفوضة في شكل ت ارضي بسيط أو ت ارضي بعد الاستشارة، جاعلا اللجوء إليه لا يكون إلا بتوفر حالات منصوص عليها قانونا (كحالة الاحتكار والاستعجال).

وما يلاحظ أن المشرع قيد حرية السلطة المفوضة في اللجوء إلى التراضي سواء في شكله البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، خاصة هذا الأخير إذ يفرض عليه بعض الإجراءات التي تقترب من الطلب على المنافسة، كدفتن الشروط والإعلان، وغيرها من الشروط والإجراءات.

خاتمة

يمثل المرفق العام أحد الصور أو المظاهر الأساسية للنشاط الإداري الذي بواسطته تستطيع الدولة تلبية حاجيات المجتمع ومتطلباته بانتظام وعلى أفضل صورة

طريقة تفويض المرفق العام هي طريقة مستحدثة وجديدة لتسيير المرافق العامة الغير سيادية في الدولة تتماشى مع المتطلبات الفعالة والناجعة في التسيير من خلال إشراك القطاع العام والخاص في إدارتها، كما يظهر أنها تحكمها مجموعة من المبادئ أهمها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ الثقافة والمساواة في معاملة المرشدين بالإضافة إلى مبدأ استمرارية المرفق العام، لأنه يأخذ عدة أشكال تختلف بحسب نوع المرفق والتي يمكن حصرها في أربعة أشكال عقد الامتياز وعقد الإيجار والوكالة المحفزة وعقد التسيير.

إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ويكون وفقا لصيغتين هامتين وهما الطلب على المنافسة الذي يمثل القاعدة العامة والتراضي كإستثناء والتي يحكمها مجموعة من الإجراءات أثناء اختيار المفوض له.

كما تعرضنا في طرق إبرام عقود تفويضات المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 والمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومن خلال هذه الدراسة استنادا لما تطرقنا إليه تم استخلاص أهم النتائج الواردة على النحو التالي:

- غياب الإطار القانوني لعقود التفويض جعل كل قطاع في الدولة يجتهد بشكل منفرد في تنظيمها لكل قطاع حسب خصوصيته من أجل إصدار قانون خاص به ويؤطره في أي شكل من أشكال التفويض مما نجم عن ذلك كثرة القوانين القطاعية، وذلك أثر سلبا على الخواص لأن الإطار القانوني لم يكون دقيقا وكان يفتقد للشفافية


- تدارك المشرع الجزائري للأخطاء والنقائص الموجودة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في القانون رقم 15-247 وذلك يوضع نظام قانوني موحد يحكم تفويض المرفق العام لصالح الأشخاص الخاصة وهو المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

- الزام السلطة المفوضة عند ابرامها لعقد التفويض على ضرورة احترام أسس ومبادئ المرافق العام في مبدأ الاستمرارية والتكيف والمساواة واحترام القانون المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- أسلوب الطلب على المنافسة يجسد تكريس مبدأ الشفافية في التعاقد من خلال علانية الإجراءات وهو أمر مطلوب للحد من ظاهرة الفساد الإداري وتكريس التنافسية
- جعل أسلوب التراضي استثنائياً تلجأ إليه السلطة المفوضة لاختيار المفوض له وتقيدته بالحالات تمنع فيها السلطة المفوضة من اللجوء إليه إذا توفرت هذه الحالات
- إجراءات وطرق ابرام اتفاقيات تفويض المرفق العام هي شبيهة بتلك المعتمدة في ابرام الصفقات العمومية.

ومن كل ما سبق وما ساهمنا نقدم الاقتراحات التالية:

- نظرا لتكريس مبدأ المنافسة من خلال إجراءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام، فإنه يقترح إخضاع هذا النوع من العقود لقانون المنافسة.
- طرح الدعوة للمنافسة دولياً لتوسيع مجال المنافسة بما يتلاءم مع مقتضيات التجارة العالمية
- دون جعل الطلب على المنافسة وطنياً فقط.
- إدراج مبادئ الولوجية والبساطة والثقة للمرفق العام.
- تكثيف حملات النشر والإشهار بالنسبة لعقود التفويض.
- توسيع استعمال عقود التفويض من خلال مشاركة جميع القطاعات بشكل مضبوط ودقيق
- لعمليات إبرام عقود التفويض سواء كانت مرافق عامة محلية أو وطنية لتحقيق تنمية شاملة في جميع القطاعات.
- وضع معيار يمكن من خلاله تحديد المرافق العامة التي تستدعي إجراء الطلب على المنافسة والمرافق التي لا تستدعي ذلك.

- تفويض المرفق العام يندرج ضمن التفويض الاتفاقي وهو ما جاء به المرسوم 18-199-199 حيث ركز على تحديد أحكام تسيير المرفق العام على التفويض الاتفاقي واغفال التسيير الذي يتم بشكل انفرادي، وهو ما يشكل ثغرة قانونية لا بد من إعادة النظر في ذلك.
- التوسع في حالات التراضي بنوعيه وتقييد كل حالة بشروط.
- ضرورة تفعيل المرسوم 88-131 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن وذلك أن الأحكام
- القانونية التي يحملها في طياته من شأنها تدعيم المرسوم 18-199-199.
- - تفعيل المرصد الوطني للمرفق العام عن طريق إشراك ممثل عنه كعضو في لجان الرقابة على عقود تفويض المرفق العام.
- توفير ضمانات قانونية فعالة للشريك الخاص سواء ما تعلق بإبرام عقد التفويض أو المتعلقة بمتابعة ومراقبة عقد التفويض.
- تطوير القدرات الفنية والعلمية للأشخاص القائمين على إجراءات إبرام عقود التفويض
- والاعتماد على المؤهلات والكفاءات العالية في سبيل اختيار المفوض له بغرض الوصول إلى الهدف المنشود من وراء هذا العقد.

A decorative scroll graphic with a black outline and grey shading on the top and left edges, framing the text.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية

1-الدساتير:

- القانون رقم 01-16، المؤرخ في 6-03-2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج، عدد 14، الصادر بتاريخ 7-03-2016.

2-القوانين:

- القانون رقم 10-11 المؤرخ في 20 رجب عام 1432هـ الموافق ل 2 يونيو سنة 2011 والمتعلق بالبلدية، ج.، العدد 37 الصادرة سنة 2011.
- القانون رقم 07-12 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1433هـ الموافق ل 21 فبراير سنة 2012 والمنطق بالولاية، ج.ر، العدد 12 الصادرة سنة 2012.
- قانون رقم 05-12 المؤرخ في 02 أوت 2005 المتعلق بالمياه، ج.ر.ج.ج عدد 60 الصادرة في 04 سبتمبر 2005ء المعدل بموجب القانون 05-03 المؤرخ في 23 جانفي 2008. ج-لي. ج. ج عقد عد الصادرة في 27 جانفي 2005 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02-09 المؤرخ في 5 جويلية ج. ر. ج. ج العدد 4 الصادرة في 26 جويلية 2009.

3-المراسيم الرئاسية:

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن قظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العلم، ج-لي. ج. ج العدد 50 الصادرة بتاريخ 20 بهشهر 2015.

4-المراسيم التنفيذية:

- مرسوم تنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439هـ الموافق لـ 02 غشت 2018م المتعلقة بتفويض المرفق العام، ج. لي. ج. ج. العدد 43 الصادرة في 05 نونبر سنة 2018.
- مرسوم تنفيذي رقم 196-04 المؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1425، الموافق لـ 15 يوليو سنة 2004، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال قطاع البحث العلمي والتقني، العدد 45، السنة الواحدة والأربعون، الصادرة في 18 يونيو، سنة 2004.
- المرسوم التنفيذي رقم 96/30، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريع.
- المرسوم التنفيذي رقم 88-131 مؤرخ في 04 جويلية 1988، المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر ج ج، العدد 27، الصادر بتاريخ 4-07-1988.
- المرسوم التنفيذي رقم 90-188 مؤرخ في 23 يونيو 1990، المحدد لهياكل الإدارة المركزية وأجهزتها، ج ر ج ج، العدد 26، الصادر بتاريخ 27 يونيو 1990.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-305، المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1417هـ الموافق لـ 15 ستمبر سنة 1996 يتعلق بمنح استشارات الطريق السريع.

5-التعليمات:

- التعليمات الوزارية رقم 842/3-94 المؤرخة في 07 سبتمبر 1994، الصادرة عن وزارة الداخلية، والمتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، غير منشور.

ثانيا: المؤلفات:

- إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B.O.T دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2011.
- احمد محمد غالم، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ BOT، المكتب العلمي الحديث، 2009.

- إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عند الموت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- الأنانية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2010.
- بوزيد إيمان، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT كألية لتمويل مشاريع البنية التحتية، جامعة الجزائر 3، الجزائر.
- سليمان الطماوي، ميادين القانون الإداري (الكتاب الثاني: نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة)، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، 1979.
- سهيلة بوخميس، محمد علي حسون، " إتفاقيات تفويض المرفق العام للجماعات المحلية -دراسة تحليلية للمرسوم التنفيذي رقم 18-199، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الموسوم بعنوان التفويض كألية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي وترشيد الإنفاق، يوم 20 نوفمبر، 2018.
- عادل بو عمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية-دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرة الأولى، مشاة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003.
- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري النشاط الإداري، وسائل الإدارة)، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07-10-2010، المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 2011.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن.

- عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- عهد قريطم، التفويض في الاختصاصات الإدارية منشورات الطهي الحقوقية، لبنان، 2011.
- محمد الصغير علي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- محمد الطماوي سليمان، الأسس العامة للعد الإداري، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1991.
- محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- محمود أمين بوسماح، المرفق العلم في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- محمود عاطف البناء العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
- مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة: الامتياز، الشركات المختلطة، bot، تفويض المرفق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- نوي خرشي، الصفقات العمومية -دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية-، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- وضاح الحمود محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) ، حقوق الإدارية المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة دراسة مقارنة، منشورات، لبنان، 2009.

ثالثا: رسائل التخرج

1- أطروحات الدكتوراه

- سهيلة فوناس، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018.
- صونية نايل، السير المفوض المرفق الري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، جامعة العربي التبسي، الجزائر 2017.
- منال حلومي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه، الطور الثالث، جامعة قاصدي مراح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016.
- مونية خليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق، 2015.

2- رسائل ماجستير:

- ديب أمينة، النظام القانوني لعقد الامتياز التزام المرفق العامة، منكرة تقبل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص قانون داري، جامعة عناية، كلية الحقوق، 2011-2012.
- سمية سحنون، اجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2013.
- نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، منكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.

3- مذكرات ماستر:

- إيدير نصيرة، استحداث طرق جديدة لتسيير المرفق العامة في الجزائر والتركيز على عقد الامتياز، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق، بجلية. الجزائر، 2003.

- بعزیز میسة، الخوصصة في الجزائر: خيار سياسي ألم حتمية اقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الطرق، تخصص القانون العام، بجاية الجزائر، 2013.
- زعيم إيمان، الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة - عقد البيت نموذجاً، منكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الطرق، جامعة بسكرة، الجزائر، 2013-2014.
- كرميش إيمان، طرق إبرام عقود تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي 199/18، مذكرة ماستر، فرع قانون عام، جامعة المسيلة، 2019.
- مروان سفار طبي، طرق إبرام الصفقات العمومية وعقود تفويض المرافق العامة بين الحرية والتقييد، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة محمد بوضياف-المسيلة، كلية: الحقوق والعلوم السياسية، 2017.

رابعاً: المجالات:

- أحمد عميري، "دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة ابن خلدون بتيارت، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017.
- بركيبة حسام، التفويض المرفق العلم مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرفق العام، مجلة المفكر، جامعة أبي بكر بتقليد، ليسان، العدد 14.
- حميدة زينب مولاي عمار، بوزيد كمحول، الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT مجلة الواحات البحوث والدراسة، المجلد 10، العدد 12، جامعة غرداية، 2017.
- سليمان حاج عزام، 'دور المبادئ العمة للمرفق العام المفوض في حماية حقوق المنتفعين'، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 06، 2018.

- سليمان سهام، تفويض المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، الجزائر.
- شريف بن ناجي، المشتريات العامة والفساد في الجزائر، مجلة مراجعة الدراسات والنقد اجتماعي، العدد 25، الجزائر، 2008.
- مونية جليل، " دور الجماعات الإقليمية في ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة،" مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، العدد 01، المجلد 08، 2019.
- هاني سعر الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد، 69، 1999.

A decorative border resembling a scroll, with a grey shaded area at the top right corner and a white shaded area at the bottom left corner.

قائمة

المحتويات

قائمة المحتويات

الصفحة	العنوان
	الشكر
	اهداء
أ	مقدمة
	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لتفويضات المرفق العام
09	المبحث الأول: ماهية التفويض في سير المرافق العامة
10	المطلب الأول: مفهوم تفويض المرفق العام
10	الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام
10	أولاً: التعريف التشريعي لتفويض المرفق العام
11	ثانياً: التعريف الفقهي لتفويض المرفق العام
12	الفرع الثاني: خصائص تفويض المرفق العام
12	أولاً: حتمية وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة
13	ثانياً: تفويض المرفق العام هو عقد وكالة
13	ثالثاً: وجود علاقة تعاقدية
14	رابعاً: تعلق التفويض باستغلال واستثمار بالمرفق العام
15	الفرع الثالث: مبادئ وأسس تفويض المرفق العام
15	أولاً: مبادئ تفويض المرفق العام
18	ثانياً: أسس تفويض المرفق العام
20	المطلب الثاني: مكانة تفويض المرفق العام في القانون الإداري
20	الفرع الأول: تمييز تفويض المرفق العام عن غيره من المفاهيم المشابهة في القانون الإداري
21	أولاً: تفويض المرفق العام والتفويض في السلطة الإدارية
22	ثانياً: منح تفويض المرفق العام والصفة العامة

قائمة المحتويات

23	ثالثا: تفويض المرفق العام والوكالة
25	رابعا: عقد التفويض والتأهيل
26	خامسا: تفويض المرفق العام والخصخصة
	الفرع الثاني: تمييز تفويض المرفق العام عن طرق الإدارة الأخرى المعتمدة في تسيير المرافق العامة
27	أولا: تفويض المرفق العام والإدارة المباشرة
28	ثانيا: تفويض المرفق العام والمؤسسة العمومية
29	ثالثا: تفويض المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط
30	رابعا: تفويض المرفق العام وعقود الشراكة العمومية والخاصة BOT
32	المبحث الثاني: أشكال تفويض المرفق العام
33	المطلب الأول: عقدي الامتياز والإيجار كتقنية لتفويض المرفق العام
33	الفرع الأول: مفهوم عقد الامتياز كآلية لتفويض المرفق العام
33	أولا: تعريف عقد الامتياز وخصائصه
37	ثانيا: أركان عقد الامتياز الإداري
40	ثالثا: مكونات عقد الامتياز وتكيفه القانوني
45	الفرع الثاني: مفهوم عقد الإيجار كآلية لتسيير المرفق العام
45	أولا: تعريف عقد إيجار المرفق العام
45	ثانيا: خصائص عقد إيجار المرفق العام
46	ثالثا: تمييز عقد إيجار المرفق العام عن عقد امتياز المرفق العام
47	المطلب الثاني: الوكالة المحفزة والتسيير كتقنيتين لتفويض المرفق العام
47	الفرع الأول: الوكالة المحفزة كآلية لتفويض المرفق العام
47	أولا: تعريف الوكالة المحفزة

قائمة المحتويات

48	ثانيا: خصائص الوكالة المحفزة
48	الفرع الثاني: مفهوم عقد التسيير كآلية لتفويض المرفق العام
49	أولا: تعريف عقد التسيير
49	ثانيا: خصائص عقد التسيير
50	المطلب ثالث: عقد البوت BOT كصورة من صور تفويضات المرفق العام
50	الفرع الأول: تعريف عقد البوت كآلية لتفويض المرفق العام وخصائصه
50	أولا: تعريف عقد البوت كأسلوب لتفويض المرافق العامة
51	ثانيا: خصائص عقد البوت كأسلوب لتفويض المرافق العامة
52	الفرع الثاني: أطراف عقد البوت كآلية لتسيير المرفق العام
52	أولا: الأطراف الرئيسية
54	ثانيا: الأطراف الثانوية
58	خلاصة
الفصل الثاني: النظام القانوني لإبرام اتفاقية المرفق العام	
61	المبحث الأول: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
62	المطلب الأول: مفهوم الطلب على المنافسة في عملية إبرام اتفاقية المرفق العام
62	الفرع الأول: تعريف الطلب على المنافسة في عملية إبرام اتفاقية المرفق العام
62	أولا: التعريف القانوني للطلب على المنافسة
66	ثانيا: خصائص الطلب على المنافسة
68	ثالثا: تمييز الطلب على المنافسة على طلب العروض والتراضي بعد الاستشارة
69	الفرع الثاني: مراحل الطلب على المنافسة في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
70	المطلب الثاني: إجراءات الطلب على المنافسة في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
70	الفرع الأول: الإعداد المسبق لدفتر الشروط

قائمة المحتويات

71	أولاً: تعريف دفتر الشروط
72	ثانياً: مضمون دفتر الشروط
73	الفرع الثاني: إعلان الطلب على المنافسة
74	أولاً: إجبارية الإعلان عن المنافسة
74	ثانياً: محتوى الإعلان
77	ثالثاً: وسائل نشر الإعلان
77	الفرع الثالث: إيداع العروض
78	أولاً: أجل إيداع العروض وتمديده
79	ثانياً: كيفية إيداع العروض
79	الفرع الرابع: إختيار وتقييم العروض
80	أولاً: مرحلة فتح الأظرفة
82	ثانياً: مرحلة تقييم العروض
83	الفرع الخامس: مرحلة المنح المؤقت
83	أولاً: الإعلان عن المنح المؤقت
83	ثانياً: الطعون والآجال
85	ثالثاً: اتفاقية التفويض
93	المبحث الثاني: أسلوب التراضي كاستثناء في إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام
94	المطلب الأول: أشكال التراضي وحالاته
94	الفرع الأول: أشكال التراضي كمظهر لحرية السلطة المفوضة في إختيار المفوض له
94	أولاً: التراضي البسيط
95	ثانياً: التراضي بعد الاستشارة
96	الفرع الثاني: حالات التراضي قيد على حرية السلطة المفوضة في إختيار المفوض له
97	أولاً: حالات التراضي البسيط
99	ثانياً: حالات التراضي بعد الاستشارة
101	المطلب الثاني: إجراءات التراضي في إبرام اتفاقية تفويضات المرفق العام

قائمة المحتويات

102	الفرع الأول: إجراءات التراضي البسيط
102	الفرع الثاني: إجراءات التراضي بعد الاستشارة
103	أولاً: إعلان قرار المنح المؤقت
104	ثانياً: تقديم طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام
104	ثالثاً: ميعاد الطعن في المنح المؤقت
107	خلاصة
108	خاتمة
112	قائمة المراجع