خصوصية عقود الشراكة وآلية تحقيق نجاعتها بين القطاع العام والخاص

The privacy of partnership contracts and the mechanism for achieving their efficiency between public and private sectors

أحمد البرعي*، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد لمين دباغين – سطيف 2 –
ah.elburai@univ-setif.dz
سهام بن دعاس، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد لمين دباغين – سطيف 2 –
bendaas.siham@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2022/01/25 تاريخ قبول المقال: 2022/05/03 تاريخ نشر المقال: 2022/05/12

الملخص:

يعتبر القطاع الخاص من الركائز الأساسية في الاقتصاد والتنمية في البلدان المتجهة للتطوير، ومن أهم الدعائم المهمة للقطاع العام في توفير الخدمات للمجتمع بشكل عام، حيث تعد عقود الشراكة من أهم الطرق والأساليب التي تلجأ لها الإدارة في تنفيذ المشاريع التنموية و الخدماتية، حيث يعد تعريف هذا النوع من العقود بأنّها الاتفاق بين الإدارة وشركات القطاع الخاص من أجل المشاركة في إنشاء أو تنفيذ أو إدارة المشاريع الخدمية ومشاريع البنى التحتية.

يتميز هذا النوع من العقود بصفتها الهجينة من حيث مدى اعتبارها من العقود الخاصة أو العقود الإدارية من جهة ، والطبيعة المركبة من جهة أخرى حيث تتكون من عدة عقود متداخلة في آن واحد، حيث تتناول هذه الدراسة الطبيعة القانونية لهذه العقود والرقابة عليها خصوصا في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ، ومنها فرنسا، على خلاف ما هو قائم في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد على سبيل المثال الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا.

الكلمات المفتاحية: عقود الشراكة ، القطاع العام ، القطاع الخاص ، الرقابة .

Abstract:

The private sector is considered one of the main pillars of the economy and development in the developing countries, and one of the most important pillars of the public sector in providing services to society in general. Where partnership contracts are one of the most important ways and methods that the administration resorts to in the implementation of development and service

* المؤلف المرسل

projects, where the definition of this type of contract is the agreement between the administration and private sector companies in order to participate in the establishment, implementation or management of service projects and infrastructure projects. This type of contract is distinguished as a hybrid in terms of the extent to which it is considered a private contract or an administrative contract on the one hand, and the complex nature on the other hand, as it consists of several overlapping contracts at the same time; Where this study deals with the legal nature of these contracts, especially in countries that adopt a dual justice system, including France, unlike what exists in countries that adopt a unified judicial system, for example, the United States of America and Britain.

Key words: Partnership contracts, public sector, private sector, oversight.

المقدمة:

يعد مفهوم الشراكة أحدث أفكار الفكر الاقتصادي العالمي الحديث في مجال السياسة العامة وبالخصوص في مجال التنمية والتي تعمل الحكومات في جميع الدول على تفعيلها ، سعيا منها لإشباع حاجاتهم والعمل على رفع معدلات الرفاه الاقتصادي، وظهر نهج الشراكة بين القطاعين العام والخاص بعد فشل الحكومات خلال القرنين الماضيين في القيام بالوظائف المعهودة إليهم من تنظيم ورقابة ، وفي المقابل فشل السوق والذي تجسد بفشل القطاع الخاص في إشباع حاجات الأفراد.

حظي مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي يقوم على أساس استقطاب القطاع الخاص لتطوير وتمويل المشاريع التي تُقدِّم الخدمات العامة، مقابل حصول هذا الأخير على بدل مالي يغطي استثماراته المالية، وما تحمله من كلفة باهتمام كبير من قِبل الدول في مختلف أنحاء العالم، خصوصًا إبان الحرب العالمية الثانية، حيث كان لا بد من حشد وجمع إمكانات المجتمع كافة، بما فيها خبرات وطاقات وموارد كلٍّ من القطاعين العام والخاص؛ لتشارك في إنشاء وتشغيل المشاريع بجميع أنواعها، بما يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فالقطاع العام لم يعد قادرًا وحده على مواجهة الصعوبات والتحديات التي تعترض طريق التنمية التي يطمح إلى تحقيقها، الأمر الذي دفع العديد من الدول، سواء المتقدمة أو النامية، إلى خلق التنظيمات المؤسسية والتشريعية التي تضع الأساس القانوني لتبني التنظيمات التشاركية، ومن هنا كمنت أهمية الدراسة حيث كان لزاما على الدول التي انتهجت هذا المسار أن تقوم بوضع أسس وقواعد تحكم سير هذه العملية بداية من تعريف هذه العقود وأهميتها وطريقة إبرامها ومن ثم تبيان طريق الرقابة عليها وكيف انتهج مجموعة من المشرعين ووضع اطر قانونية لسير هذه العملية .

وتتمحور إشكالية الدراسة حول **ماهية عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وما مدى فعالية الرقابة على هذه العقود؟**

و لمعالجة هذه الاشكالية تم الاعتماد على المنهج

كما اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي في بيان مفهوم الشراكة وأهميتها وأنواعها ومراحل الرقابة، نظرا إلى طبيعة هذا الموضوع .

و هذا بتقسيم الدراسة لمحورين أساسيين على النحو التالي:

وللإجابة عن الإشكالية ارتأينا أن نقسم البحث وفق الخطة التالية :

أولا – مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص

ثانيا– مفهوم الرقابة ودورها على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

المبحث الأول: مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الحديثة مما أوجد صعوبة في إيجاد تعريف دقيق يحيط بشكل دقيق وشامل لمفهومها، الذي لديه العديد من العناصر التعاقدية، حيث يعرف هذا النوع من العقود بطبيعته الشائكة التي جذبت العديد من الباحثين والمؤلفين للوصول ومعرفة أبعاد هذه العقود، مما أوجد جملة من التعاريف من قبل المشرعين والمنظمات الدولية والفقه فلذلك سنستعرض فيما يلي أهم التعاريف التي أوجدت لعقود الشراكة، ومن ثم سنستنتج ونتبين أبرز الخصائص التي تتميز بها هذه العقود(**المطلب الأول**)، كما سنقوم بتحديد أهمية هذه العقود وطبيعتها(**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول: **تعريف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص**

للإحاطة بتعريف عقود الشراكة علينا النظر لها من الناحية اللغوية والاصطلاحية كما يأتي :

أ – لغوياً: الشراكة هي جمع شريك شركاء وإشراك، مثل شريف وشرفاء والمرأة شريكة والنساء شرائك وشاركه صار شريكا في كذا وتشاركا في البيع والميراث.[1]

ب – اصطلاحا: لقد عرّفها المشرع المصري على أنّها:"**عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون**".[2]

وللفقه رأي في تعريف هذه العقود حيث عرّفها على أنّها:" انصراف إدارة كل من القطاع العام ممثلا في الحكومة والقطاع الخاص ممثلا في الجهات والمؤسسات الاستثمارية والتجارية والصناعية الفردية الخاصة على التعاون والتفاعل لتوظيف إمكانياتها البشرية والمالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية على أساس من المشاركة والالتزام بالأهداف وحرية الاختيار والمسؤولية المشتركة والمساءلة من اجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع، ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتهم ، حتى يتمكن المجتمع من تحقيق مستوى معاشي وخدماتي أفضل لمواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة وتحقيق وضع تنافسي أفضل"[3]

ومنه تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمجموعة من الخصائص التي تُبرز خصوصيتها واختلافها عن غيرها من العقود، ومن أهم هذه الخصائص:

أ – تعدد الأطراف المشتركة في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تتميز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بتعدد الأطراف المشتركة في تنفيذها، إلى درجة قد تؤدي إلى تعارض في مصالح هذه الأطراف، الأمر الذي يجعل من هذه العقود وسيلة للتوفيق بين المصالح المتباينة للأطراف المتعاقدة، فإضافةً إلى الجهة الحكومية هناك الشريك الخاص، وشركة المشروع، والجهات الممولة للمشروع سواء أكانت محلية أم أجنبية، وشركات المقاولات التي تتولى تشييد المشروع، وشركات الإدارة التي تتولى تشغيل واستغلال المشروع، وموردو المواد والمعدات اللازمة لكل ذلك يهدف القطاع العام بالدرجة الأولى إلى تحقيق الصالح العام، من خلال تقديم أفضل الخدمات للجمهور بأقل التكاليف وبشكل مستمر ومن دون انقطاع، كما يسعى أيضًا إلى التخفيف من الأعباء المالية المفروضة على موازنته، عن طريق إنشاء وتشغيل المرافق العامة بتمويل من القطاع الخاص، ويسعى كذلك إلى فرض أكبر قدر من الرقابة والإشراف على شركة المشروع أثناء مراحله المختلفة، واستعادة المشروع في أقرب وقت ممكن وبحالة جيدة تقبل الاستمرار في التشغيل والإنتاج.[4]

أما بالنسبة إلى شركة المشروع، فهي تسعى إلى تحقيق أكبر الأرباح بأقل كلفة، مع احتفاظها بسلطة اتخاذ القرارات المفصلية المتعلقة بإدارة وتشغيل المشروع وفقًا للآلية التي تشاء. كما تسعى أيضًا إلى التخفيف من المخاطر التي تحف مراحل المشروع قدر الإمكان، من خلال توزيعها على الأطراف الأخرى، كالمقاولين أو الموردين أو المشغلين. وأخيرًا فإن الجهات الممولة تسعى دومًا إلى الحصول على أكبر قدر من الأرباح، ولضمان تحقيق هذا الهدف فإنها تسعى إلى ربط التمويل بأصول المشروع وموجوداته، وذلك لكي تضمن سداد مبلغ القرض من التدفقات النقدية التي يدرها تشغيل المرفق، الأمر الذي يستدعي، بطبيعة الحال، إبرام عقود تعمل على تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، وتوفّق بين مصالح الأطراف المتباينة.[5]

ب – تعدد مراحل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص وطبيعتها المركبة

يُعد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود المركبة متعددة المراحل؛ ابتداءً من مرحلة التصميم، مرورًا بمرحلتي التشييد والتشغيل، وانتهاءً بنقل الملكية، كما أن تنفيذ عقود الشراكة يحتاج إلى إبرام العديد من العقود، ففضلًا عن الاتفاق المبرم بين الجهة الحكومية والشريك الخاص، يوجد العديد من الاتفاقات الأخرى، ومنها الاتفاق الذي تُبرمه شركة المشروع مع الجهات الممولة لتمويل تنفيذ المشروع وتشغيله، والاتفاقات التي تُبرمها شركة المشروع مع شركات المقاولات التي يُعهد إليها ببناء المشروع، والموردين الذين يزوّدون المشروع بالمعدات والمواد اللازمة، وكثير من الاتفاقات الأخرى. ونظرًا إلى تعدد مراحل عقود الشراكة وطبيعتها المركبة، فإنّ طول مدة العقد يُعد نتيجة منطقية لذلك، حيث يُعد الزمن أحد العناصر الأساسية لاستكمال جميع مراحل المشروع موضوع العقد، بدءًا من مرحلة التصميم، مرورًا بمرحلتي التشييد والتشغيل، وانتهاءً بنقل الملكية.[6]

ج – ارتكاز عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على مبدأ تقاسم المخاطر

يُعد مبدأ تقاسم المخاطر حجر الزاوية في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث يقوم هذا المبدأ على إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي، تقوم على تنظيم المخاطر التي تم تحديدها وتحليلها مسبقًا، وذلك لغايات تجنبها أو التقليل من آثارها التي تنعكس سلبًا على أهداف العقد، وغايته الأساسية، ومحله، وكلفته، وجودته، وخصوصًا حين يتعلق الأمر بعقد إداري محله أحد المرافق العامة، وذلك من خلال تدوين هذه المخاطر ومعالجتها في صورة بنود عقدية للحصول على أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي.[7]

وباستعراض الخصائص التي تم ذكرها سابقا، نجد أنه اشترط أن يتضمن مشروع الشراكة إجراءات واضحة لعملية تقاسم وتوزيع المخاطر، كما نذكر على سبيل المثال حيث اعتبر المشرع الأردني نقل المخاطر أحد المعايير الأساسية التي تُحقق عائدًا اقتصاديًّا إضافيًّا للجهة المتعاقدة وذلك لغايات احتساب القيمة المضافة مقابل المال. إضافةً إلى ذلك، فقد ألزم المشرع الأردني الجهة المتعاقدة عند إعداد دراسة الجدوى أن تفرد قسمًا خاصًّا لتحليل المخاطر المتوقعة والآلية المقترحة لتوزيعها. ولم يقف المشرع الأردني عند هذا الحد، حيث اشترط أن يتم تضمين مذكرة مقترح مشروع الشراكة بنودًا حول نقل المخاطر المالية والفنية والتشغيلية إلى القطاع الخاص والتخفيف من آثارها، كما أوجب في موضع آخر أن يتم تضمين عقد الشراكة بنودًا خاصة بتوزيع المخاطر، وقد أكد على ذلك أيضًا حين تناول مسودة عقد الشراكة باعتباره إحدى الوثائق اللازمة لطرح عطاء مشروع الشراكة، حيث أوجب أن تشتمل مسودة العقد على بنود خاصة تعالج إجراءات تحويل المخاطر.[8]

وفي مثال آخر فقد سار المشرع المصري على غرار المشرع الأردني في ذلك، حين أوجب على الأطراف تضمين عقود الشراكة شروطًا تحدد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين، أو بالحادث المفاجئ، أو بالقوة القاهرة، أو باكتشاف الآثار، والتعويضات المقررة بحسب الأحوال .[9]

د – تعدد ميادين ومجالات تطبيق عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يمكن تنفيذ صور مختلفة من المشاريع من خلال إتباع نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فالمشرع الأردني قد جعل جميع القطاعات الاقتصادية محلًّا لمشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولم يستثنِ منها سوى ما يقرر مجلس الوزراء، بناءً على تنصيب مجلس الشراكة بين القطاعين العام والخاص، استثناءه وعدم قابليته للشراكة، ففضلًا عن تنفيذ مشاريع البنية التحتية كالمطارات، والطرق، والجسور، ومحطات توليد الكهرباء، وغيرها من مرافق البنية التحتية، يمكن اللجوء إلى الشراكة في تنفيذ مشاريع أخرى كبناء المجمعات الصناعية، والمراكز التجارية والخدمية، ومواقف السيارات، وغيرها من المشاريع التي لا تُشكِّل بالضرورة مرافق بنية أساسية .[10]

المطلب الثاني:أهمية عقود الشراكة وطبيعتها القانونية

تهدف رؤية البنك الدولي للشراكة بين القطاعين إلي تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية خاصة في الدول النامية، حيث يبرز دور الدولة في اتخاذ القرار ورسم السياسات، أما دور القطاع الخاص فيبرز في تنفيذ المشاريع والمشاركة في أدائها بناء على فكرة عدم كفاءة تنفيذ خطط التنمية.[11]

وبالإمكان اجمال أهمية الشراكة كالاتي :

أ – تخفيض التكلفة:القطاع الخاص لديه القدرة على تقديم الخدمات بتكلفة منخفضة ودرجة عالية من الجودة إذ أنّ لديه الدوافع لتخفيض التكلفة وهي الدوافع التي تفرضها المنافسة مع الشركات الأخرى في حين لا يتوافر ذلك لشركات القطاع العام.

ويسمح تخفيض التكلفة بتخفيف العبء المالي على الموازنة العامة ومن ثم تقليل المديونية العامة، وهو ما يسمح بصورة أخرى يتم تخصيصها في الموازنة، وتتوافر مجموعة من العوامل تساعد القطاع الخاص على تخفيض النفقة لا توجد لدى المؤسسات العامة منها المنافسة ووجود نظام للحوافز.[12]

كما أنّ التزام القطاع الخاص بتوفير الخدمة أو القيام بالتجهيزات في المواقيت الزمنية المحددة في العقود وإلا تعرض لغرامات تأخير يعني أنه سوف يسعى دائما للالتزام بالوقت على عكس القطاع الحكومي الذي يبرر التأخير ولا يتم عقابه.

كما يحقق ذلك إنجاز الاعمال في وقتها نتيجة التزام الحكومة تجاه القطاع الخاص وذلك لإدراكها أن للقطاع الخاص الحق في المطالبة بالخسائر في حالة عدم التزام الحكومة بالعقود المبرمة في حين لا يحدث ذلك في ظل قيام القطاع العام بالتنفيذ .[13]

ب – ضمان جودة الخدمة: أحد المبررات الأساسية لعمليات التعاقد مع القطاع الخاص لتقديم الخدمة العامة حيث أنّ القطاع الخاص ونتيجة المنافسة غالبا ما يقوم بتطوير قدراته وإدخال تحسينات مستمرة على الخدمات المقدمة وهو ما يسمح بتقديم الخدمة وفقا لرغبات المستهلكين.

وتؤدي المنافسة بين الشركات المتقدمة للمشاركة قبل البدء في التنفيذ الى قيام تلك الشركات بإبراز قدراتها على انها الاقدر والاحق بالدخول في عملية التعاقد وتوفير السلعة او الخدمة بالجودة المطلوبة .[14]

ونظرا لهذه الأهمية يجب علينا تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة ففي مستهل الحديث لا بد من الإشارة إلى أنّ تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص قد حظي بأهمية جد كبيرة وبالغة لما لها من أهمية خصوصا في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كفرنسا ، وعلى خلاف ذلك الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد كبريطانيا ، من هذا المنطلق كان لا بد من دراسة الطبيعة القانونية لتبيانها وفهم طبيعة عملها:

1 – **عقود الشراكة في دول القضاء الموحد والمزدوج:**نتيجة لجمود النظرية العامة للعقود الإدارية وعدم مواكبتها للتطورات المتسارعة على صعيد المرافق العامة والخدمات ظهرت الحاجة الى نظام تعاقدي جديد يكسر جمود الإدارة ويمنحها صلاحيات واسعة في تمويل المرفق العام، من خلال تبني نظام تمويل خاص لإنشاء المشاريع المتعلقة بالبنى التحتية التي تساهم في التنمية الاقتصادية، من خلال منح صلاحيات الخدمات العامة للقطاع الخاص مقابل بدل يتم دفعه من قبل المنتفعون او الحكومة ذاتها، وتقوم هذه المبادرة على مجموعة من المبادئ تتمثل في السرعة في التسليم والانصاف وقدر عال من الخدمات المقدمة وتحقيق الشفافية وتوزيع المخاطر بشكل أفضل وتمويل الديون طويلة الأجل .[15]

2 – عقود الشراكة من عقود القانون العام: يعرف العقد الإداري بأنّه: " العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية او أجهزتها الإدارية باعتبارها سلطة رسمية عامة، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام وإطراد لتحقيق مصلحة عامة ويرتكز على أساليب ووسائل القانون العام وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص." ولكل ما تم ذكره من تعريف العقد الإداري فإنّه لابد من توافر ثلاثة أركان أساسية وهي كما يلي :

أ – أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد، ممثلة بأحد أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية باعتبارها سلطة عامة.

ب – أن يكون العقد متصلا بمرفق عام، بحيث يهدف هذا العقد إلي تسيير هذا المرفق العام بانتظام واطراد تحقيقا للصالح العام .

ج – أن يرتكز العقد على أساليب القانون العام، وهنا يجب ان تستعمل الإدارة أساليب ووسائل القانون العام، ومن ضمن هذه الوسائل تضمين العقود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[16]

إنّ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تتضمن جميع أركان العقد الإداري، فالطرف الأول في هذه العقود هو الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، كما وينحصر الهدف من ابرام هذه العقود هو استخدامها لإنشاء أو تطوير وإدارة مرفق عام، كما أنّ هذه العقود قد خولت جهة الإدارة التدخل لتعديل بعض النواحي التنظيمية بمحض إدارتها دون موافقة المتعاقد وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة .[17]

ولكل ذلك استند أصحاب هذا الرأي إلي الحجتين الاتيتين :

- **النتيجة الأولى** :إنّ عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو انشاء وإدارة واستغلال لمرفق عام، فإنّه من غير المتصور خضوع هذا النوع من العقود للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص على اعتبار هذه الاحكام تقييم نوعا ما من التوازن والمساواة بين المصالح العامة والمصالح الفردية، الأمر الذي ينعكس سلبا على سير المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات التي توفرها بما قد يترتب عليه توقفها او انقطاعها .

- **النتيجة الثانية** :إنّ التوسع النسبي في المهام والصلاحيات الممنوحة للقطاع الخاص في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لا ينفي عن الإدارة دورها الرئيسي في ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وما يتبعه من ضمان توفير الخدمات لجمهور المنتفعين من دون توقف أو انقطاع، ولها في سبيل ذلك تراقب في تنفيذ وتطبيق العقود ، ولها الحق في الاشراف على المرفق قبل انتهاء مدة العقد تحقيقا للصالح العام .[18]

3 – عقود الشراكة عقود ذات طبيعة خاصة: تخضع هذه العقود لسلطان الإدارة، ولمبدأ شريعة المتعاقدين ، وبالتالي تطبق عليها أحكام وقواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي لا للقضاء الإداري .

استند أصحاب هذا الرأي الي الحجج التالية :

أ – لكي يكتسب العقد الإداري هذه الصفة يجب أن تتوفر في شأنه ثلاثة اركان رئيسية، وهي :أن تكون الإدارة او احد اشخاص القانون العام طرفا في العقد ، وأن يتصل العقد بمرفق عام ، وأن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة .

ب – إنّ الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو أمر يتعارض وسياسية تشجيع الاستثمار حيث يؤدي اعتناق الدول لهذا التكييف الي تخويف المستثمرين وتجنبهم عن استثمار أموالهم في تلك الدول، وذلك حتى يتجنبوا المخاطر التشريعية والقضائية المفاجئة .

ج–إنّ القول بأنّ الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة يتعارض وملكية الشريك الخاص للمشروع، ففي حين تعد ملكية الشريك الخاص للمشروع في بعض صور عقود الشراكة ملكية تامة ، فإنها لا تعد كذلك في العقود التي تخضع لقواعد القانون العام والتي تكون فيها الجهة الحكومية هي من يملك المشروع.

د – عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام، بإستثناء وجود بعض القوانين التي تعالج جزئيات صغيرة متعلقة بنوعية مشروعات الأبنية الأساسية المراد تمويلها.

هـ – إنّ المبدأ السائد في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة، وهذه المبادئ يعود أصلها للقانون المدني، كون أنّ المبادئ العامة الموجودة في القانون المدني هي الأساس القانوني لجميع فروع القانون الخاص .[19]

ومن هذا المنطلق قامت الإدارة العامة بوضع اليد على جدوى المشروع المراد ابرام عقد الشراكة فيه وتحديد نفقاته ومخاطره والمراحل التي يمر بها وبيان أهميته الاقتصادية تحقيقا للمصلحة العامة، من خلال بعض الإجراءات ذات الطابع الشكلي المحدد، تتمثل بتشكيل هيئات متخصصة تبدي رأيها فيه وتحديد الشروط التي يطلبها المشرع وضعها في الوثيقة العقدية، والتي تتمحور مجملها حول ضمان تفعيل التقييم الأولي وحماية المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام مع التأكيد على مصالح الطرف الثاني .[20]

المبحث الثاني: دور الرقابة على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

يُعد اصطلاح الشراكة بين القطاعين العام والخاص أحد أبرز مخرجات التطور الحاصل على صعيد السياسات الرامية لتحسين بيئة الاقتصاد، التي تهدف بالدرجة الأولى إلى تخفيف العبء عن الموازنات من خلال توفير التمويل اللازم لتنفيذ وإدارة وتحسين وتطوير المشاريع المتصلة بالبنية الأساسية وذلك بعد تفعيل دور الرقابة على عقود الشراكة ولما لها من أهمية لضمان سير عمل هذه العقود والنتائج المرجوة من إبرامها(**المطلب الأول)** ،كما سنقوم بتحديد كيفية تنظيم عملية الرقابة(**المطلب الثاني)** .

المطلب الأول: تعريف الرقابة وصورها

يعرّف بعض الفقهاء الرقابة طبقا لمفهومها الضيق بأنّه يقصد بها التأكد من أنّ المتعاقد يباشر وينفذ التزاماته العقدية طبقا لشروط العقد، وبالتالي فإنّ هذا المفهوم يقصر سلطة الرقابة التي تمارسها جهة الإدارة عند حد الإشراف وتتم ممارسة حق الإشراف من خلال إرسال مندوبين إلى موقع العمل للتأكد من تنفيذ العقد وجودة الخامات المستخدمة .[21]

بينما يعرّف البعض الآخر الرقابة طبقا لمفهومها الواسع فيقصد بها تدخل جهة الإدارة في تنفيذ العقد بحيث يكون لها تغيير بعض أوضاع التنفيذ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة سلطة توجيه ولا تقتصر على الإشراف فقط، وهذا الحق يثبت للجهة الإدارية حتى ولو لم ينص عليه في الوثيقة العقدية، ولا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عنه كليا أو جزئيا لأن فرض رقابة من قبل الإدارة على تنفيذ المرفق يعد ضمانا لأداء الخدمة النفعية العامة المكلف بها على الوجه الأكمل.[22]

من خلال ذلك يمكن ذكر مختلف الصور للرقابة و التي تتعدد صورها وأشكالها في عقود الشراكة فتشمل الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية وهو ما سوف نتناوله على النحو التالي :الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية.

أ – الرقابة الفنية: وهنا يقصد بها الرقابة التي تمارسها الجهة الإدارية المتعاقدة على شركة المشروع، فيما يتعلق باستغلال المرفق موضوع للتأكد من أنّ هذا الاستغلال يتم وفقا للاشتراطات الفنية المتفق عليها،تحدد غالبا نصوص العقد وكراسات الشروط المواصفات الفنية التي يتعين أن تلتزم بها شركة المشروع، ولذا يكون للإدارة الحق في بسط رقابتها على هذه الشركة، والتأكد بنفسها من أنّ الأخيرة تلتزم بتلك المواصفات المتفق عليها، والتأكد من أنّها تقوم بالتنفيذ وفقا لما هو ثابت في العقد وكراسة الشروط، ويكون ذلك عن طريق فنيين تقوم الإدارة بإرسالهم الى موقع المشروع للاطلاع على الوثائق الفنية والخرائط والرسومات ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية طبقا لأسس الأداء والتقنيات الحديثة والمتطلبات والمعايير المستخدمة في التشييد واختبار المعدات والأدوات وأطقم التشغيل حسب المواصفات والوثائق والمقاييس المستخدمة عامليا في هذا المجال، وتورد اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات صور مختلفة لحق الإدارة في مراقة مقاول الأشغال العامة وإخضاعه لتوجيهها طيلة مدة العقد.[23]

ب – الرقابة المالية: ويقوم بهذا الشكل من الرقابة في مصر الجهاز المركزي للمحاسبات ويقصد بالرقابة المالية حق الجهة الإدارية المتعاقدة في التفتيش على حسابات شركة المشروع المتعلقة باستغلال المرفق العام موضوع العقد، فللشريك العام حق إجراء التفتيش على حسابات الشريك الخاص خاصة على اختلاف أنواعها، لذا فإنّه يجب على الشريك الخاص إمساك دفاتر حسابات منتظمة وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها، وقد تطورت مظاهر الرقابة المالية حديثا فأصبحت لا تقف عند حد الإشراف على أعمال شركة المشروع ، بل تتعداها بالتدخل في الإدارة ،[24]وقد بات ذلك واضحا وجليا من عدة أمور تتمثل فيما يلي:

- وجود ممثلين للجهة الإدارية في مجلس إدارة شركة المشروع ورغم انّه ليس لهؤلاء الأعضاء سوى الاعتراض فقط على مشروع القرار لانّ شركة المشروع تستحوذ على أغلبية أعضاء مجلس الإدارة ؛ إلا أنّ هذا الأسلوب يعد وسيلة فعالة ومؤثرة من خلال الاشتراك في المناقشات قبل مولد القرار من مجلس الإدارة على تلبية طلبات الهيئة ممثلة في أعضاءها طالما كان ذلك ممكنا .
- قيام الجهة الإدارية بإنشاء وحدة حسابية لها داخل المشروع لمتابعة الأعمال المالية وتلتزم شركة المشروع بإمدادها بكل البيانات والدفاتر والتسهيلات الإدارية ولهذه الوحدة إجراء التفتيش المالي على شركة المشروع ، وإبداء الملاحظات لها، وتلتزم شركة المشروع بقبول هذا التفتيش وتلتزم بالعمل على تلافي ما وجه أليها من ملاحظات، ولا شك أنّ إنشاء تلك الوحدة الحسابية وقيامها بالرقابة المالية وإجراء التفتيش المالي لا يقف عند الإشراف من قبل الإدارة بل تتعداها إلي تدخل الدولة في إدارة المرفق بإنشاء وحدة حسابية مستقلة لها بما لها من سلطات وامتيازات تمارسها في مواجهة شركة المشروع .
- يلاحظ وجود العديد من الإعمال والاختصاصات للجهة الإدارية وتمارسها وحدها وبدون مشاركة شركة المشروع وتحت مسؤوليتها ، وهو ما ينطوي على تدخل من الإدارة في العديد من الأعمال .[25]

ج – الرقابة الإدارية: يعرّف البعض الرقابة الإدارية بأنّها جهد منظم تقوم به الجهة الإدارية المتعاقدة لوضع معايير أداء تنسجم مع الأهداف المبتغاة من إقامة المشروعات العامة ومقارنة الأداء الفعلي مع معايير الأداء الموضوعة سلفا، للتأكد من مدى انسجام ما يحدث في الواقع العملي مع ما هو وارد بالاتفاقيات الموقعة والقوانين واللوائح السارية، ومن ثم التعرف على نقاط الضعف والأخطاء لتصحيحها ومنع تكرار حدوثها .[26]

المطلب الثاني : كيفية تنظيم عملية الرقابة

رغبة من الدولة في تعزيز دورها الرقابي في مرحلتي تنفيذ وتشغيل المشروعات المقامة بنظام المشاركة مع القطاع الخاص ومن بينها مرحلة تنفيذ المشروع ومرحلة تشغيله واستغلاله وذلك علي النحو التالي:

أ – مرحلة الإنشاء: يحق للجهة الإدارية تعيين مندوبين لها لمراقبة عملية الإنشاء، ومدى التزام شركة المشروع بالمعايير القياسية والتصميمات وجودة الأدوات المستخدمة، وقد استوجبت المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المشاركة على الجهة الإدارية إخطار الجهات المنوط بها الرقابة بنسخة من

عقد المشاركة وجميع ملاحقه الفنية وذلك حتى يتسنى لها متابعة شركة المشروع أثناء عملية الإنشاء والتجهيز.[27]

ب – مرحلة التشغيل: وفي الحالة التي يسند فيها تشغيل المشروع إلى الشريك الخاص؛ فتقوم الجهة الإدارية بتشكيل لجنة تسمى " لجنة لرقابة الأداء "، تكون مهمتها التأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وتقديم تقرير دوري بأعمالها إلى السلطة المختصة، وتشكل هده اللجنة برئاسة أحد العاملين بالجهة الإدارية، من درجة رئيس إدارة مركزية على الأقل، وعضوية عدد من العاملين بها، وممثل أو أكثر لكل من الجهة الإدارية، وشركة المشروع، والجهة أو الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرفق والخدمات محل التعاقد، ويحق لهذه اللجنة أن تستعين في أداء عملها بمن تراه من ذوي الخبرة، ويصدر بتشكيل اللجنة قرار من السلطة المختصة بالاتفاق مع شركة المشروع، ويكون لهذه اللجنة أمانة فنية يحددها قرار تشكيلها، وللجنة في سبيل أداء مهامها؛ القيام بما تراه مناسبا من أعمال وإجراءات للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوي المطلوب، بما في ذلك زيارة المواقع والتفتيش عليها في أي وقت ، وطلب الأوراق والمعلومات أو البيانات اللازمة للقيام بمهامها في الموعد الذي تحدده .[28]

وتلتزم شركة المشروع بالسماح للجنة رقابة الأداء بزيارة المواقع التي تحددها، وفي المواعيد التي تحددها، وتقدم لها كافة التسهيلات التي تمكنها من القيام بمهامها، وتعقد هذه اللجنة جلسة كل شهر على الأقل بناء على دعوة من رئيسها، كما يحق للسلطة المختصة، إذا كان هناك ضرورة، أن تدعو هذه اللجنة للانعقاد، ويشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور ثلاثة أرباع أعضائها، وتصدر قراراتها بأغلبية الأصوات، وتقوم هذه اللجنة بإعداد تقرير شهري بنتائج أعمالها ، وتعرضه علي السلطة المختصة بالجهة الإدارية مع إخطار شركة المشروع بنسخة من هذا التقرير ، فإذا كان هناك أمور مستجدة يقتضي الأمر عرضها علي السلطة المختصة قبل حلول موعد التقرير الشهري ، فتلتزم هذه اللجنة برفع تقرير عاجل بذلك إلي السلطة المختصة مع إخطار شركة المشروع بصورة منه.[29]

ج – سلطة التعديل: للإدارة الحق في تعديل عقد الشراكة بإرادتها المنفردة، يستند هذا الحق إلى ضرورة تسيير المرفق العام بانتظام، وتطويعه لمقتضيات الظروف المتغيرة والمتطورة بما يكفل أداء خدماته على أكمل وجه، وهذه القاعدة مستمدة من مبادئ القانون العام ، وليس من نصوص العقد، فلا ينشئها التشريع بل يقرها فقط، ومن ثم لا يجوز للجهة الإدارية أن تتنازل عن حقها في هذا الشأن تنازلا كليا أو جزئيا ؛غير أنه إذا كانت تلك التعديلات من شانها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الشريك الخاص أو تلحق به عبنا، أو تخل بالتوازن المالي لعقد الشراكة فيحق له (الشريك الخاص) أن يطالب بتعويض، وأحيانا بفسخ العقد، وذلك عما يكون قد لحقه من خسارة مالية مركزه التعاقدي، فإيثار مصلحة المرفق العام على المصالح الخاصة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل هذا الشريك وحده جميع الأضرار، فالرأي السائد في القضاء المصري يقر سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وفي ذلك تقول محكمة

القضاء الإداري في مصر " ... ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإراداتها المنفردة على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفه وقت إبرام العقد ، فتزيد من الالتزامات الملقاة على الطرف الآخر أو تنقصها ، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة والنقص على خلاف ما كان ينص عليه العقد ، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ... "[30]

غير أنّه لا يسوغ للإدارة إلزام المتعاقد معها بأداء التزامات أجنبية ويعد التعديل متصلا بموضوع العقد إذا طلبت الإدارة تعديل طرق عن العقد بل يجب أن تكون تلك الالتزامات متصلة بعقد الشراكة ووسائل التنفيذ المنصوص عليها، إذا رأت أن هناك ما يستوجب تصحيح مسار تنفيذ العقد بما لها من سلطة تقديرية، وبمعني آخر إذا رأت الإدارة أن هناك وسائل وأساليب تكنولوجية وتقنية تفوق الوسائل التي يستخدمها المتعاقد، فلها أن تطلب من المتعاقد إحلال تلك الوسائل الحديثة محل الوسائل التقليدية، كإحلال الكهرباء محل الغاز أو استخدام معدات أكثر تطورا أو أكثر أمانا للبيئة وتقلل من نسبة التلوث،[31] كما يعد التعديل متصلا بموضوع العقد إذا رأت الإدارة تعديل مدد التنفيذ في العقد سواء بالزيادة أو بالنقصان بحسب ما تراه محققا للصالح العام، وأساس ذلك يكمن في افتراض أن طبيعة المرفق محل العقد ، تقبل مثل هذا التغيير في طرق ووسائل تنفيذ العقد ويجب ألا تتجاوز التعديلات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد حدود إمكانياته المالية والاقتصادية أو الفنية ، بحيث لا يصل الأمر إلى حد قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب "، فإذا ما تجاوز التعديل هذا الحد فيحق للمتعاقد إما أن يطلب فسخ العقد، أو أن يطلب تعويضا عن كافة النتائج الضارة التي ترتبت عن قيامه بتنفيذ تلك التعديلات.[32]

وكفالة حق الجهة الإدارية بتعديل عقد الشراكة ولو بالإرادة المنفردة، ولما كانت نظم المشاركة بصفة خاصة هي من العقود طويلة الأجل خلال مرحلة الإعداد للمشروع وإبرام العقود، وهو الأمر الذي يستلزم وجود المرونة الكافية لتعديل هذه العقود إذا ما طرأت ظروف استثنائية أو أصبحت لا تتلاءم مع حاجة المرفق، وتتضمن آلية تعديل العقود في هذا القانون ما يلي : حق الجهة الإدارية في تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وما يرتبط بتنفيذ الأعمال أو الخدمات محل العقد حق الجهة الإدارية في تعديل قواعد تشغيل واستغلال المشروع وأسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات بشرط أن يكون ذلك في حدود المتفق عليه في عقد المشاركة ، وبعد الحصول علي موافقة اللجنة العليا للمشاركة، على أن تأتي التعديلات في الأسعار أو مقابل الخدمات بأثر مباشر جواز تعديل عقد المشاركة إذا طرأت ظروف غير متوقعة وقت إبرامه .[33]

الخلاصة أنّ سلطة الإدارة في تعديل العقد هي من المبادئ العامة المقررة في جميع العقود الإدارية بما فيها عقود الشراكة ولو لم ينص عليها في العقد ، وهذه السلطة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على خلافها لكنها يجب أن تتقيد في حدود موضوع العقد ، ولا تصل إلى حد التعديل الكلى لبنود العقد .[34]

د – سلطة توقيع الجزاءات: تعد عقود الشراكة من أحد أدوات التمويل التي تلجأ إليها الإدارة لإنشاء وتشغيل وصيانة بنيتها التحتية مما تقتضي بطبيعة الحال صياغة متوازنة للشروط المتعلقة بالجزاءات والغرامات، بحيث يقصد بها حث المتعاقد علي احترام الجوانب الفنية في التنفيذ بصورة أساسية، بالمقابل عليه جزاءات وغرامات جسيمة غير مناسبة قد لا يأتي في صالح المشروع محل التنفيذ، ويدفع المتعاقد إلي التركيز على جوانب كمية علي حساب الجوانب الفنية احتراما فقط للتواريخ المحددة والأرقام ويرتبط بذلك تحديد نطاق تطبيق الغرامات، فلا تكون مؤثرة علي كافة حقوق المتعاقد المالية بل يقتصر أثرها علي أجزاء محددة فقط من هذه الحقوق إعمالا لمبدأ التوازن المالي للعقد .[35]

وتتخذ الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد قد تكون جزاءات مالية ويقصد بها المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها شركة المشروع إذا أخلت بالتزاماتها " كما قد تكون جزاءات ضاغطة بأن تحل جهات التمويل محل الشريك الخاص إذا ما قصر تقديرا قد يؤدي إلي التأثير علي اقتضاء تلك الجهات للقروض والديون أو حطي إحلال الجهة الإدارية ذاتها أو من تختاره محل هذا الشريك عند ارتكابه لخطأ جسيم وبعض تلك الجزاءات قد يكون مبسترا لعقد الشراكة يؤدي إلي إنهاء العقد قبل الميعاد لدواعي المصلحة العامة كما في جزاء الاسترداد أو لحدوث خطأ جسيم من الشريك الخاص كما في جزاء الإسقاط أو لحدوث قوة قاهرة أو تغييري القوانين يبرر فسخ العقد والجزاءات المالية إما أن تكون غرامات تأخير توقع على المتعاقد المتأخر ي تنفيذ التزامه وإما أن تتمثل في مصادره التأمين النهائي في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وإما تعويضات تعد جبرا للأضرار التي تصيب الإدارة نتيجة مخالفة المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية .[36]

وغرامة التأخير هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة جزاء إخلاله للوفاء بالتزامه في الميعاد المقرر بنصوص العقد ، أو في مدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة "؛ وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر، إنّ التكييف القانوني لغرامة التأخير صورة من صور التعويض ألاتفاقي تتميز عن التعويض الاتفاق مجالات القانون بأحكام خاصة ، أهمها أنّ أحد أركانه هو ان الضرر يفترض وقت وقوعه بمجرد التأخير ... " غير أن اقتضاء الإدارة للغرامة المنصوص عليها في العقد لا يمنع من حصولها على التعويض المناسب لجبر الأضرار التي قد تصيبها، ومن ناحية أخري يحق للإدارة مصادرة التأمين الخاص بالمستثمر، والتأمين هو مبلغ من المال يؤديه الراغب في التعاقد مع الإدارة، إما لضمان جديته في الاستمرار في إجراءات التعاقد أو لضمان تنفيذ العقد[37]، وهو نوعين :

- تأمين ابتدائي وهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من القيمة التقديرية للعقد ، يقدمه مقدم العطاء لإثبات جديته في التعاقد ، ويرد إليه بغير طلب إذا خسر عطائه ويفقد قيمته إذا عدل عن عطائه قبل فتح المظاريف.
- تأمين نهائي وهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من قيمة العقد يودع من الراسي عليه المزاد في أحد البنوك لصالح الجهة الإدارية كضمان تنفيذ.

والتأمين الذي يصادر هو التأمين النهائي وليس التأمين الابتدائي، حيث يعد التأمين النهائي الذي يلتزم بأدائه المتعاقد مع الإدارة ي حالة رسو العطاء عليه بمثابة شرطا جزائيا للإدارة أن تقوم بمصادرته في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، وقد يتم الاتفاق بين المتعاقدين علي سلطة الإدارة مصادرة التامين بإدراج ذلك العقد ذاته عند حدوث تقصير من أي من طرفيه غير أنه قد حصرت حالات استحقاق الإدارة للتأمين النهائي في حالتي فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد معها، وقيام الإدارة بمصادرة التأمين النهائي يتم دون حاجة لاستصدار حكم من القضاء، استعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون اشتراط وقوع ضرر لجهة الإدارة، وبعد إثبات وجود تقصير من جانب شركة المشروع ومن ناحية أخري يحق للجهة الإدارية الجمع بين مصادرة التأمين النهائي ومطالبة المتعاقد بالتعويض في حالة ماذا كانت قيمة التامين المصادر لا تكفي لجبر الأضرار، هنالك تلجأ الإدارة إلى القضاء لطلب الحكم بتعويض لا يدخل في حسابه ما حصلت عليه من فروق أسعار تكبدتها نتيجة للتنفيذ على حسابه.[38]

كما يحق للإدارة مطالبة المتعاقد معها بالتعويض عما ألحقه بها من أضرار، والتعويضات هي المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها شركة المشروع إذا أخلت بالتزاماتها العقدية، ويعد التعويض هو الجزاء الأصيل في حالة إحلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية،[39] ويخضع أو علي الأقل يقترب من القواعد العامة في النظرية التقليدية خاصة، فيما يتعلق بتقدير التعويض واشتراط ركن الضرر لكنهما يختلفا فيما يتعلق بكيفية تحصيل التعويضات، ويتضمن قيمة التعويض ما أصاب الإدارة من خسارة وما فاتها من كسب كما يحق للإدارة أن تحل محل الشريك الخاص في إدارة المرفق محل الشراكة حيث نظمت بشأن تنظيم مشاركه القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة حق الجهة الإداريه في أن تناشر إدارة المشروع و استغلاله بنفسها أو من حلال من تختاره لذلك، إذا أخلت شركة المشروع إخلالا جوهريا بالتزاماتها المشروع أو في تحقيق مستويات الجوده المقررة قانونا ،ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه" ، ونظرا لخطورة هذا الاجراء في عقود فقد أحاطه المشرع بعدة شروط حيث يشترط لتطبيق جزاء وضع المرفق تحت الحراسة ما يلي:

- أن تخل شركة المشروع في تشغيل المشروع أو ي تحقيق المشاركة مستويات الجودة المقررة قانونا ، أو في شروط عقد.

- أن يكون إخلال شركة المشروع بتلك الالتزامات إخلالا جوهريا بما يعرض المرفق العام أو المصلحة العامة للخطر.
- أن تلفت الجهة الإدارية نظر شركة المشروع إلي حدوث خلل جوهري منها في تشغيل المشروع أو تنفيذ شروط العقد أو تحقيق مستويات الجودة .
- ألا تقوم شركة المشروع بإصلاح مثل هذا الخلل ، فإذا ما قامت شركة المشروع بإصلاح الخلل فلا يوجد ما يبرر توقيع هذا الجزاء.
- أن تقوم الجهة الإدارية بإخطار جهة التمويل بحدوث مثل هذا الخلل من قبل شركة المشروع ، وأن تمنحها المهلة الكافية لتتدخل (جهة التمويل) لإصلاح الخلل، وهذه المهلة يجب أن يتم الاتفاق عليها في عقد المشاركة ويبدأ سريانها من تاريخ استلام جهة التمويل لإخطار الجهة الإدارية بحدوث خلل من قبل شركة المشروع، فإذا ما توافرت هذه الشروط كان للجهة الإدارية أن تحل محل شركة المشروع بنفسها في إدارة هذا المشروع وتشغيله واستغلاله ، كما أن لها أن تعهد إلي شركة أخري بذلك ولا يمنع ذلك من حق الجهة الإدارية في الحصول علي تعويض عما ما لحق بها من أضرار جراء إخلال شركة المشروع بالتزاماتها.[40]

الخاتمة:

يتضح مما سبق ونستخلص أن هناك مزايا عدة لمشاريع الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص حيث شجعت العديد من الحكومات حول العالم على تبنيها وكما أنّه يمكن أن تسهم الشراكة في تنفيذ مشاريع جديدة ترتكز على خبرات القطاع الخاص التي قد يفتقرها القطاع العام.

حيث أنّه وللتحقيق هذه الشراكات المتميزة مع القطاع الخاص كان لابد أن يتم عن طريق مراحل يتم فيها فهم و بيان دور هذه العقود لما لها من تأثير إيجابي على سير المرافق العامة والحياة الخدماتية للمواطنين ، وهذا من خلال دراسة جيدة للمشروع ، وتفعيل آليات رقابة تقوم على الحرص على إنجاح هذه العملية ولكل ذلك يستوجب علينا ذكر بعض الاقتراحات التي قد تساهم في إنجاح الشراكة مع القطاع الخاص ومنها وهي كما يلي :

- إعداد الأطر التشريعية والمؤسسية اللازمة لإنجاح هذه الشراكة وكذلك إنشاء القواعد الرقابية لتنفيذ هذه المشروعات بقدر عال من الكفاءة والنزاهة بما يضمن تقديمها الخدمات على قدر عال من الخبرة.
- وضع خطوط عريضة وأهداف تنموية مرجوة من هذه العملية وتفعيل فكرة المردود بشكل عام لما لها عائد على النظام الخدماتي للمواطنين .
- وضع الأطر العامة التي تحدد دور كل شريك بما يضمن التنسيق والتكامل بين كافة الأطراف .
- تحرير وتطوير الأسواق المالية وتهيئتها لجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية وتوظيفها في مجال الاستثمار في مشروعات الخدمات .

–
- وضع لوائح وقوانين تهدف الى حماية المستهلك من احتكار تقديم الخدمة المقدمة من القطاع الخاص.
- توفير قاعدة بيانات عن الخدمات المطلوب الشراكة بها ووضع برامج زمنية لها تتوافق مع الخطط الاقتصادية والحضرية للدولة .
- من الواجب تمكين المجتمع المحلي كطرف محوري وأساسي في الشراكة من أجل التنمية وذلك من خلال التركيز على رفع درجة الوعي والإدراك بدور القطاع الخاص في الشراكة لأهميته .

الهوامش:

[1]– محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار المعرفة ، بيروت ، ط3 ، 2008 ، ص303 .

[2] – المادة الثانية تتمثل في (تمويل و إنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره ، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحا للإستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بإنتظام واطراد طوال فترة التعاقد) ، المادة الثانية من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم 67 لسنة 2010 .

[3]– محمد عبد الخالق محمد الزعبي ، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها ، الأردن –عمان ، 2010 ، ص 213 .

[4]– النعيمي، أبوبكر أحمد عثمان ، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتيه ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط 1 ،دار ومكتبة حامد للتوزيع والنشر ، الأردن ، 2012 ، ص 29 .

[5] – د. رجب محمود طاجن ، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص ، درا النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 20 .

[6]– صلاح الدين، كاميليا، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية: دراسة تحليلية، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها. مصر – شرم الشيخ، كانون أول، 2011 ، ص 140 – 141 .

[7]– المرجع نفسه ، ص 141–142.

[8] – الفقرة (ب) من المادة 19 من نظام مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني رقم (98) لسنة 2015 ، المنشور على الصفحة 8633 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5364 بتاريخ 2015/11/1 .

[9]– سيف باجس الفواعير ، مقال بعنوان : عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية ، المجلة الدولية للقانون ، 2016 ، ص8 .

[10]– المرجع نفسه ، ص 9 .

[11]– عدنان حسين يونس – توفيق عباس عبد عون – شيماء رشيد ، إمكانية الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص لتعزيز الاستثمارات ، مجلة كربلاء ، المجلد الثالث عشر ، العدد الثاني ، 2015 ، ص 290 .

[12] – د. صعب ناجي عبود ، التنظيم القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت – كلية الحقوق ، مجلد 1، عدد 1 ، جزء 1 ، 2016 ، ص 202 .

[13]– عبدالله شحاته خطاب ، المشاركة بين القطاع العام والخاص في تقديم الخدمات التعليمية ، ورقة عمل رقم 139، المقدمة الى : المركز المصري للدراسات الاقتصادية ، مصر ، سبتمبر 2008 ، ص6 .

[14]– مبروك ساحلي ، الشراكة بين القطاع العام والخاص كآلية لتحقيق التنمية المستدامة ،حوليات جامعة الجزائر 1 ، العدد32، الجزء الرابع ، ديسمبر 2018 ، ص 132 .

[15]–BrunoDeCazale The Evolution of Concession and public private partnership Legal Concepts over the Last 20 Years under Common Law influence 2014 Lnt L Bus .L.J.271.2014.

[16]– محمود حلمي ، العقد الإداري، دار الفكر العربي، ط2 ، الأردن ، 1977،ص6 .

[17]– ثروت البدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، القسم الثاني ، العددان الثالث والرابع ،1957 ، ص 120 .

[18]–سيف باجس عواد الفواعير ، المرجع السابق ، ص 15.

[19]–أحمد رمضان الشرايعة ،الطبيعة القانونية لعقود البوت ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، الأردن ، 2011 ، ص 23 .

[20]– مهند الجبوري ، النظام القانوني للتحول الي القطاع الخاص (الخصخصة)دراسة مقارنة ، ط1،دارالحامد للنشر والتوزيع ، الأردن ،2008،ص25 .

[21] –Ifoliot–lalliot,Execution du contract administratif,J.C.A,2000,N614.

[22] –Chapus,le droit administratif general,op.cit,n1337,p123.

[23]– محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مكتبة الانجلو المصرية، طبعة 2006 ، ص251.

[24] – المرجع نفسه ، ص 235 .

[25] – محمد متولي دكروري محمد ، دراسة عن الشراكة مع القطاع الخاص مع التركيز على التجربة المصرية –إدارة البحوث والتمويل –وزارة المالية ، مصر 2008 ، ص 5 .

[26] – المرجع نفسه ، ص 6 .

[27] – محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005،ص932.

[28] – المرجع نفسه ، ص 933.

[29]– المرجع نفسه ، ص 934.

[30]–عبد الله الكندري ، النظام القانوني لعقود البوت ، جامعة القاهرة ، عام 2001 ، ص71 .

[31] – د. ايمن أبو حمزة ، وسيط العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، طبعة 2008 ، ص 447.

[32] – المرجع نفسه ، ص 448 .

[33] – ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، جامعة الإسكندرية ، الدار الجامعية ، مصر، 2007، ص 165 .

[34] – حسن محمد حسن الخيمي، آثار عقد إلتزام المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، جامعة القاهرة ،2001 ، ص 213 وما بعدها.

[35] – جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، جامعة القاهرة ، مكتبة الانجلو المصرية ، مصر،2007 ،ص220.

[36]– احمد محمد محرم ، الاثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام البوت ، جامعة أسيوط ، 2008 ، ص 175 .

[37] – سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مكتبة الانجلو المصرية ،مصر،2005، ص 461.

[38] المرجع نفسه، ص462.

[39] – محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري ، جامعة القاهرة ، الدار الجامعية ، 2010 ، ص 594.

[40] – المرجع نفسه، ص 596.