

حدود ومضمون المفاوضات في إبرام عقود التفويض المرفق العام  
Limitations and substance of the negotiations  
in the service delegation contract

تاريخ النشر: 2020/06/30	تاريخ القبول: 2019/12/28	تاريخ الإرسال: 2019/09/24
-------------------------	--------------------------	---------------------------

\*ط.د. محمد شرميطي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

chermtimed@gmail.com

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة مجال المفاوضات المنصوص عليها في المادتين 35 و40 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام وتحديد مضمونها وذلك للحصول على إيضاحات حول عروضهم لنخلص في النهاية إلى اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض الذي على السلطة المفوضة منحه التفويض من أجل ضمان إدارة سليمة للمرفق العام. وقد توصلنا في هذه الدراسة أن اشتراط المرسوم الجديد المنافسة على حساب الاعتبار الشخصي الذي كان سائدا من قبل، لم يحد من حرية الإدارة في اختيارها للمترشح المناسب وذلك بإقراره مرحلة المفاوضات، مع ذلك ألزم لجنة تفويضات المرفق العام التقيد بمبدأ المساواة في جلسات التفاوض مع المترشحين المؤهلين بغرض الحد من الفساد وتلافيه.

الكلمات المفتاحية: المفاوضات ، تفويض المرفق العام ، المنافسة ، مبدأ المساواة.

**Abstract:**

the study aims to know the field negotiations provided in articles 35 and 40 of the decree 18-199 related to the service delegation contract and to determine their contents so to get clarification of their presentation, at the end of the proposal applicants the best show awarding authorities and empowerment to ensure the proper management of public utility.

\*المؤلف المرسل: محمد شرميطي

we have achieved in this study that the requirement new decree competition in lieu of "intuitus personae " that prevailed before, has not limits freedom of administration's in their selection candidate by recognizing stage of negotiation with that required negotiations committee public utility lound by the principle of equality in the negotiating sessions qualified candidates in order to reduce corruption and avoid it.

**Keywords:** negotiation, service delegation contract, competition, Principe of equality.

#### مقدمة:

قبل قانون sapin1<sup>1</sup> الفرنسي الصادر في سنة 1993 لم تكن هناك نصوص قانونية واضحة تؤطر عملية منح عقود تفويض المرفق العام، لذا ساد في ذلك الوقت مبدأ حرية الجماعة العامة في اختيار المتعاقد على أساس الاعتبار الشخصي intuitu personae، الذي اعتبر عنصر تقدير ضروري للإدارة في مباشرتها هذا الاختبار، ثم بعد صدور قانون sapin1 قيد هذه الحرية بنصه على ضرورة إتباع إجراءات المنافسة وفق مراحل معينة، وجاء هذا التحول مما كان يشكله التعبير الشخصي من مخاطر الفساد الإداري والاقتصادي. هذا الاتجاه الجديد تبناه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 في المادتين 35 و40 منه بإقراره مرحلة المفاوضات كخطوة أساسية في اختبار المفوض له مع المترشحين المقبولين.

ولكن كون التفاوض في ظاهره يمس بمبدأ المنافسة، إذن ترى ما هي حدود ومضمون المفاوضات وانعكاساتها على مبدأ المساواة المقرر في عقود تفويض المرفق العام؟

نجيب على هذه الإشكالية في المحورين التاليين:

المحور الأول: حدود المفاوضات

المحور الثاني: مضمون المفاوضات

لدراسة هذا الموضوع نتبع المنهج التحليلي للمعلومات المحصل عليها، والمقارن مع القانون الفرنسي بالخصوص، وذلك بالبحث عن أوجه التشابه والاختلاف قصد تحديد الثغرات التي ينبغي تداركها.

## المحور الأول : حدود المفاوضات

الحديث عن المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام ما يزال في بدايته، نظرا لقلّة النصوص القانونية التي تناولته، وإن تناولته كان ذلك بصفة إجمالية، وتركت التفاصيل للاجتهاد القضائي والفقهاء، وإقرار حرية المفاوضات في عقود التفويض يثير إشكالية الإخلال بمبدأ المنافسة لذا سنحاول تعريف المفاوضات ضمن هذا الالتباس أولا، وثانيا نتناول إجراءات التفاوض.

### أولا : مفهوم المفاوضات

يعود أصل المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام الى التعبير الشخصي الذي كان سائدا من قبل في عقود الامتياز حيث كان للإدارة حرية واسعة في اختيار متعاقدتها ولكن مع صدور قوانين إجرائية تحدد منح هذا النوع من العقود اشتراطت المنافسة، حيث ضيقت نسبيا من هذه الحرية، من هنا سوف نقوم بتعريف المفاوضات كمفهوم جديد أولا ، ثم تأثير المنافسة في ضبط المفاوضات ثانيا.

#### 1. تعريف المفاوضات:

على خلاف ما هو متعارف عليه في عقود الصفقات العمومية فيما يخص اختيار المتعاقد، فإن هذا الاختيار في عقود تفويض المرفق العام، يتسم بفضاء أكبر من الحرية والمرونة من حيث التفاوض بين السلطة المانحة ومختلف المترشحين المقبولين الذين قدموا عروضهم، فالسلطة التنفيذية لا يقتصر دورها في تأمين العقد، وإنما عليها أن تضمن تأمين المرفق العام للمنتفعين، باستمرار واطراد لمدة نوعا ما طويلة، هذا ما يفرض عليها فتح حوار مع المترشحين المقبولين للتأكد من قدرتهم على تسيير المرفق العام<sup>2</sup> وذلك عبر مرحلة المفاوضات.

ولغويا<sup>3</sup> تعني فاوض مفاوضة في الأمر، سواه فيه، شاركه فيه، جاره وذاكره وحادثه فيه، فاوض بعضهم البعض، اشتركا فيه وتساويا، أما اصطلاحا فالمفاوضات هي تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات التمهيدية وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاقا ليكون كل منهم على بينة من أفضل الطرق القانونية، التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما يسفر عنه

الاتفاق من حقوق والتزامات تقع على عاتق الأطراف ، فهي عملية تمهيدية تتخللها دراسات اقتصادية وفنية وقانونية، كما تتضمن عمليات تتعلق بالمخاطر والتأمين<sup>4</sup>. وهي مرحلة مهمة في إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، . ففتح المنافسة وتعدد العروض هذا لا يعني أن الإدارة ستختار المتعاقد عن طريق آلية الإرساء المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية، لذلك فإن الإبرام هنا يعتمد على التفاوض التي يتم بعد علانية كاملة ومنافسة مسبقة مما يحقق التوفيق المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة، وضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية عند اختيارها لمتعاقدتها في التفويض بناء ما يقتضيه مبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى<sup>5</sup>. فالحوارات وحرية المفاوضات جائزة في عقود تفويض المرفق العام، ولكن ليست غريبة في العقود الإدارية الأخرى، ما يميزها هنا أنها مرنة وتتلاءم مع هذا النوع من العقود، إذن المفاوضات ما هي إلا جزء أو مرحلة من إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 في المادتين 35-40<sup>6</sup> كما يلي وعلى التوالي (تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية ) (تفاوض لجنة اختبار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط).

أما في القانون الفرنسي نص قانون sapin1 في المادة 38 والمادة 1-1411<sup>7</sup> من القانون العام للجماعات الإقليمية على حرية المفاوضات، ونفس الشيء في الأمر 2016-65 المتعلق بعقود الامتياز حيث نص في المادة 36<sup>8</sup> على أن للسلطة المانحة حرية التفاوض، عندما تحاول اختبار المتعاقد كما في المادة 46 من ذات الأمر التي نصت على أن السلطة المانحة يمكنها بحرية تنظيم مفاوضات مع واحد أو أكثر من الملتمزين ضمن الشروط المنصوص عليها في تنظيم.

## 2. المفاوضات ومبدأ المنافسة:

لا توجد هناك تعارض بين المفاوضة والمنافسة، إذ أن المفاوضات ما هي إلا إحدى الإجراءات تلجأ إليها السلطة المانحة لبيان هذه الإجراءات، وانتقاء أحسن عرض لتلبية

احتياجاتها على أفضل حال، أما معايير التفويض فهي محددة مسبقا من طرف الإدارة، وسرية العروض يجب أن تكون محفوظة.

إذن المفاوضات تبقى مفاوضات، فلا يجوز أن يطلق لها العنان لتخل بمعطيات شروط المنافسة أو تشويهها، وعلى الجماعة الإقليمية احترام قواعد المنافسة الصارمة أثناء المفاوضات مع المؤسسات التي قدمت عروضها، وتتم بعد دراسة ومعالجة الضمانات المهنية والمالية والفنية، وكذا قدرتها على ضمان استمرارية المرفق العام والمساواة بين المنتفعين أمام المرفق العام.

فالمفاوضات تقودها السلطة المانحة على أساس برنامج مهني مدون في دفتر الشروط الذي يكون قد احتوى على متطلبات السلطة المانحة وعلى أساس هذا البرنامج يبدي المترشحون اقتراحاتهم<sup>9</sup>.

هذا الإجراء كما أشرنا هو سري، بحيث لا يسمح باستعمال أفكار الغير وتبنيها كأنها صادرة من عنده، وهذه العروض الموضوعية عند السلطة المانحة، يجب أن تكون قد محصت من قبل من حيث شرعيتها وتوافقها مع التنظيمات السارية، فنكون أمام إجراءين: إطلاق شروط المنافسة، ثم نقدها بشكل إيجابي بواسطة المفاوضات، أو بعبارة أخرى إجراءات تنافسية مع المفاوضات، على عكس المنافسة بمفردها الموجود في الصفقات العمومية. ومن المبادئ الموجهة للمفاوضات والضابطة لها والتي على السلطة المانحة احترامها:

- مبدأ المساواة والذي هو من المبادئ العامة للقانون.
- مبدأ السرية، بحيث يمنع على الإدارة تسريب معلومات تضر بالمنافسة أثناء جلسات الحوار.
- مبدأ التعقب: بالبحث على الأدلة ووقائع الإجراءات وتببع مختلف القرارات التي تتخذها.

### ثانيا : إجراءات المفاوضات

نتناول هذه الإجراءات في فرعين، سير المفاوضات ونهايتها كما يلي:

#### 1. سير المفاوضات:

طرفا المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام نصت عليهما المادتان 35 و40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 وهما:

- لجنة اختيار وانتقاء العروض (ممثلة للسلطة المانحة) تنشئها السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية.
- تتكون هذه اللجنة من ستة (06) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة. يمكن للجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينيرها في أشغالها<sup>10</sup>.
- المترشح المقبول: وهو الذي استوفى شروط التأهيل والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة، ويكون عرضه قد قبل من طرف لجنة اختبار وانتقاء العروض بمعنى آخر أن يكون ملف الترشيح قد قبل<sup>11</sup>
- تتمثل مهام لجنة المفاوضات في العناصر التالية:
- دعوة المترشح أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم، المعنيين بالمفاوضات، عن طريق مسؤول السلطة المفوضة.
- التفاوض مع كل مترشح معني بالمفاوضات كل على حدة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض.
- إعداد محضر المفاوضات على إثر كل جلسة تفاوض.
- تحرير محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبات تفضيلياً.
- اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض<sup>12</sup>
- وبما أن النصوص الجديدة سواء في القانون الفرنسي أو في القانون الجزائري لا تفرض على السلطة المانحة تحديد جدول التفاوض في البداية وبالتالي يمكن أن يتقرر تأجيل فترة المفاوضات بموافقة صريحة أو ضمنية من طرف كافة العارضين<sup>13</sup> كما يمكن السلطة المانحة بطلب من بعض العارضين في إطار المفاوضات تعديل عروضهم لكي تصبح متناسبة<sup>14</sup>
- والسلطة المانحة يمكنها تنظيم مفاوضات مع واحد أو أكثر من العارضين وذلك حسب ما آلت إليه الاستشارة والمنافسة المبدئية، كما أن فترات المفاوضات وجلساتها يجب أن تكون معقولة ومرضية بشكل كافي تتماشى مع موضوع وتعقيدات الخدمات المتوقعة<sup>15</sup>

## 2. اختتام المفاوضات:

لا توجد نصوص قانونية على أساسها يتم تحديد نهاية المفاوضات، وإنما يعتمد ذلك على اقتناع السلطة المانحة بالمعلومات المكتسبة والاقتراحات التي أدلى بها المترشحون. في القانون الفرنسي، وبصفة استثنائية يمكن السلطة المانحة أن تطلب من المستشارين تقديم عرض نهائي، وأن تتخذ الإجراءات اللازمة بعدم العودة لأحد العارضين، بعد تقديم هذا العرض الأخير<sup>16</sup>.

كما يمكن كذلك أن يقرر قبل إنهاء المفاوضات بدء مفاوضات حصرية مع أحد العارضين<sup>17</sup> أي ما يصطلح عليها بالمفاوضات المباشرة ولكن اللجوء لهذه الصيغة يجب أن تكون مشروعة وأن المنافسة تمت بطريقة قانونية، فالسلطة المفاوضة عليها أن تتقيد بمبدأ المنافسة والمساواة وعدم التحيز عند لجوؤها للمفاوضة المباشرة، لأن المترشحين المبعدين في هذه الحالة يمكنهم الطعن في قرارات السلطة المفاوضة<sup>18</sup>.

### المحور الثاني : المحل والغاية من المفاوضات

لقد نوه المرسوم التنفيذي 18-199 في المادة 40 بالتطرق أثناء المفاوضات لمدة التفويض والتعريفات والأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، نتناول ذلك في أولاً والغاية المرجوة من المفاوضات ثانياً.

#### أولاً : محل المفاوضات

تبنى المفاوضات فكرة الحرية التعاقدية، بمقتضاه كل أمر قابل للتفاوض إلا ما يمس بمبدأ المنافسة، وبالتالي يحظر أن يتناول الحوار معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط<sup>19</sup> ولكن تماشياً المرسوم 18-199 الذي حرص على التفاوض حول مدة التفويض والتعريفات أو الأتاوى بصفة خاصة لذا ندرسهما حصرياً فيما يلي:

#### 1. مدة التفويض:

يقصد بالمدة الفترة التي تمنح للمفوض له لإدارة واستغلال المرفق العام والتي يعبر عنها بمدة الاستغلال، وهذا المدة طويلة نسبياً، إذ لا يتصور أن ينعقد التفويض بضعة أشهر وإنما يجب أن تكون هذه المدة كافية لأن يستهلك المفوض له ما أنفقه في سبيل إنشاء المرفق وصيانتها وإدارته وتحقيق فائض من الربح<sup>20</sup> بمعنى أن تقييم مدة التفويض لا يعتمد فقط على مدة اهلاك الاستثمارات المحسوبة. كما كان يعتقد. وإنما يضاف إليها

كذلك التوازن العام للعقد وتدخل فيها تغطية تكاليف الاستغلال والاستثمار، من متطلبات التفويض وتقلبات الأسعار<sup>21</sup>، وتحديد المدة هو عنصر مهم في هذا النوع من العقود، وتوضيح الفترة لا بد أن تكون معلومة للمرشحين المقبولين والمؤهلين، ونقطة بداية المدة تبدأ من بداية الإهلاك، والتي تتزامن مع تاريخ بداية الاستثمارات أو تشغيل المنشأة.

وعموماً أجل التفويض يتحدد للاعتبارات التالية:

1- المدة العادية المتوقعة للمفوض له الذي تمكنه من استرجاع نفقات الاستغلال المرتبطة بطبيعة المرفق.

2- تغطية احتياجات السلطة المفوضة.

3- التوقعات للتعريفات المدفوعة من المنتفعين، تتوافق مع مدة امتلاك الحسابات المستثمرة.

4- المدة الضرورية في تنفيذ الاستثمارات تتماشى مع مدتها العادية للإهلاك<sup>22</sup>.

يلاحظ على هذه الاعتبارات أنها ذات طابع فني وبالتالي نستطيع الجهة المانحة أن تستعين بمختصين إذ أشكل عليها الأمر، فقد رخص المرسوم 18-199 بذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 75 حيث نصت على أنه يمكن اللجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينيرها في أشغالها.

وقد حدد المرسوم 18-199 المدد القصوى لعقود تفويض المرفق العام على النحو التالي<sup>23</sup>:

- المدة القصوى لعقد الامتياز 30 سنة ويمكن تمديدها بأربع سنوات بملحق.
- المدة القصوى لعقد الإيجار 15 سنة ويمكن تمديدها بثلاث سنوات بملحق.
- المدة القصوى لعقد الوكالة المحفزة 10 سنوات ويمكن تمديدها بسنتين بملحق.
- المدة القصوى لعقد التسيير 05 سنوات ويمكن تمديدها لسنة واحدة بملحق.

ويتم تمديد اتفاقية التفويض بعد المعاينة بإحدى الحالتين التاليتين:

1- التمديد بدافع المصلحة العامة: يمكن تمديد مدة اتفاقية تفويض لمدة سنة واحدة (1)، بموجب ملحق وبطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل، وذلك لحاجات استمرارية المرفق العام<sup>24</sup>.

2- بدافع تنفيذ استثمارات فعلية تكميلية ضمن بعض الشروط منها:



- يقتضي أن تكون هذه الاستثمارات ضرورية لحسن تنفيذ المرفق العام أو توسيع نطاقه الجغرافي.
  - يجب أن تكون الاستثمارات مطلوبة من قبل الشخص العام مانح التفويض.
  - يقتضي أن تؤدي الاستثمارات إلى تعديل الاقتصاديات العامة للعقد، ولكنه يجب أن يكون التعديل بسيطاً، وألا يؤدي إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد<sup>25</sup>
  - الاستثمارات يجب أن تكون مادية وليست دراسات أو خدمات.
  - الأعمال التكميلية لا تؤثر على التعريفات التي يدفعها المنتفعون بشكل مبالغ فيه<sup>26</sup>
  - عدم إتمام المشروع لسبب القوة القاهرة
  - ضمن هذه المقاييس تتفاوض السلطة المفوضة مع المفوض له، في تحديد المدة اللازمة، مع خضوع هذا التقدير لرقابة القضاء الإداري<sup>27</sup>.
2. التعريفات:

هي القيمة السعرية التي تآذن بها السلطة المفوضة للمفوض له بتحصيلها من الأشخاص المنتفعين بخدمات المرفق ويطلق عليها إتاوة والرأي الراجع أن هذه الشروط ذات طبيعة لائحتية بحيث تملك الإدارة تعديلها تبعاً للمصلحة العامة ودون حاجة لرضا المتعاقد وموافقته<sup>28</sup>.

هذه التعريفات ليست معينة بشكل حر من طرف المفوض، سعر الخدمة المقدمة للمنتفعين من المرفق محددة في الاتفاقية لا يمكن تعديلها بطريقة انفرادية، وإنما تتم بطريقة تناسبية، تتماشى مع الخدمة المقدمة للمنتفع مع احترام مبدأ المساواة فالسعر المدفوع لا بد أن يجد مقابل مباشر في المرفق المدار.

كما أن تحديد التعريفات لا يمكنها أن تتجاهل التوازن المالي في العقد، والمطلوب في جميع اتفاقيات تفويض المرفق العام مداخل تقيم بطريقة تسمح بتغطية نفقات الاستغلال وتسمح للمفوض له الحصول قدرًا كافيًا ومرض من الربح، مع توفير خدمة عالية الجودة للمنتفعين.

السلطة المفوضة يمكنها تحصيل إتاوات مقابل استعمال الأملاك العامة للجماعة الإقليمية أو الأجهزة التي توفره، وإما نظير تمويل المرفق المفوض والرقابة والإشراف عليه<sup>29</sup>.

وقد ورد المقابل المالي في المرسوم التنفيذي 18-1999 بعدة أشكال، قد يكون على شكل إتاوات يدفعها المنتفعون من المرفق، في عقدي الامتياز والإيجار يتم تحصيلها للمفوض له، أما في عقدي الوكالة المحفزة والتسيير يتم تحصيلها لصالح السلطة المفوضة، كما أن هذه الأخيرة تقبض أتوة سنوية يدفعها المؤجر مقابل استغلال العين المؤجرة واستعمال الوسائل التي تقتنمها الإدارة.

كما أن المقابل المالي يمكن أن يأخذ شكل أجر، يتقاضاه الوكيل مباشرة من السلطة الموكله، ويمكن يكون على شكل منح وأرباح تتوزع بنسب وحصص بين السلطة المفوضة والمفوض له في عقود التسيير والوكالة المحفزة، وتلجأ الإدارة للتفاوض مع المترشح المقبول للتشاور في تحديد هذه التعريفات، قد تكون هذه الاستشارة غير ملزمة ومن ثم فهي لا تسبغ بالطابع التعاقدية<sup>30</sup> فقد تلجأ الإدارة تحديد<sup>31</sup> الإتاوة بصورة قطعية، بدون استشارة المفوض له المحتمل إذا كانت الإتاوة تحصل بالكامل لها وبالتالي لا داعي للاستشارة كما هو حال في عقد التسيير.

ومفاوضات تحديد هذه التعريفات قبل التعاقد أو بعد التعاقد عن طريق التعديل قد تنتفي في حالة وجود نص تشريعي يحدد التسعيرات كسياسة توجيه الأسعار التي تنتهجها معظم الدول حفاظا على الصالح العام وصالح المنتفعين<sup>32</sup> أما السبب الثاني هو مبدأ المساواة بين المستفيدين بخدمات المرفق العام وتطبيق هذا المبدأ يلزم الجهتان الإدارة المانحة والطرف المتعاقد على السواء.

فجهة الإدارة حينما تنفرد بتحديد المقابل المالي يجب عليها أن تحترم مبدأ المساواة بين المرتفقين من جهة، ومن جهة أخرى، مراقبة المفوض له في ذلك إذا سمح له بقسط من الحرية في تحديد هذا المقابل.<sup>33</sup>

### ثانيا : الغاية من المفاوضات

نظرا لطول مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، أدرج المشروع مرحلة المفاوضات للخروج بنتائج مرضية طرفي العقد، وتلبي أهداف معينة، نحاول توضيحها فيما يلي.

#### 1. اقتراح حلول

ذكرنا الهدف من المفاوضات هو انتقاء أحسن عرض الذي يلبي حاجات المرفق العام المفوض، من حيث ضمان استمراره والخدمات المقدمة، ونظرا لصعوبة تحديد هذه

الحاجات ذاتيا، عن طريق التسيير المباشر أو بأسلوب المؤسسة، فهي تلجأ للتفويض للمزايا التي يحققها مقارنة بأنماط التسيير الأخرى، كذلك محاولة منها إيجاد حلول للصعوبات لو أن السلطة تكفلت بنفسها إدارة وتسيير مرافقها العامة.

وحاول الفقه حصر هذه الصعوبات والحلول على النحو التالي:

- الحلول الوسيطة المتوفرة لدى الطرف الآخر التي يمكن أن تستفيد منها السلطة المانحة، وتلبية لحاجاتها المستعصية.
- أغلب هذه الحاجات تتطلب تصاميم خلاقية أو حلول مبتكرة يمكن أن تجدها عند الطرف الآخر.
- وجود ظروف متعددة مرتبطة بطبيعة الاحتياجات المؤداة من حيث تعقيدها في شقها القانوني والمالي أو بسبب مخاطر متصلة بها.
- إذا كانت السلطة المانحة ليست قادرة على تحديد المواصفات الفنية التقنية بقدر معقول من الدقة والجودة.<sup>34</sup>

هذا من جانب تحديد الاحتياجات، من جانب آخر تهدف المفاوضات مع المعارضين المؤهلين إلى الحصول على إيضاحات حول عروضهم، والوصول إلى العرض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق العام وفقا لشروط توفر إدارة سليمة للمرفق العام<sup>35</sup>، كما أنها تسمح في الحد من دواعي النزاع بين أطراف العقد مستقبلا، ذلك أن مساحة الخلاف بعد إبرام العقد تضيق كلما اتسعت مساحة التفاهم السابقة على إبرام العقد، بحيث هي ذات أثر وقائي، كما أن العقود التي تنفذ خلال مدة طويلة تجعل من الممكن تصور حدوث ظروف طارئة أو غير متوقعة تخل بهذا التوازن بصورة يصبح معها تنفيذ التزامات أحد الأطراف باهظا ومرهقا، والتفاوض يشكل طوق نجاة للطرف المتضرر، كذا يمكن من خلال المفاوضات الكشف على مدى جدية التي يبديها الأطراف ومدى استعدادهم للمضي في الأمر إلى النهاية<sup>36</sup>.

## 2. التخفيف من مخاطر التفويض:

مشروعات تفويض المرفق العام تواجه عقبات على شكل تكاليف ومخاطر الاستغلال وبالحوار والتشاور أثناء المفاوضات يمكن التخفيف من وطأتهما، فهذا المشروع القائم يستدعي التأكد من إمكانيات تنفيذه والصعوبات المتوقعة في إنجازه.

إذن هي بمثابة تقرير تفصيلي يتناول وصف الفكرة المشروع وتحليل كافة الأنشطة المختلفة فيه، مما يمد القارئ بالمشروع بأساس اقتصادي وفني وتسويقي، يساعده في اتخاذ القرار الاستثماري فيه من عدم ذلك<sup>37</sup>، ولقد حث المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 9 السلطة المفوضة على إعداد تقرير يتضمن الخدمات التي تقع على عاتق المفوض له، خاصة إذا تعلق الأمر بالقيام باستثمارات، ففي هذه الحالة تشترط بعض القوانين<sup>38</sup> المقارنة إعداد دراسات جدوى فنية وبيئية واقتصادية ومالية وبالتالي على السلطة المفوضة الإحاطة بالعقبات التي تواجه المستثمرة، ولجنة اختيار وانتقاء العروض يجب أن تكون مؤهلة لذلك وإلا يمكنها أن تستعين بأي شخص بحكم كفاءته أن يبصرها، وقد تناول المرسوم 199-18 المخاطر التي يمكن أن يعترضها المفوض له في عدة مواد، وتكون هذه المخاطر إما صناعية، تجارية أو استثمارية، وتعرف المخاطر على أنها حدوث وقائع غير مؤكدة، وهي تتشكل من شقين أساسيين، احتمال الخسارة وعدم اليقين، فعدم اليقين هي المخاطر والتهديدات من خلالها التوقعات تواجهها خسارة احتمالية ومكاسب ممكنة، أما احتمال الخسارة هي التهديدات والمخاطر التي تواجه الأملاك أو هي نتائج مالية سلبية متعلقة بظرف موضوعي يلزمه تشاؤم<sup>39</sup>.

والمخاطر الاستثمارية تتلازم مع بداية نشاط المؤسسة أو بتجديد أو تشييد المنشآت لذا نجد هذه المخاطر مرتبطة بعقد الامتياز، أما المخاطر التجارية تتعلق بإيرادات الاستغلال وهي مرتبطة بعقدي الامتياز والإيجار وفي بعض الحالات نجدتها بالوكالة المحفزة، وأخيرا المخاطر الصناعية تتعلق بتكاليف الاستغلال، وترتبط بنفس الحالات المذكورة سابقا بالمخاطر التجارية<sup>40</sup>، إن إحاطة الإدارة بالمميزات والعقبات التي تواجه المستثمر، تحقق لديه يقينا احتمالات نجاح المشروع من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات على المخاطر والضرائب... مما يحقق توازن المصالح بين الطرفين بما تتضمنه من شروط و ضمانات آمنة تحول دون نشوء منازعات بينهما، فإن ذلك يكون غاية ما تصبوا الإدارة إليه في مجال تحقيق النفع العام وهي بصدد إبرام هذا النوع من العقود<sup>41</sup> ونشير هنا إلى نقطة هامة نوه بها مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته وهي على أن تعديل مبلغ الاستثمارات بشكل مبالغ فيه أثناء المفاوضات، بحيث يؤثر على توازن الاقتصاد للعقد مستقبلا يؤدي ذلك لإبطال إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام<sup>42</sup>.

## الخاتمة:

من خلال الدراسة التي قمنا بها، نخلص إلى النتائج التالية:

- 1- إجراءات اختيار المفوض له في عقود تفويض المرفق العام تعتمد على آليتين متكاملتين وهي إجراءات تنافسية مع مفاوضات، على عكس في الصفقات العمومية التي تعتمد على آلية الإرساء التي تركز على المنافسة لوحدها.
  - 2- مرونة التعاقد في اتفاقية تفويض المرفق ليس هدفه التسهيل في اختيار المفوض له وإنما الغرض من ذلك هو اختيار الأحسن، خدمة للمرفق والمرتين.
  - 3- خضوع المفاوضات لرقابة القضاء الإداري خاصة إذا السلطة المانحة تعدت على شروط المنافسة وعلى مبدأ المساواة بالخصوص، والقضاء الفرنسي قطع شوطا مهما في ذلك.
  - 4- من أهداف المفاوضات هي وضع النقاط على الحروف بحيث كل الأطراف تكون على بينة من حقوق والتزامات التي تقع عليهم في الحال والمآل.
- في الختام نقترح تفعيل موضوع تفويضات المرفق العام على الواقع وذلك بالانتقال من التشريع والتنظير إلى الممارسة وذلك ب:
- تسريع في إعداد دفتر شروط نموذجي لتيسير عملية إبرام تفويض المرافق العامة التابعة للجماعات الإقليمية.
  - فتح ورشات التكوين في هذا المجال خاصة للقطاعات التي لها علاقة بالموضوع، وأخص بالذكر هنا أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض، لجنة تفويضات المرفق العام، ولجنة للتسوية الودية للنزاعات والذين هم تابعون لوزارة الداخلية ووزارة المالية.
  - إسراع في تحديد المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، التي جاءت بالمادة 19 من المرسوم 18-199 لأن ذلك يربك الإدارة ويجعلها تتردد في اتخاذ قرار المناسب، مما قد يؤجل عملية التفويضات أو تعطيلها.

## الهوامش:

- <sup>1</sup> *Loi N : 93-112 du 19 janvier 1993. Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie Economique et des procédures publiques. JORF N : 25 du 30 Janvier 1993 modifier et complétée. Dite (loi sapin)*
- <sup>2</sup> *NIL Symchawicz. (La notion de délégation de service public), Revue AJDA, EDITION DALLOZ. France N° du 20 Mars 1998, page 212.*
- <sup>3</sup> المنجد في اللغة والأعلام، ط24، دارالمشرق- بيروت- ص 599.
- <sup>4</sup> نبيل إسماعيل الشبلاق (الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق دمشق- العدد الثاني 2013، المجلد 29، دمشق 2013- ص 310.
- <sup>5</sup> أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام – دراسة تحليلية مقارنة ط1- دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية – مصر – 2014-2015، ص 126.
- <sup>6</sup> المادتان 35 و40 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 02 غشت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج. ر 48 في 5 غشت 2018.
- <sup>7</sup> *Loi N :96-142 février 1996 relation a la portière législative du code général des collectives Territoriale JORF, N : 47 du 24 Février 1996*
- <sup>8</sup> *Ordonnance N : 2016-65 du 29 Janvier 2016 relative aux contrats de concession JORF N :0025 du 30 janvier 2016.*
- <sup>9</sup> *François Wolinski, L'évolution du droit de la commande publique en France et en Italie à L'aune de PPP, pour obtenir le grade de docteur, université du droit et de la santé, Lille 2. Se tenue 12 décembre 2015- page495.*
- <sup>10</sup> المادة 76 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.
- <sup>11</sup> *Conseil d'état français du 24 juin 2011 commune de Bourgoin joaillier N° : 347889.*
- <sup>12</sup> *Conseil d'état Française du 5 janvier 2011 société voyages dupas le beda : N°342158.*
- <sup>13</sup> *Institut de le gestion déléguée – PASSATION ET RÉDACTION DES CONTRATS DE CONCESSION – MARS 2017 – PARIS France – PAGE 28.*
- <sup>14</sup> *Conseil d'état français du 15 JUIN 2001. SL d'assainissement de saint Martin de ré et de la flotte – en Ré N° 223841.*
- <sup>15</sup> *Conseil d'état français du 18 juin 2010. Communiant : urbaine de Strasbourg N :336120*
- <sup>16</sup> *Guide des délégations de service public, www.Polynesie-francaise.pref.gouv.fr, page 13.*
- <sup>17</sup> ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، دار النهضة العربية – القاهرة، ص 169.
- <sup>18</sup> *Guide des délégations de service public, www.Polynésie-française.prev.gouv. Fr page 14.*
- <sup>19</sup> المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 السلف الذكر

<sup>20</sup> حمادة عبد الرزاق حمادة، منازعات امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة- ط2012- الاسكندرية، مصر ص37

<sup>21</sup> *Pierre pozdec, (les modalités de calcul de la durée des DSP) –revue : contrat public : N° 93 janvier 2010, page 50.*

<sup>22</sup> *Guide des délégations de service public, www. Polynésie-française prev. GouvFr.op.cit. Page18*

<sup>23</sup> أنظر المواد53،54،55، و40 من المرسوم التنفيذي 18-199.

<sup>24</sup> أنظر المادة 57 من المرسوم التنفيذي 18-199.

<sup>25</sup> مروان مكي الدين القطب، المرجع السابق، ص 492.

<sup>26</sup> *Guide des délégations de service public, www.Polynesie-francaise.pref.gouv.Fr. op . cit . Page18*

<sup>27</sup> هناك عدة قرارات من مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، بعضها ذكرناها في هذا المقال.

<sup>28</sup> وفاء محمود أحمد البواتي، المقابل المالي في العقود الإداري- دراسة مقارنة- المركز العربي للنشر والتوزيع – مصر- ط1-2018 – ص 209.

<sup>29</sup> *Guide des délégations de service public, www.polynesie-francaise. Pref. GouvFr.op.cit. Page-19*

<sup>30</sup> وفاء محمود أحمد الببواني، المرجع السابق ص 240.

<sup>31</sup> وفاء محمود أحمد الببواني – المرجع نفسه ص 247.

<sup>32</sup> جهاد زهير ديب الحرازين الأثار المترتبة على عقد الامتياز – دراسة نظرية مقارنة – ط1- دار الفكر والقانون – المنصورة – مصر – 2015 – ص 240.

<sup>33</sup> جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع نفسه، ص247.

<sup>34</sup> *François WILINSKI. Op.cit. Page497.*

<sup>35</sup> مروان مكي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز- الشركات المختلطة B.O.Tتفويض المرفق العام – دراسة مقارنة الطبعة الثاني 2015 – منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان ص 486.

<sup>36</sup> اسماعيل الشبلان – المرجع السابق، ص 312

<sup>37</sup> سامي العيزي، إدارة المشروع ودراسة جدواه، ط1، 2015- مكتبة زين الحقوقية – لبنان، ص 73.

<sup>38</sup> انظر الفصل 11، من القانون التونسي عدد 23 لسنة 2008 مؤرخ في 1 أريـل 2008 يتعلق بنظام اللزومات.

<sup>39</sup> *Joséphine have Chahine, les contrats de Transfer de risque une nouvelle catégorie juridique ? en vue de droit privé école doctorale de droit privé, UN, (paris II) soutenue le 26 janvier 2015 page 97.*

<sup>40</sup> *Guide des délégations de service public, RARAHU www.polynesie-francaise. Pref. GouvFr.op.cit. Page-13*

<sup>41</sup> إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 170.

<sup>42</sup> *Conseil d'état Français 21 janvier 2014Dalkia Req : N°373159.*