مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية ISSN : 2543-3865
المجلد: 06 العدد: 01 السنة 2022 ص.32-55

تاريخ الإرسال: 2022/03/30 تاريخ القبول:2022/05/22

خصوصية عقد تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة بالصفقات العمومية

The specificity of the public service delegation contract, a comparative study with public transactions

د-زايدي أمال *[1]

[1] كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سطيف2(الجزائر)،

amelzaidi11@gmail.com

الملخص:

تناولنا في هذه الدراسة إشكالية تناول المشرع الجزائري لعقد تفويض المرفق العام في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في نص معظم أحكامه تتعلق بالصفقات العمومية. واستخلصنا ان هناك اختلافات جوهرية بين العقدين، ومع ذلك فهما اليتين قانونيتين قد تستعملهما السلطات العامة إذا رغبت في الاستعانة بالغير عند قيامها بأداء الخدمات والأشغال العامة وتسيير المرافق العامة.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، تفويضات المرفق العام، خوصصة التسيير، أداء الخدمات والاشغال العامة، تسيير المرافق العامة.

Abstract:
In this study, we have examined the problem of cumulating of Decree presidential no. 15/247 between Organizations of public procurement

And delegations of public service. It has concluded, that there are the essential differences between the two contracts, although they remain legal mechanisms that the public authorities use in their mission of public service.

Keywords: public procurement, public service delegations, privatization of managers, mission of public service.

I *المؤلف المرسل زايدي أمال

مقدمة:

يتميز قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 مقارنة بقوانين الصفقات العمومية الصادرة منذ استقلال الجزائر بجمعه بين عقدين إداريين وهما: عقد الصفقة العمومية وعقد تفويض المرفق العام.

فهذين العقدين يعتبران بالإضافة إلى عقد الشراكة –عام وخاص– من أهم العقود التي قد يلجأ إليها أشخاص القانون العام إذا رغبوا في الاستعانة بأشخاص القانون الخاص من القطاعين الاقتصاديين العام أو الخاص في أداء مهامهم وتسيير المرافق العامة وأداء الخدمات العامة.[1]رغم وجود العديد من الاختلافات بينهما فيما يخص شروط وإجراءات إبرامهما والآثار والالتزامات الناشئة عنهما، إلا أنهما يشتركان في كونهما أليتين لتطوير أسلوب أداء الخدمات العامة.

قد تلجأ الهيئات العامة إلى إبرام صفقة مع متعامل اقتصادي لإنجاز مشروع ما أو تقديم خدمة ما مقابل ثمن محدد، كما قد تختار اللجوء إلى تكليف شخص معنوي بأن يقوم باستغلال المرفق العام على عهدته الخاصة عن طريق عقد التفويض. فهنا يطرح تساؤل حول العوامل التي دفعت المشرع إلى إصدار نص قانوني يجمع العقدين معا. وهذا على خلاف ما سارت عليه تشريعات أجنبية مثل: المشرع الفرنسي الذي تناول الصفقات بقانون خاص في حين تطرق إلى التفويض في قانون الوقاية من الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة لسنة 1993، هذا القانون هو الإطار الذي ينظم تقنية التفويض في فرنسا ،كما أن قانون 116–2001 المعروف بقانون murcef المتعلق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق عصرنة الحياة الاقتصادية تناول بعض الاحكام المتعلقة بالصفقات العمومية و التفويض.[2] وفي سنة 2018 شهد التنظيم القانوني للصفقات العمومية ولتفويض المرفق العام في فرنسا تغير جذري إذ صدر قانون

الطلبات العمومية في شقيه الإجرائي والموضوعي و نظم كل من الصفقات العمومية و تفويض المرفق العام و عقود الشراكة بين القطاع العام و الخاص في نص شامل لكل جوانب هذه العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي. [3]

وعليه يطرح تساؤل حول النقاط مشتركة تبرر هذا الجمع بين العقديين؟ أم هذا الجمع هو رغبة من المشرع في تمرير احكام مهمة تعتبر تغيير جذري في اسلوب تسيير المرفق العامة دون ان تثار حولها نقاشات كبيرة لو تم تنظيمها بنص قانوني خاص؟ أم هو تكريس لمبادئ الحرية الاقتصادية التي أصبح يقوم عليها النظام الاقتصادي الجزائري والتي ترتكز على أن إدارة أشخاص القانون خاص للمرافق عامة أكثر فعالية ونتج عنها تكريس لنظرية الادارة الخاصة لمرافق العامة؟.

وعليه، اخترنا في هذا المقال القيام بدراسة تحليلية تتضمن المقارنة بين الأطر القانونية التي بموجبها يعتبر العقد الإداري عقد صفقة أو عقد تفويض وذلك بغرض الوصول إلى تحديد العوامل التي على أساسها قد تلجأ السلطة العامة إلى إبرام صفقة أو عقد تفويض.

سنقسم هذا المقال إلى عنصرين، تناولنا في الأول الإطار المفاهيمي لكل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام. وخصصنا الثاني الإطار الشخصي والموضوعي لكل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

أولا– الإطار المفاهيمي لكل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

تطرق المشرع لتفويضات المرفق العام في قانون البلدية رقم 11–10[4] و ذلك في المادتين 155–156 و المادة 149 من قانون الولاية رقم 12–07[5] ، و استخلصنا من تحليل هذه المواد ما يلي :

- تطرق المشرع إلى تفويض المرفق العام باعتباره أحدطرق تسيير المصالح العمومية للبلدية أو للولاية إضافة إلى التسيير المباشر للمؤسسات العمومية البلدية والولائية.

تناول المشرع في قانون البلدية أسلوبين وهما تفويض تسيير والامتياز باعتبارهما إجراءين مختلقين في حين قانون الصفقات العمومية اعتبر الامتياز صورة من صور تفويض المرفق العام. اما في قانون الولاية فذكر فقط امتياز في المادة 149و جعله إجراء استثنائي في حالة تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية بواسطة التسيير المباشر والمؤسسات العمومية الولائية.

ورد في المادة 156من قانون البلدية ان تفويض التسيير يتم بناءا على عقد برنامج أو صفقة طلبيه فهي أحالت لإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

وعليه فالمشرع اشار فقط لتفويض المرفق العام في قانون البلدية وقانون الولاية دون أن يعرفه أو ينظمه في حين في المرسوم الرئاسي عرفه وتناول أنواعه. وأخيرا، صدر المرسوم التنفيذي رقم 18–199 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي تناول مختلف المواضيع المتعلقة به سواء تعريفه، أنواعه وطرق إبرامه، أثاره والرقابة القبلية والبعدية التي يخضع لها.[6]

أ- تعريف تفويض المرفق العام والصفقات العمومية:

تناولت المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تعريف الصفقات العمومية، في حين عرفت المادة 207 منه تفويض المرفق العام.

–حسب المادة 2 «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل بين متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والدراسات».

في حين عرفت المادة 207تفويض المرفق العام بكونه: «يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسير إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد نص تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية وبهذه الصفة، يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشأة أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير كل المرافق العامة.»

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 2 من المرسوم التنفيذي عرفت تفويض المرفق العام بكونه: «تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة للمفوض له المذكور في المادة 4 بهدف تحقيق الصالح العام»

رغم الاختلاف الموجود بين العقدين إلا أنه قد تحدث إشكاليات تثير المنازعة حول تكييف العقد. ركز القضاء الفرنسي على ضرورة التأكد من توافر شروط التفويض وخاصة طبيعة المقابل الذي يتحصل عليه المتعاقد مع السلطات العامة، وقد عرض نزاع حول هذا الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي في عقد تفويض مبرم بين بلدية Lambesc و Silim environemental.كيّف مجلس الدولة هذا العقد على أنه صفقة وليس تفويض لكون المقابل الذي يتحصل عليه المتعامل ممون بمبلغ محدد تدفعه البلدية[7].لكن الفقه الفرنسي انتقد هذا الربط واعتبره مخالف لنص القانون و الذي ورد فيه مصطلح –مرتبط بالاستغلال – من ما يعني انه لا يشترط ان يكون ناتج كليا عنه.[8]

وقد اعتمد القضاء الفرنسي في قرار smiton الذي صدر في 30 جون 1999 هذا الرأي واتسم موقفه بالمرونة فاعتبر أن ارتباط المقابل مع نتائج الاستغلال كاف بغض النظر عن نسبته و لو كان هو الجزء الاقل، ملخص هذه القضية أن إحدى النقابات عهدت إلى شركة خاصة جمع نفايات و معالجتها، و حددت المقابل في العقد بجزء ثابت يشكل 70 بالمئة يدفع من النقابة و جزء اخر متغير 30 بمئة يدفع من مستغلين، فرغم ان الجزء الاقل يدفع من نتائج الاستغلال كيف مجلس الدولة الفرنسي العقد على انه تفويض و ليس صفقة عمومية.[9]

وعليه فمجلس الدولة الفرنسي اعتمد على عنصر طبيعة المقابل في العقد، لكن يبقى التميز بينهما على هذا الاساس ليس بالأمر الهين في ظل الاستثناءات التي تضمنها قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

فمثلا فيما يخص الصفقات العمومية فإنه ورد في المادة 30 يمكن أن يكون المقابل في الصفقات يشمل على قسط ثابت وقسط اشتراطي عندما تبرره شروط اقتصادية و/ أو مالية ويجب أن يكون كل قسط اشتراطي مشروع وظيفيا. كذلك فيما يخص التفويض، ذكر المشرع حالات يكون فيها المقابل الذي يتحصل عليه المفوض له قسط محدد مثل حالة تفويض التسيير المذكورة في أحد فقرات المادة 210.وتتمتع السلطة المفوضة بصلاحية تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح حسب نص الفقرة الأخيرة من المادة 210.

وهنا تطرح إشكالية تنوع طريق دفع المقابل في عقود التفويض المختلفة في قانون الصفقات العمومية إذ يمكن أن تقسم إلى صنفين عقود يتحصل فيها المفوض له على مقابل من أتاوى الاستغلال وهي الامتياز والايجار. وعقود يتحصل فيها المفوض له على مقابل محدد من طرف الادارة وهي الوكالة المحفزة والتسيير. يترتب على هذا أن اعتماد

هذا المعيار في القانون الجزائري غير مجدي وتبقى السلطة التقديرية للقاضي المختص بحسب بنود وشروط العقد.

وعليه، عند المنازعة حول طبيعة العقد قد تعتمد العناصر التالية لتحديد إن كان العقد عقد تفويض:

– أن يكون موضوع التفويض تسير مرفق عام أي أن تتوفر خدمة مرفق عام قبل إبرامه، وهنا يطرح التساؤل هل يقتصر الأمر على المرافق الإدارية أم يمتد إلى المرافق العامة الصناعية والتجارية مثل: خدمة المياه، الطرق السيارة، ... إلخ؟ المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالمرفق العام المعني بالتفويض ولم يستثني مرافق عامة معينة من التفويض، لهذا نعتقد أن التفويض قد يرد على مختلف المرافق العامة لكن بما أن المفوض له يجب أن يتمتع بنوع من الاستقلالية تتجسد في اتخاذ قرارات تسير مستقلة، فإننا نعتقد أن بعض المرافق لا تقبل التفويض بطبيعتها مثل: مرفق الشرطة.

– المبالغ التي يتحصل عليها المفوض له تنتج عن فوائض الاستغلال أساسا ولا تحدد بقيمة ثابتة في العقد ما عدا الحالات المستثناة في القانون.

ب- **الطبيعة القانونية للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**

لم يثار جدل فقهي كبير حول الطبيعة القانونية الصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية تنشأ عن عمل قانوني إداري و هو قرار اللجوء إلى المنافسة، فهي اسلوب لأداء الأشغال العامة و قد عرفها الفقيه Délaubadére بكونه : عقد إداري يكلف بموجبه مقاول بتنفيذ شغل عام مقابل مبلغ يحدد في العقد .[10]

لكن الجدل احتدم حول الطبيعة القانونية للتفويض هل يعتبر خوصصة مرفق عام أم لا؟ .

ظهر اتجاهان البعض اعتبر اللجوء إليه اسلوب من اساليب الإدارة الخاصة للمرافق العامة وليست خوصصة، في حين اعتبره فريق ثاني خوصصة تسيير للمرافق العامة.

- ميز بعض الفقهاء بين تفويضات المرافق العامة والخوصصة، واخذوا بمفهوم ضيق للخوصصة بكونها تتمثل في نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص و اعتبروا ان التفويض هو اسلوب من اساليب الإدارة الخاصة للمرافق العامة. [11]

واستخلصوا ان هناك اوجه تشابه واختلاف بين الخوصصة والتفويض تتمثل في: [12]

-أوجه تشابه:

– فيهما نقل استثمار من شخص عام إلى شخص خاص.

– القيام بكل من الإجراءين يكون تحت رقابة هيئات خاصة.

– في كلا الإجراءين تسعى السلطات العامة إلى تحقيق عائدات تستخدمها في سد العجز وأداء الخدمات العامة.

-في كلا إجراءين هناك شراكة بين أشخاص القانون العام والقانون الخاص.

أوجه الاختلاف:

– التفويض قد يتناول مرفق استثماري أو إداري بينما الخوصصة تخص المشروعات العامة الاقتصادية فقط.

– في التفويض تبقى الجماعة العامة صاحبة السلطة في الاشراف والتنظيم في حين في الخوصصة ترفع يد الدولة عن محل الخوصصة.

–التفويض قد يرد على مرافق عامة سيادية في إطار الصلاحيات غير السيادية في حين الخوصصة لا يمكن ان ترد عليها مطلقا.

–في التفويض قد يكون المفوض له هو من اشخاص القانون الخاص أو العام، في حين المستفيد من الخوصصة هو دائما من أشخاص القانون الخاص.

– ويرى اتجاه ثاني ان التفويض هو اسلوب من اساليب الخوصصة، إذ يأخذ هذا الاتجاه بمفهوم واسع للخوصصة والذي لا يقتصر على تحويل ملكية من القطاع العام إلى قطاع الخاص بل يشمل اعتماد اي تقنية من تقنيات القانون الخاص في إدارة المرافق العامة فهو يشمل تحويل ادارة او ملكية.

لهذا يعتبر هذا الاتجاه أن التفويض هو أحد صور الخوصصة التي تهدف إلى تعزيز دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة فالتفويض حسبهم يعتبر خوصصة إذ كان المفوض له هو من اشخاص قانون خاص.[13]

ثانيا– الإطار الشخصي والموضوعي لكل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام

رغم ان كل من الصفقة وتفويض المرفق العام عقدين تلجأ إليهما الهيئات العمومية للقيام بالمشاريع العامة وأداء الخدمات العامة، إلا أن هناك اختلافات بينهما فيما يخص الجانب الموضوعي والشخصي.

أ–الإطار الشخصي لكل من الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام:

سنحدد في هذا العنصر الهيئات الملزمة باحترام إجراءات الصفقات العمومية وتلك التي لها حق الاستفادة منها، كما سنتطرق إلى من يحق له إبرام تفويض مرفق عام ومن يستفيد منه.

1-أطراف الصفقة العمومية

تبرم الصفقة بين هيئات عامة (المصلحة المتعاقدة) ومتعاملين اقتصاديين (المتعامل المتعاقد).

- المصلحة المتعاقدة

حددت المادة 6 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الأشخاص الملزمين باللجوء إلى الصفقات العمومية وهي الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

استثنى المشرع المؤسسات العمومية الاقتصادية من الالتزام بإجراءات الصفقات لكن ألزمها في المادة 9 بأن تبرم صفقاتها مع احترام مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل بين المترشحين وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية، كما أن كل هيئة غير خاضعة لهذا القانون وتستعمل أموال عمومية ملزمة بإبرام صفقاتها على أساس مبادئ المساواة والشفافية السابقة وذلك حسب نص المادة 11 من قانون الصفقات العمومية.

وهنا يطرح التساؤل حول المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، هل تلتزم بقانون الصفقات أم لا فوضعها القانوني مختلط إذ في علاقتها مع الدولة تخضع للقانون العام (الوصاية)وفي علاقاتها مع الغير تخضع للقانون الخاص.

نعتقد أنها تخضع لأحكام المادة 11 المذكورة سابقا، أي توجد في نفس وضع المؤسسات العمومية الاقتصادية، لأن الصفقات العمومية تبرم بين المصلحة المتعاقدة والغير، وفي هذا الإطار E.P.I.C تخضع للقانون الخاص (مدني أو تجاري أساسا).

فالمشرع سعى عند تحديده للأشخاص الملزمين بقانون الصفقات إلى التركيز على الحفاظ على الأموال العامة حتى بالنسبة للأموال التجارية للدولة المستغلة في إطار القطاع العام الاقتصادي، لكن لم يصل الأمر إلى إلزام مؤسساته بقانون الصفقات وذلك للحفاظ على المرونة والسرعة في التعامل الذي لابد منهما لنشاط المؤسسات الاقتصادية.

كما أجاز المشرع التعاقد عن طريق مصلحة متعاقدة منسقة في حالة تعدد المصالح المتعاقدة وذلك باختيار احداها لتكون مصلحة منسقة تتولى التوقيع على الصفقة وتبليغها للمصلحة المتعاقدة المسؤولة عن التنفيذ وذلك حسب نص المادة 36.

واستثنى المشرع في حالات خاصة بعض العقود المبرمة من طرف أشخاص القانون العام من الخضوع لقانون الصفقات وذلك في المادة 7 منه و ذلك لكون هذه العقود تتم إما بين مصالح إدارية أو في ظل ظروف لا يمكن أن تخضع فيها للمنافسة مثلا: بين مؤسسات إدارية أو مع بنك الجزائر.

- الأشخاص الذين لهم الحق في المشاركة في الصفقة:

- **المتعامل المتعاقد المنفرد**

حسب المادة 37 يمكن أن يكون المتعامل المتعاقد شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، المهم أن يكون عونا اقتصاديا لأن المادة 2 نصت على أن المتعامل مع المصلحة هو عَوْنٌ اقتصادي كما يمكن أن يكون المتعاقد مع المصلحة شخصا خاضعا للقانون الجزائري أو مؤسسات أجنبية حسب نص المادة 38.

ولقد منح المشرع هامش أفضلية للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بنسبة 25% والتي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون في المادة 83.

كما ألزم المشرع المؤسسات الأجنبية التي تقوم بتنفيذ الصفقة لوحدها أن تخصص 30% من مبلغ الصفقة للمناولة لمصلحة مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، كما لا يسمح للمؤسسة الأجنبية أن تلجأ إلى المناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها، وهذا حسب نص الفقرة الأخيرة من المادة 85.

- التجمع المؤقت للمؤسسات

يحق للمترشحين في الصفقة أن يتجمعوا في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات حسب نص المادة 81. هذا التجمع قد يتخذ شكل تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة. ويحق للمصلحة المتعاقدة أن تلزم المترشحين باتخاذ شكل التضامن إذا اقتضت طبيعة الصفقة ذلك، في حالة التجمع المؤقت لمؤسسات متشاركة يلتزم كل عضو بأن يقوم بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه، أما في حالة التجمع المؤقت لمؤسسات متضامنة يلتزم كل عضو بأداء كل الخدمات الواردة في الصفقة[14].ويعين وكيل عن التجمع في الحالتين ويتم اختيار صاحب الأغلبية إلا في حالة وجود سبب يبرر تعيين غيره. ويلتزم الوكيل بأن يصرح بالاكتتاب لدى المصلحة المتعاقدة بكونه يمثل جميع الأعضاء.

إلا أن التجمع المؤقت لمؤسسات متضامنة يختلف عن التجمع المؤقت لمؤسسات متشاركة من النواحي التالية:

- في حالة التضامن يلتزم كل عضو بكل الصفقة أما في حالة المشاركة فكل عضو يلتزم فقط بأداء الخدمات الموكلة له شخصيا يستثنى من ذلك وكيل التجمع

بالمشاركة الذي يكون ملتزما بالتضامن لتنفيذ الصفقة مع كل عضو من أعضاء التجمع بشأن التزاماته التعاقدية إزاء المصلحة.

- في حالة التجمع بالتضامن يتم الدفع في حساب مشترك وتعد الكفالات باسم وكيل التجمع.

يستثنى من ذلك حالة كون التجمع مختلطا أي فيه مؤسسات جزائرية وأخرى أجنبية، يجوز استثناء أن يتم إعداد كفالات باسم كل عضو.

أما في التجمع بالمشاركة فيتم الدفع في إطار التجمع المؤقت لمؤسسات متشاركة في حساب كل عضو إلا إذا اتفق على خلاف ذلك كما تعد الكفالات باسم كل عضو إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.

2- أطراف تفويضات المرفق العام:

-القائم بتفويضات المرفق العام

السلطة القائمة بالتفويض يشترط أن تكون شخص من أشخاص القانون العام، فيمكن أن تكون الدولة أو أحد الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري أو مرافق عامة اقتصادية.[15] فحسب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 18-199 تتمثل السلطة المفوضة في الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الادري التي تسيير مرافق عامة.

ويمكن للأشخاص المعنوية العمومية حسب المادة الخامسة من نفس المرسوم أن تجتمع في شكل تجمع للقيام بالتفويض بصفة مشتركة. ويعين الأشخاص المعنويين ممثلا لهم يحوز هذا العضو المعين صفة السلطة المفوضة ويمثل أعضاء التجمع في تجسيد تفويض المرفق العام.

-المفوض له

لم يحدد المشرع صفات معينة للمفوض له، فيبقى مفهومه واسع، فهو أي شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص خاضع للقانون الجزائري حسب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 18-199، يلتزم بتسيير المرفق العام حسب الحالات والشروط المذكورة في القانون.

- المفوض له شخص من أشخاص القانون الخاص:

لم يشترط المشرع شكل قانوني يجب ان يتخذه المفوض له، غالبا ما يتخذ شكل شركة سواء كانت من القطاع العام او القطاع الخاص. كما قد يكون المفوض له جمعية.[16]

- المفوض له شخص من أشخاص القانون العام:

يمكن ان يكون المفوض له شخص من اشخاص القانون العام، لكن طرح تساؤل حول مدى مساس مشاركة أشخاص القانون العام بالمنافسة.؟

وضع مجلس الدولة الفرنسي في رأي له حول هذه المسألة ثلاثة شروط لكي لا تعتبر مشاركة أشخاص القانون العام مساسا بالمنافسة و هي :[17]

- المقابل الذي يلتزم الشخص العام بدفعه هو يتلاءم مع حجم المهام الموكلة له
- يجب ان لا تستفيد المؤسسة العامة من امتيازات وموارد من الهيئة محل التفويض لوفاء بالتزاماتها في عقد التفويض
- يجب ان يمسك الشخص العام محاسبة منتظمة تعكس مهامه في التفويض.

ولتفادي الإضرار بالمنافسة عدل المشرع الفرنسي القانون التجاري و أدرج عقود تفويض المرفق العام ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاضعة لرقابة سلطة المنافسة الفرنسية أثناء تناوله لتعريف النشاط الاقتصادي في المادة 1-410Lمن القانون التجاري الفرنسي

[18] فقرر أن النشاطات التي تمارسها السلطات العمومية بما فيها تفويض المرفق العام تخضع للأحكام المتعلقة بحرية الأسعار و المنافسة.

ب- الإطار الموضوعي لكل من الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام

حدد المشرع الصفقات التي تخضع لقانون الصفقات العمومية بحسب موضوعها ثم قيمتها، في حين تفويضات المرفق العام تناول مضمونها عن طريق تناول بعض أنواع العقود التي قد تظهر فيها والتي تختلف بحسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ومدى رقابة السلطة العامة عليه.

1- الصفقات الخاضعة لقانون الصفقات العمومية

تناول المشرع موضوع الصفقات العمومية وكذا قيمتها.

- موضوع الصفقات العمومية:

تبرم الصفقات العمومية بغرض تلبية حاجات تتعلق بالتسيير أو الاستثمار، ولقد حددت المادة 29 العمليات التي قد تكون موضوع صفقات عمومية:

- إنجاز الأشغال والتي تهدف إلى إنجاز منشأة أو اشغال بناء أو هندسة مدنية من ظرف مقاول.

- اقتناء اللوازم والتي تهدف صفقة اللوازم اقتناء أو إيجار أو بيع بإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى المورد، وإذا أرفق الايجار بأداء خدمة اعتبرت الصفقة صفقة خدمات.

- إنجاز الدارسات تهدف إلى تقديم خدمات فكرية.

– تقديم الخدمات تهدف إلى تقديم خدمات وقد أكد المشرع على إنها صفقة خاصة تختلف عن صفقة إنجاز أشغال اقتناء اللوازم وإنجاز الدراسات.

وقد تشمل الصفقة عدة عمليات، فتعد المصلحة المتعاقدة صفقة إجمالية.

ولقد نظم المشرع عقود خاصة للصفقات وهي عقود البرنامج وصفقات ذات طلبات كلية أو جزئية وذلك في المواد من 32 إلى 36:

– عقود البرنامج تبرم في شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات، يتم تنفيذها عن طريق صفقات تطبيقية ولا يمكن إن تتجاوز مدة عقد البرنامج 5 سنوات.

– صفقة الطلبات تشتمل على إنجاز الاشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات أو إنجاز الدراسات ذات الطابع المتكرر.

وتكون مدة صفقة الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد و لا يجوز إن تتجاوز مدتها 5 سنوات.

أ.2. القيمة المالية للصفقات الخاضعة لقانون الصفقات العمومية

حدد المشرع حد أدنى ابتداء منه يكون اللجوء إلى إجراء صفقة عمومية إجباري وهو:

– المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة يفوق اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم.

– المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة يفوق (6.000.000 دج) بالنسبة للدراسات والخدمات.

أ. أنواع العقود المؤطرة لتفويضات المرفق العام

تفويض المرفق العام هو أسلوب من أساليب خوصصة المرافق العامة، فهناك طرق تقليدية لخوصصة المرافق العامة تتمثل في: امتياز المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلطة، وهناك طرق حديثة تتمثل في: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وتفويض المرفق العام [19].

تناول المشرع في المادة 210 من المرسوم الرئاسي أربع أنواع من عقود تفويض المرفق العام، تقسم هذه العقود إلى عقود يتحصل المفوض له على المقابل فيها من أتاوى الاستغلال وهي الامتياز والإيجار وعقود يتحصل المفوض له على مقابل محدد من طرف الإدارة وهما: الوكالة المحفزة والتسيير.أشكال تفويضات المرفق العام في المواد من 49 إلى 57 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 .

وحسب المادة 49 منه يتحدد شكل تفويض المرفق العام بحسب مستوى الخطر الذي يتحمله المفوض له ومستوى رقابة السلطة المفوضة عليه ومدى تعقيد المرفق العام.

ب.1. عقد الامتياز:

في هذا العقد تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما القيام بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرافق العامة واستغلالها، أو تعهد له فقط باستغلال المرفق العام، حيث يتولى المفوض له إنجاز واقتناء الممتلكات بنفسه وباسمه تحت مسؤوليته وتحت مراقبة جزئية للسلطة المفوضة ويتقاضى من ذلك أتاوى من مستعملي المرفق حسب نص المادة 53 من المرسوم التنفيذي.

وحسب الفقرة الثالثة من نفس المادة لا يمكن أن تتجاوز مدة تفويض الامتياز 30 سنة قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة 4 سنوات فقط.

ب.2. الإيجار:

تعهد السلطة المفوضة للمفوض له تسيير مرفق عام وصيانته مقابل إتاوة سنوية تخصصها له. ويتصرف المفوض له حينئذ لحسابه وعلى مسؤوليته تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام. وحددت المادة 54 من المرسوم التنفيذي مدة تفويض الايجار ب 15 سنة قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة 3 سنوات كحد أقصى.

ب.3. الوكالة المحفزة:

في الوكالة المحفزة تعهد السلطة المفوضة بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام لمفوض له ويقوم باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال مع إضافة منحة إنتاجية وحصة من الأرباح عند الاقتضاء.

ولقد حددت المادة 55 من المرسوم التنفيذي مدة تفويض في شكل وكالة محفزة ب 10 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة سنتين كحد أقصى.

ب.4. التسيير:

تعهد بموجبه السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة سنوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

ولقد استبعد المشرع الفرنسي التسيير من عقود التفويض على أساس أن المقابل يدفع بمبلغ محدد تدفعه السلطة المفوضة فهو غير مرتبط بنتائج التسيير إطلاقا.[20]

ولقد حددت المادة 55 مدة التفويض في شكل التسيير ب5 سنوات غير قابلة للتجديد.

هذه عقود هي عقود إدارية حسب نص المادة6 من المرسوم التنفيذي لكنها تعتمد على بعض التقنيات المستمدة من آليات القانون الخاص.

الخاتمة:

جمع المشرع في قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام لسنة 2015 بين أليتين مختلفتين في نص قانوني واحد وذلك بغرض توسيع مجال المبادرة لدى السلطات العامة لتطوير نوعية وأسلوب أداء الخدمات العامة.

ويتميز تنظيم المشرع للصفقات العمومية بالتدرج والدقة في إجراءاتها وآثارها. والغرض من ذلك هو صيانة الأموال العامة.

لكننا نعتقد أن هذا النص يحتاج إلى تطبيق فعال من رجال إدارة أكفاء وهذه هي الإشكالية التي تعاني منها الإدارة الجزائرية بصفة عامة وهو التطبيق السليم والفعال للقانون سواء تعلق الامر بصفقة أو تفويض مرفق عام.

ولقد نص المشرع على استثناءات يتم فيها استبعاد تطبيق بعض الإجراءات الطويلة واتخاذ قرار منح الصفقة أو التفويض بسرعة هذا ما قد يحدث ديناميكية ومرونة في نشاط السلطات العامة وأبقى على المبادئ الأساسية التي يقوم عليها إبرام الصفقات وهي المساواة والشفافية بصفة خاصة، كما جمع بينهما تحت رقابة هيئة واحدة رغم اختلافهما

من حيث الاهداف والوسائل، فهذه التقنيات تحقق عصرنة تسيير المرافق العامة إذا حسن تطبيقها.

ونعتقد اخيرا انه من المستحب أن يتم تنظيم الصفقات العمومية بتشريع عادي وليس بمرسوم رئاسي. واللجوء بصفة أكثر لأليات تفويض المرفق العام عن طريق نشر ثقافة تسييريه جديدة لدى مسيري المؤسسات العمومية الإدارية لاستغلال الأطر الممنوحة لها للشراكة مع القطاع الخاص أحسن استغلال لترقية أسلوب تسيير المرافق العامة ونوعية الخدمات العامة الممنوحة لمستعملي المرفق العام.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

- القانون رقم11- 10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37 لسنة 2011.

-قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية ج.ر. رقم 12 لسنة 2012.

-المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ج ر العدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

-المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر العدد 48 لسنة 2018.

الكتب :

- د-مروان محي الدين القطب، 2009، **طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة، BOT وتفويض المرفق العام** ،الطبعة الأولى ، ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت-

-د- محمد عبد اللطيف،2009، الاتجاهات **الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية**، القاهرة، دار النهضة العربية.

د- هيام مروه ،2003، **القانون الإداري الخاص**، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت.

د- وليد حيدر جبر، 2009، **التفويض في إدارة واستثمار المرفق العامة دراسة مقارنة**، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت.

-Daniel Chobanol, et autres, 2007, **le régime juridique des marchés publics, droit et obligation des signataires des marchés publics de travaux**, 5eme édition Paris, édition le moniteur, Paris ،p 53.

-Claudie Boiteau , 2007,les **conventions de délégation de service public transparence et service public locale** , 2 édition ،édition le moniteur ،paris ،p56.

-Faouzi Ben Khalifa, 2005, **les droits des marchés publics**, Tunis.

المراجع الالكترونية:

Code de commande public : L'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

/https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000037730651

-code de commerce français

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043539912

[1]- Daniel Chobanol, et autres, 2007, **le régime juridique des marchés publics, droit et obligation des signataires des marchés publics de travaux**, 5eme édition Paris, édition le moniteur, Paris , p 53.

[2]-د- وليد حيدر جبر، 2009، **التفويض في إدارة واستثمار المرفق العامة دراسة مقارنة**، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ص46.

[3]- Code de commande public: L'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000037730/651

[4] القانون رقم11- 10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37 لسنة 2011.

[5] قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية ج.ر. رقم 12 لسنة 2012.

[6]المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر العدد 48 لسنة 2018.

[7]–Daniel Chobanol, et autres, op. cit. p 54.

[8] –Claudie Boiteau , 2007,les **conventions de délégation de service public transparence et service public locale** , 2 édition , édition le moniteur , paris , p56.

[9] مروان محي الدين القطب، 2009، **طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة، BOT وتفويض المرفق العام**، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت، ص452.

[10]–د– هيام مروه ،2003، **القانون الإداري الخاص** ، مؤسسة الجامعة للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت ، ص225.

[11]–د– محمد عبد اللطيف،2009، الاتجاهات **الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية**، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 16.

[12] د– وليد حيدر جبر، المرجع السابق، ص463..

[13]472 مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص.

[14] Faouzi Ben Khalifa, 2005les droit des marchés publics, tunis, p 81.

[15]229 د– وليد حيدر جبر ،المرجع السابق ، ص.

[16]–Claudie Boiteau , op.cit.p270ets.

[17]–ibid ,p40.

[18]Les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont

le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043539912

[19]مروان محي الدين القطب المرجع السابق ، ص 70.

[20]Claudie Boiteau, op.cit. p60.