

الملتقى الوطني حول التفويض كآلية لتسيير المرافق العمومية بين حتمية التوجه الاقتصادي
وترشيد الإنفاق العام
27 نوفمبر 2018

جامعة باتنة 1

عنوان المداخلة: إيجار المرفق العام أسلوب جديد للتسيير في الجزائر.

فاضل إلهام
Ilhem FADHEL
أستاذة محاضر بـ
جامعة 8 ماي 1945 قالمة
fadelilhem@yahoo.fr

مونة مقلاتي
MounaMEGUELLATI
أستاذة محاضر أـ
جامعة 8 ماي 1945 قالمة
meguellati.mouna@univ-guelma.dz

ملخص:

إنّ عجز الأشخاص العامة عن التسيير المباشر لجميع المرافق العامة نظرا لتعدها وتنوعها ، أفرز عدة اختلالات تسييرية نتج عنها تدن في نوعية الخدمات المقدمة ومنه عدم رضى المنتفعين بذلك ، مما استلزم على الدولة اليوم البحث عن أطر قانونية جديدة لتفعيل فكرة الخدمة العامة وتطويرها والوصول بالمرفق العام للفعالية ، إن هذه الأطر توحدت في الجزائر في **تقنية تفويض المرفق العام** ، والذي تم تنظيمه لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ولقد صنف المشرع في هذا المرسوم الأشكال الرئيسة لتفويض المرفق العام في المادة 210 منه وهي : الإيجار ، الإيجار ، الوكالة المحفزة والتسيير ، فوقع إختيارنا على الإيجار كموضوع لهذه المداخلة ، نظرا لأن هذا العقد لم يحظ باهتمام المشرع الجزائري من قبل ما عدا ما أشارت إليه التعليمات الوزارية الصادرة سنة 1994 المتعلقة بإمّتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، وإن كانت هذه التعليمات خصصت الكم الأكبر من مضمونها لعقد الامتياز ، محاولين بذلك تسليط الضوء على هذا النوع من العقود خاصة أنه من الناحية العملية يختلط كثيرا بعقد الإمتياز .

مقدمة:

لقد أدت فكرة تطور المرفق العام وظهور المرافق العامة الاقتصادية إلى ظهور أساليب جديدة لتسيير المرفق العام ، ولا سيما المرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري أو ما تعرف بالمرافق العامة الاقتصادية، فالمعروف على هذا النوع من المرافق أنه يحقق عائدات مالية ، أي أنه يمول نفسه بنفسه ولو بصفة جزئية ، وقصد تحسين الخدمات التي يقدمها المرفق من جهة، ورفع الأعباء على كاهل الإدارة ظهرت أساليب جديدة في التسيير ، التي تهدف إلى إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة، بل بلغ الحد أحيانا إلى إنشائها كليا أو جزئيا ، ومن بين هذه الأساليب نجد عقد التفويض أو تفويض المرفق العام ، هذا الأسلوب ظهر في الفقه والقانون الفرنسي في نهاية القرن الماضي أي في التسعينات وانتقل هذا الأسلوب إلى العديد من الدول من بينها الجزائر من خلال صدور المرسوم الرئاسي 15 / 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، حيث خول هذا المرسوم للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام والمسؤول عن مرفق عام أن يفوض تسييره بموجب إتفاقية إلى المفوض له ، على أن يتم التكفل بصفة أساسية بأجر المفوض له من ناتج استغلال المرفق القابل للتفويض. هذا وصنف المشرع في هذا المرسوم الأشكال الرئيسية لتفويض المرفق العام في المادة 210 منه وهي : الامتياز الإيجار ، الوكالة المحفزة والتسيير ولقد وقع الإختيار على الإيجار كشكل من أشكال تفويضات المرفق المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15 / 247 كموضوع لهذه المداخلة بالنظر إلى أنه لم يحظى باهتمام المشرع ، من قبل ما عدا ما أشارت إليه التعليمات الوزارية الصادرة سنة 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، والتي خصصت الجز الأكبر للامتياز، فكان الدافع الرئيسي من وراء اختيار هذا الموضوع هو توضيح معالمه ، خاصة أنه من الناحية العملية يختلط كثيرا بعقد الامتياز.

وهذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الإيجار مقارنة ببقية أشكال وصور تفويض المرفق العام الأخرى؟

المبحث الأول: الإيجار شكل من أشكال تفويض المرفق العام في الجزائر

يعتبر عقد تفويض المرفق العام أمرا هاما وضروريا لتسيير المرافق العامة في الدولة وذلك بسبب اتساع حجمها وتزايد نشاطها وتعدد أعمالها، غير أن المرافق السيادية والدستورية مستبعدة من التفويض نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر ووظائفها. فتقنية تفويض المرفق العام تشكل تعبيرا لعلاقة ثلاثية الأطراف فهي تبدأ في العلاقة القائمة بين الهيئة المفوضة مانحة التفويض مع شخص خاص أو عام هو صاحب التفويض (المفوض له) الذي يلتزم بتسيير واستغلال المرفق العام موضوع العقد، لتنتهي في علاقة بين المنتفع من جهة أخرى.

وستعرض في هذا المبحث إلى مفهوم إيجار المرفق العام وتمييزه عن باقي أشكال أو صور التفويض الأخرى.

المطلب الأول: مفهوم إيجار المرفق العام

لضبط مفهوم الإيجار كشكل من أشكال تفويض المرفق العام يستدعي منا التطرق إلى تعريفه، ثم بيان خصائصه.

الفرع الأول: تعريف إيجار المرفق العام

لقد حاول الفقه وضع تعريفا لهذا الشكل من أنواع تفويضات المرفق العام، كما أن النصوص الرسمية التي تضمنته تعرضت لتعريفه وهو ما سنفصله فيما يلي:

أولاً: التعريف الفقهي

عرفه البعض بأنه كل عقد يلتزم بموجبه مستثمر من القطاع الخاص القيام بتشغيل مرفق عام وتقديم خدماته للجمهور مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، وذلك مقابل مبلغ يدفع للسلطة المفوضة، ويلتزم هذا المستثمر بتقديم خدمات المرفق لجمهور المستهلكين وفق ضوابط عقدية متفق عليها بين الجهة المفوضة والمستأجر أهمها تحديد سعر رسوم الخدمة التي يتقاضاها المستثمر من جمهور المستهلكين بالإضافة لالتزامه بصيانة المرفق طوال فترة العقد، التي عادة ما تكون قصيرة أو متوسطة.⁽¹⁾

وفي تعريف آخر هو عقد يكلف فيه شخص طبيعي أو معنوي بإدارة مرفق عام أو منشآت عامة على مسؤوليته مقابل دفعه للإدارة، بدلات تؤخذ من الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين، هذا البدل ينقسم إلى جزئيين الأول هو المحدد في العقد والذي يعود إلى الملتزم شخصياً، أما الثاني فهو بمثابة رسم يستوفيه من المنتفعين ليدفعه فيما بعد للإدارة.⁽²⁾

وعرفه آخر بأنه عقد بمقتضاه تفوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاماً أو خاصاً استغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إتاوات يدفعها المترفقون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق.⁽³⁾

ثانياً: التعريف القانوني:

أ/ التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي 247/15:⁽⁴⁾

عرف المشرع الجزائري الإيجار كشكل من أشكال تفويض المرفق العام في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/247، كالاتي: «الإيجار: عقد تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير وصيانة مرفق عام أقامته بأموالها، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتولى المفوض له تسيير المرفق وصيانته باسمه وبأمواله وتحت مسؤوليته، لقاء أتاوى محددة يتحصل عليها من مستعملي المرفق العام.»⁽⁵⁾

ب/ التعريف الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 18/199:⁽⁶⁾

عرفت المادة 54 / 1 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 عقد الإيجار على أنه: «الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة» .

الفرع الثاني: عناصر عقد إيجار المرفق العام:

من خلال التعريفات السابقة يمكن استنتاج العناصر المميزة لعقد الإيجار:

أولاً: أطراف عقد إيجار المرفق العام:

تتمثل في السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام والمسؤول عن مرفق عام، وهي عبارة عن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها من جهة، ومن جهة أخرى المفوض له وهو الشخص الذي يأخذ على عاتقه مسؤولية تسيير مرفق عام وصيانته ، وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 15 / 247 السالف الذكر لم يوضح إذا كان المفوض له ينتمي إلى القانون الخاص (شخص طبيعي، شركة مثلاً) ، أم يستوي في ذلك أن ينتمي إلى القانون العام، أو الخاص. في حين المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199، سوى بين الشخص الذي ينتمي للقانون الخاص أو العام.⁽⁷⁾

ثانياً: موضوع عقد إيجار المرفق العام

ينصب عقد إيجار المرفق العام على صيانة وتسيير المرفق العام، فالمستأجر أي المفوض له لا يتحمل عبء إقامة المرفق العام والمنشآت الأساسية العائدة له، حيث يسلم الشخص العام المعني المرفق العام إلى المفوض له جاهزاً لتشغيله، ويتولى هذا الأخير تسييره واستغلاله⁽⁸⁾، إلا أنه يمكن أن تنص الاتفاقية المبرمة بينهما، على توزيع النفقات بين طرفي العقد وفقاً لأليات يحددها دفتر الشروط.⁽⁹⁾

ثالثاً: تأدية جزء من المقابل المالي:

إن المفوض له في عقد إيجار المرفق العام ملزم بتأدية مبلغ محدد (بأخذ شكل إتاة سنوية وفق ما جاء به المرسوم الرئاسي 15 / 247، والرسوم التنفيذية رقم 18 / 199) ، وذلك نظير استعماله للمنشآت العائدة للمرفق العام ، والتي تحملت السلطة المفوضة نفقات اقامتها.

وبالمقابل يتقاضى المفوض له أجراً من تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام. وحسب المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199، فإن السلطة المفوضة هي من تتولى مقابل التفويض في كل صور التفويض الأخرى، فهو يعتبر من قبيل البنود التنظيمية في العقد التي تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة لا التعاقدية.

رابعاً: مدة الإيجار

إن عقد إيجار المرفق العام وعلى غرار بقية أشكال التفويض الأخرى محدد المدة، ولقد حددت المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 السالف الذكر، مدة الإيجار ب(15) خمسة عشر سنة كحد أقصى مع إمكانية تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة على أساس تقرير معلل لإنجاز استثمارات

مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا تتعدى مدة التمديد ثلاث (03) سنوات كحد أقصى.

وما يجب ملاحظته أن مدة الإيجار قصيرة نسبياً، لأن الاستثمارات المكرسة من طرف المستأجر متواضعة وتقتصر على نفقات التشغيل والصيانة دون تحمل نفقات إنشاء المرفق العام كما سبق بيانه.

المطلب الثاني: مقارنة إيجار المرفق العام ببقية أشكال التفويض الأخرى:

سنحاول في هذا المطلب إجراء مقارنة بين الإيجار وبقية أشكال التفويض الأخرى من خلال مايلي:

الفرع الأول: عقد الإيجار وعقد امتياز المرفق العام

إن عقد الإيجار قريب جداً من عقد الإمتياز أو جزء منه، فكلاهما يسير ويستغل مرفق عام، وكلاهما يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين.⁽¹⁰⁾

لقد عرّفت المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247 / 15، الإمتياز في فقرتها الثانية بأنه: «عقد تعهد بمقتضاه السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام، حيث يستغل المرفق العام باسمه وبأمواله وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، لقاء أتاوى محددة يتقاضاها من مستخدمي المرفق العام.»

في حين عرفته المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 بأنه: «الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إنجاز إما منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام.»

ويختلف عقد الإيجار عن عقد الإمتياز من عدة زوايا كالاتي:

أولاً: من حيث أسلوب منح المقابل المالي:

في عقد إيجار المرفق العام يلتزم المفوض له بدفع مقابل مالي للإدارة من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين، بينما في عقد الإمتياز فإن المفوض له لا يلتزم بدفع مقابل مالي للإدارة، بل يتولى تسيير المرفق على نفقته الخاصة، ويتقاضى مبلغاً نقدياً من المنتفعين بخدمات المرفق العام.

ثانياً: من حيث مصاريف إنشاء المرفق العام

عقد الإيجار لا يلقي على عاتق المفوض له مصاريف إنشاء المرفق وإقامته ، لكون هذه المصاريف تحملها الشخص المعوي العام أي السلطة المفوضة والمسؤولة عن المرفق العام، وتولي المستأجر التسيير وتقديم الخدمة العامة، بينما في عقد الإمتياز فإن صاحب الإمتياز من يتولى من حيث المبدأ إحداث وتأسيس وإنشاء واستغلال المرفق العام على نفقته الخاصة.

إذ أن أساس التمييز بين عقد الإيجار وعقد الإمتياز يرتكز على من يتحمل تبعات المنشآت الأولى للمرفق، فإذا كانت هذه التبعات ملقاة على عاتق المسير فنحن أمام إمتياز، وبالمقابل إذا قام المستغل بتسيير منشآت موجودة مسبقا وضعتها الإدارة المتعاقدة تحت تصرفه فنحن أمام إيجار المرفق العام.⁽¹¹⁾

ثالثا: مدة كل من العقدين:

يختلف الإيجار عن إمتياز المرفق العام من حيث مدة كل منهما، حيث يمنح الإيجار عادة لمدة أقصر من مدة الإمتياز، فقد حدد المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 السالف الذكر، المدة القصوى للإمتياز بثلاثين سنة (30) ، في حين حددت مدة الإيجار كما سبق بيانه بمدة خمسة عشر سنة.

الفرع الثاني: الإيجار والوكالة المحفزة

بداية نشير إلى أن عقد الوكالة المحفزة أو مشاطرة الاستغلال قد عرفها المشرع في المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 السالفة الذكر بأنها: «تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته، ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.»

وعرفت المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 18 / 199 بأنها الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته.....، يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية.

ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الانتاجية وعند الاقتضاء، حصّة من الأرباح.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.....»

مما سبق يتضح تشابه كلا العقدين في أن كلاهما ينصب موضوعه على تسيير المرفق العام، وكل منهما يوكل بموجبه المرفق إلى المفوض له، وفي كليهما لا يقدم المسير رأس المال ولا يقوم بإعداد المرفق، إنما يقوم فقط بمهمة الإدارة والاستغلال، ومع ذلك يختلف إيجار المرفق العام عن الوكالة المحفزة من عدة زوايا:

أولاً: من حيث المقابل المالي:

المفوض له في عقد الإيجار يحصل على المقابل المالي لإدارة المرفق من منتفعي هذا المرفق مباشرة خلاف للقائم بالتسيير في الوكالة المحفزة الذي يحصل على المقابل المالي من الإدارة محسوب على أساس النتائج المالية لاستغلال المرفق العام.

ثانياً: من حيث تحمل المسؤولية والمخاطر

يعمل المفوض له في عقد الإيجار باسمه ولحسابه وعلى مسؤوليته وحده ، بينما في عقد الوكالة المحفزة فإن مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية (السلطة المفوضة)، ويتحمل المسير جزءاً منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، وفي بعض الأحيان وكضمان للمسير المرفق فإن هناك حداً أدنى مضمون يحدد جزافياً في العقد .

ثالثاً: من حيث مدة كلا العقدين

مدة عقد الإيجار أقصاها خمسة عشرة سنة، في حين مدة عقد الوكالة المحفزة عشر سنوات (10) كحد أقصى.(12)

الفرع الثالث: عقد إيجار المرفق العام وعقد التسيير

يطلق أيضاً على عقد تسيير المرفق العام، عقد إدارة المرفق العام ولقد أوردت له المادة 210 السالفة الذكر تعريفاً له: بأنه عقد تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة

إنتاجية. تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحفظ بالأرباح. وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية» .

وعرفته المادة 56 من المرسوم التنفيذي 199/18 بأنه: الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له. يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته ورقابته الكلية.

ويدفع للمفوض له أجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية. ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحتفظ بالأرباح.

وفي حالة العجز تعوض السلطة المفوضة المسير بأجر جزافي ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية.....

يتضح أن هناك أوجه شبه بين إيجار المرفق العام وعقد التسيير من حيث:

- ينصب موضوع كل من العقدين على تسيير المرفق العام.
 - كل منهما يوكل بموجبه المرفق إلى المفوض له.
 - لا يتحمل المفوض له في كل من العقدين عبء إقامة المنشآت الأولية للمرفق، بل تتحمله السلطة المفوضة.
- ومع ذلك يختلف العقدين من عدة زوايا هي:

أولا: من حيث تلقي المقابل المالي

المفوض له في عقد الإيجار يحصل على المقابل المالي لإدارة المرفق من منتفعي هذا المرفق مباشرة خلافا للمسير في عقد التسيير لا يتقاضى أجره من المنتفعين بخدمات المرفق، وإنما يتقاضاها من الإدارة والذي يكون محددًا بصورة ثابتة وجزافية مع إمكانية حصوله على علاوات تقدرها إنتاجية المرفق العام.

ثانياً: من حيث تحمل المسؤولية:

في عقد الإيجار المفوض له يتصرف باسمه ولحسابه وعلى مسؤوليته، بينما في عقد التسيير المفوض له يتصرف لحساب السلطة المفوضة ويحصل التعريفات لها، أي أن المسير يقتصر دوره على ضمان السير العادي للمرفق العام، فلا يتحمل خسائر أو أرباح تسيير المرفق العام.

ثالثاً: من حيث مدة كلا العقدين:

مدة عقد الإيجار أقصاها خمسة عشرة سنة، في حين مدة عقد التسيير حددها المرسوم التنفيذي رقم 199 / 18 ب خمس (05) سنوات كحد أقصى.⁽¹³⁾

المبحث الثاني: تكوين عقد إيجار المرفق العام

إن المرسوم الرئاسي 247 / 15 لم يحدد الإجراءات المتبعة في إبرام عقود تفويض المرفق العام ومنها عقد الإيجار، ويصدر المرسوم التطبيقي له رقم 199/18 فقد تم ضبط الأساليب وإجراءات الإبرام والتي تطبق على جميع أشكال تفويضات المرفق العام .

المطلب الأول: أساليب إبرام عقد إيجار المرفق العام:

يتم إبرام عقد إيجار المرفق العام وفق صيغتين:الطلب على المنافسة كقاعدة عامة والتراضي كاستثناء..

الفرع الأول: الطلب على المنافسة:

سنحاول على ضوء هذا الفرع تحديد المقصود بالطلب على المنافسة، ثم تحديد مراحلها من خلال نقطتين:

أولاً : تعريف الطلب على المنافسة :

الطلب على المنافسة هو إجراء يهدف للحصول على أفضل عرض من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة بغرض ضمان المساواة في معاملتهم ، والموضوعية في معايير إنتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة ويمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط⁽¹⁴⁾، حيث يقع على عاتق السلطة المفوضة المانحة للتفويض إلتزامات عديدة ، تتمثل في وجوب إحترام قواعد المنافسة الحرة في اختيارها للمفوض له ، إضافة إلى ذلك نجد في تفويض تسيير خدمات المياه إستوجب المشرع من خلال نص المادة 105 من قانون المياه 05-12 عرض الأمر على المنافسة ومنح الإمتياز للمتعاملين الاقتصاديين الذين يملكون مؤهلات مهنية ، ويقدمون ضمانات مالية كافية ، وتلتزم الإدارة بالموءامة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام، الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف ، وبين حرية المنافس وذلك بعدم إعاقته وإساءة استخدام سلطتها الإدارية في انتقاء واختيار المتعاقد معها.⁽¹⁵⁾

ثانياً: مراحل الطلب على المنافسة:

يتم الطلب على المنافسة وفق مرحلتين:

المرحلة الأولى : تتمثل في الاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح ، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط وعنوانه " **دفتر ملف الترشح** " في لوح الإعلان عن العروض .

المرحلة الثانية : تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط ، ويتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية ، والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح

كيفية إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها ، ويشمل دفتر الشروط جزئين : الجزء الأول : وعنوانه دفتر ملف الترشح ، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشح وكذا كيفية تقديمها ، ويحدد هذا الجزء معايير إختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بمايلي :

* القدرات المهنية: وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام.

* القدرات التقنية: وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.

* القدرات المالية: وهي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبية والمراجع المصرفية.(16)

الجزء الثاني: وعنوانه دفتر العروض، ويتضمن: ***البنود الإدارية والتقنية:** وتتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفية تقديم العروض واختيار المفوض له، والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض

***البنود المالية:** التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له ، أو لفائدة السلطة المفوضة أو ذلك الذي يدفعه عند الاقتضاء مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض ، ويجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له، وكذا كيفية حسابه ، أما في حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى ، يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية ووفق الأشكال نفسها ، وفي حال إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي¹⁷.

ثالثا: حالات عدم جدوى الطلب على المنافسة :

يتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة ضمن الحالات التالية:

1- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الأولى :

* عدم إستلام أي عرض * إستلام عرض واحد * عدم مطابقة أي عرض لدفتر شروط .

2- إذا تبين بعد الطلب على المنافسة للمرة الثانية:

* عدم إستلام أي عرض * عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط *

وعند إستلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل متابعة الإجراءات.(18)

الفرع الثاني: التراضي:

جعل المشرع أسلوب المنافسة هو القاعدة العامة، غير أنه لأسباب موضوعية وعلى سبيل الاستثناء يتعين الاعتراف للسلطة المفوضة باختيار المتعاقد معها " المفوض له " في ظروف وحالات محددة دون حاجة لإتباع إجراءات شكلية، ودون أدنى داع لإعلام الغير، وهذا ما أطلق عليه بأسلوب التراضي.

أولاً: المقصود بالتراضي :

تجدر الإشارة إلى أن أسلوب التراضي يختلف عن الرضا، في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير لازم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام، وذلك أنه لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا، والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية، ويمكنها مباشرة إختيار المترشح دون التقيد بالإجراءات فرضاها بارز، انطلاقاً من حريتها في الاختيار.(19)

عرفت المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 التراضي بأنه: " إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة ، ويمكن أن يكتسب التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة ."

ثانياً: حالات التراضي:

يتضح مما سبق أن التراضي يؤخذ صيغتين، التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، وهذا ما أكدته المادة 16 من الرسوم 18-199.

أ-التراضي بعد الإستشارة :

التراضي بعد الإستشارة إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له، من بين 03 مترشحين مؤهلين على الأقل، وتلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة ضمن الحالات التالية: * عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين، الذين شاركوا في الطلب على المنافسة .

* عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، يتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية في هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح بتسيير المرفق العام المعني.(20)

ب - التراضي البسيط :

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا ضمن الحالات الواردة بالمادة 20 من المرسوم وذلك على النحو التالي : *في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمرشح واحد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية ، وتوضح الاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية (21)، والحقيقة أن الطابع الاحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي اعتبار أن الخدمة التي تطلبها السلطة المفوضة لا يليها إلا مترشح احتكاري واحد ، فلماذا تشدد على السلطة المفوضة ونلزمها بالإجراءات الشكلية ، وتحمل المدة في حين أن هناك مترشح واحد يلبي الخدمة المطلوبة ، أو يتوفر على القدرات التقنية التي تشترطها الإدارة المفوضة.

* وإما في الحالات الإستعجالية : وتعتبر حالات استعجالية الحالات التالية :

-عندما تكون إتفاقية تفويض المرفق العام سارية المفعول موضوع إجراء فسخ .

-إستحالة ضمان إستمرارية المرفق العام من طرف المفوض له .

-رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الآجال، ويتعين على السلطة المفوضة في جميع

الحالات إتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية سير المرفق العام المعني.(22)

ما يلاحظ أن المشرع وضع الأطر والضوابط الواجب إحترامها من السلطة المفوضة في إطار إجراء التراضي البسيط .

المطلب الثاني: إجراءات إبرام عقد الإيجار:

سنعالج هذه الإجراءات من خلال التطرق إلى صدور القرار بالتعاقد ، وصولاً إلى إبرام اتفاقية الإيجار :

الفرع الأول: صدور القرار بالمنح المؤقت " القرار بالتعاقد "

بعد إجراء كل من الإعلان المسبق والدعوى للمنافسة، وتلقي الترشيحات ، تقوم اللجنة المختصة بفتح الأظرفة بإعداد قائمة تتضمن المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم ، مع إرسال نسخة من دفتر الشروط لكل مترشح، أين تبين له عرضاً دقيقاً حول المرفق العام، وكذا شروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة المقدمة ، والخصائص الكمية والنوعية ، وذلك دون انحياز، وواجب كل مترشح ورد اسمه في القائمة واستلم نسخة من دفتر الشروط، أن يقدم عرضاً دقيقاً وذلك بكل حرية ودون أي ضغوط من طرف الهيئة المفوضة ، وتقوم هذه الأخيرة بعد تلقيها العروض بإجراء تفحص في العروض دون تمييز أو انحياز⁽²³⁾، وتقترح اللجنة على السلطة المفوضة المترشح الذي تم إنتقاؤه، وقد أحسن عرض ويجب أن تكون عروض المترشحين الذين تم إنتقاؤهم مطابقة لدفتر الشروط ، ولا يمكن قبول الملفات الناقصة، غير أنه يمكن للجنة أن تطلب عند الاقتضاء من المترشح بيانات تكميلية ، لتدعيم العرض عن كريق السلطة المفوضة وفي أجل محدد ، وتتفاوض لجنة إختيار وإنتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين ، في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لاسيما : *مدة تفويض المرفق العام عند الإقتضاء* التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملوا المرفق العام ، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة ، ويتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت للتفويض⁽²⁴⁾، يمكن لأي مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي البسيط بعد الإستشارة يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض، أن يرفع طعناً لدى لجنة تفويضات المرفق في أجل لا يتعدى 20 يوماً ابتداءً من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، وتقوم لجنة تفويضات المرفق العام، بدراسة ملف الطعن وإتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى 20 يوماً، ابتداءً من استلامها للطعن، وتبلغ اللجنة قرارها المعلل للسلطة المفوضة وصاحب الطعن " المادة 42 من المرسوم "، تبرز

لنا هذه المادة الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت المتمثل في نشوء ممارسة حق الطعن لكل مترشح يرغب في ذلك، فالسلطة المفوضة هنا لم تبرم العقد ولم توقع بعد بل لا يجوز قانونا توقيعها في هذه المرحلة، وهضم حقوق المترشحين في الطعن ، فغاية ما في الأمر أنها أعلنت بصفة مؤقتة عن المترشح الفائز في طلب العروض وزودت كل مترشح عن طريق الاعلان بكل العناصر المتعلقة بالتقييم بغرض تمكينه من ممارسة حقه في الطعن خلال 20 يوما من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، وبذلك وفر المشرع ضمانا الطعن لكل من يرغب في ممارسة هذا الحق وهي من أليات الحكم الراشد.(25)

الفرع الثاني : اتفاقية الإيجار " عقد الإيجار :

بعد اختيار الإدارة صاحب الإيجار، وصدور قرار بمنح الإيجار منت الجهة المختصة ، تأتي مرحلة انعقاد العقد ويتم التوصل في هذه المرحلة إلى تحرير عقد الإيجار وحسب المادة 48 من المرسوم 18-199 يجب أن يتضمن على الخصوص البيانات التالية : *تعيين الأطراف المتعاقدة وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الإتفاقية وصفتهم *موضوع التفويض بدقة *صيغة الإبرام *شكل التفويض *شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام وكذا أليات تحيينه ومراجعته *تحديد حالات الدفع وأليات حساب التعويضات والتأمينات والواجبات الواقعة على عاتق المفوض له إتجاه مستخدم المرفق وتحديد الجهة المسؤولة عن التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضراره قد تكون مست بمنشآت المرفق ، وكذا تحديد تدابير الأمن والنظافة والسلامة الصحية وحماية البيئة *في حال اللجوء للتفويض من الباطن أو من خلال ما يسمى حسب المرسوم المناولة .لابد من تحديدها في الإتفاقية * هناك أيضا ما يتعلق بالبنود الخاصة باليد العاملة وكيفيات مراقبة تنفيذ الإتفاقية وهي محددة بموجب المواد 74-83*تحديد كيفيات تنفيذ إتفاقية التفويض في حالات القوة القاهرة الخارجة عن إرادتي طرفي الإتفاقية وتحديد كيفية تسوية النزاعات في حال نشوب خلاف بين الطرفين ، وبالتالي فإن المنازعات التي تخص عقد تفويض المرفق العام تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية لأن السلطة المانحة للتفويض طرفا في النزاع فالداوى التي ترفعها السلطة المفوضة صاحبة التفويض ، فإنها من اختصاص المحاكم الإدارية متى كان النزاع بين السلطة المفوضة مانحة التفويض والمفوض له(26)،بينما يكون النزاع من اختصاص المحاكم العادية، عندما

يكون قائم بين المنتفعين من المرفقة والمفوض له * تحديد الجزاءات المالية المفروضة على المفوض له، لعدم التزامه بتنفيذ الاتفاقية * يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه قد أخل بالتزاماته وفق ما تنص عليه الإتفاقية، غير أنه وقبل اللجوء للغرامات يجب على السلطة المفوضة أن توجه إعدارين للمفوض له ، لتدراك النقائص المسجلة في الأجل المحددة ، وإذا ما إستمر المفوض في الإخلال بالتزاماته يمكن للسلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد إلى فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام ودون تعويض المفوض له . (27)

خاتمة:

ما توصلنا إليه من خلال هذه المداخلة أن عقد إيجار المرفق العام أحد أساليب تسيير المرفق العام ، وهو من العقود التي عرفت انتشارا واسعا في الجزائر ، لبساطته وبساطة إجراءاته .وهو عقد من عقود تفويض المرفق العام بموجبه تعهد السلطة المفوضة وهي الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها لمفوض له سواء من أشخاص القانون الخاص أو العام ، بتسيير وصيانة مرفق عام لحسابه وعلى مسؤوليته نظير ما يتلقاه من أتاوى من المنتفعين بخدمات المرفق، على أن يدفع للسلطة المفوضة إتاوة سنوية بحكم أنها هي من تحملت ومولت نفقات المنشآت الأولية للمرفق العام، فهو بذلك طريقة مفضلة للاستثمار لدى القطاع الخاص لا يترتب عنها صرف مبالغ مالية ضخمة لإنشاء المرفق العام، فهو بذلك يتميز حقيقة عن باقي أشكال التفويض الأخرى.

وبصدور المرسوم التنفيذي 18 / 199 والذي حدد إجراءات اختيار المفوض له فهو جاء بقواعد عامة تطبق على جميع صيغ التفويض، هذا من شأنه منع كل أنواع التلاعب أو الاحتيال والتأثير على نزاهة إجراءات إبرام هذا النوع من العقود.

الهوامش

(1)-حمادة عبد الرزاق حمادة ، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2012، ص 81
(2)- وليد حيدر جابر ، طرق إدارة المرافق العامة، المؤسسة العامة والخصخصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2009 ، ص 24.
(3)-نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 172.

- (4)- المرسوم الرئاسي 247 /15 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية ، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
- (5)- المطبة الثانية من الفقرة الثانية من المادة 210 من المرسوم الرئاسي 247 /15 السالف الذكر.
- (6)- مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 2 أوت سنة 2018 ، يتعلق بتفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 48 المؤرخة في 5 أوت 2018 .
- (7)- تنص المادة 4 من الرسوم التنفيذية رقم 18 /199 ، على أنه : «يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص " السلطة المفوضة أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له"، بموجب اتفاقية تفويض.»
- (8)- هذا ما فصلته المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 18 /199، المرجع السابق.
- (9)- سهيلة فوناس، عقود تفويض المرفق العام: دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفرنسي ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 10 ، العدد 02، 2014، 256.
- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، مطبعة سارب، 2004، ص 206.¹⁰
- (11)-ضريفي نادية ، المرجع السابق، ص: 10
- (12)- تنص المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18 /199 في فقرتها 6 على أن تحدد مدة اتفاقية تفويض المرفق العام، في شكل الوكالة المحفزة، بعشر (10) سنوات، كحد أقصى.
- (13)- تنص المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18 /199 في فقرتها 5 على أنه لا يمكن أن تتجاوز مدة اتفاقية تفويض المرفق العام في شكل التسيير، خمس (05) سنوات.
- (14)-المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18-199 سالف الذكر .
- (15)-حاشمي سامي ، النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق العام ، مذكرة ماستر ، تخصص الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية ، 2016 ، 2017 ، ص: 23.
- (16)- المادة 12 من المرسوم 18-199 سالف الذكر .
- (17)-المادة 13 من المرسوم نفسه .
- (18)-المادة 15 من المرسوم نفسه .
- (19)- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، دارجسور للنشر والتوزيع ، 2017 ، ص: 21.
- (20)- المادة 19 من المرسوم 18-199 سالف الذكر .
- (21)- جليل مونية ، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤسسة الوطنية للطباعة ، الجزائر ، 2018 ، ص: 79.
- (22)- المادة 21 من المرسوم 18-199 سالف الذكر .
- (23)- حاشمي سمير ، مرجع سابق ، ص: 27.
- (24)- يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلاميا بموجبه تخطر السلطة المفوضة المترشحين باختيارها المؤقت وغير النهائي لمترشح ما ، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المقدم ، وكل محتوياته وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط.
- (25)- عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص: 298-299.
- (26) المادة 800 من قانون 08-09 الموافق ل25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
- (27)-المادة 62 من المرسوم 18-199 سالف الذكر .