



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

مكانة الشروط التنظيمية في عقود تفويض المرفق العام

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
فرع القانون العام
تخصص القانون الإداري

تحت إشراف :

• د. بوزاد إدريس

من إعداد الطالبين:

- يوسف خوجة حسان
- بن يديري بيلال

لجنة المناقشة:

رئيسا

عیدن رزيقة

الأستاذة:

مشرفا و مقررا

بوزاد إدريس

الأستاذ :

ممتحنا

ميسون يسمينة

الأستاذة:

السنة الجامعية: 2018 - 2019

إهداء

إلى من كان و لا يزال دعوتها سر ناجحي

إلى من علمني العطاء دون انتظار أبي

أسأل الله أن يطل في عمرها و يبارك فيه، ويمدحها الصحة و العافية

كما أهدي هذا العمل إلى كل إخواني و أختي سليمة و إلى من ساندني و جمعني معهم المحبة

و الصداقة أمازيغ ، إلياس، حلیم، و إلى كل من دعمنا من قريب و بعيد

وإلى كل من حفظهم القلب و لم يكتبهم القلم

إهداء

إلى أكبر من يسحق أن أهدي له ثمرة جهدي أبي و أمي العزيزين أطال الله عمرهما

كما أهدي هذا العمل إلى أخي ساسي و نسيم و أختي روزة حفظهم الله جميعا

و إلى كل من جمعتني بهم المحبة و الصداقة عادل و رضا، بلال، جلال، شهاب

إسلام، نبيل، عماد، راني، و خديجة

و إلى كل من عرفني و ساعدني و لو بكلمة.

شكر وتقدير

الشكر والحمد للمولى عزّ وجل الذي يسّر لنا السبيل
ووقفنا في إنجاز هذا العمل المتواضع،
وأنعم علينا بالصبر والعزيمة.

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان، إلى كل من ساعدنا في إتمام هذا العمل وساهم في إثراء
هذا الموضوع، وخاصةً الأستاذ المشرف " بوزاد إدريس " الذي لم يبخل علينا بوقته
ومدّ لنا يد العون بنصائحه وتوجيهاته القيمة

كما نوجه جزيل الشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة،
لقبولهم مناقشة هذه العمل المتواضع، وإثرائه بأفكارهم القيمة، التي لن تزيد له
إلاّ إنارةً ووضوحاً.

قائمة أهم المختصرات

أولاً: بالّغة العربيّة

ج.ج.ج: الجريدة الرّسمية للجمهورية الجزائرية.

ص: صفحة.

ص.ص: من صفحة إلى صفحة.

ط: طبعة.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ثانياً: بالّغة الفرنسية

OP.CIT:Référence Précédemment Citée.

N° : Numéro

P : page.

مقدمة

يعتبر المرفق العام بمثابة وسيلة في يد الدولة لتنفيذ الخدمة العمومية والهدف منه تحقيق مقتضيات المصلحة العامة، كما يرتبط المرفق ارتباطا وثيقا بالمواطن، ويعتبر المرفق العام الخلية الأساسية للدولة وأهم حلقة فيها، وهو بمثابة مرآة عاكسة للسياسة العامة المنتهجة، فأى تغيير في النظام السياسي أو التوجيه الإقتصادي سيؤثر على النظام القانوني للمرافق العامة الموجودة، فالمرفق العام على هذا النحو يرتبط ارتباطا وثيقا بالإيديولوجية السائدة في أي دولة.

باعتبار المرفق العام يقدم خدمات عمومية لها خصوصيات، وأهدافها تتعلق بالحياة الاجتماعية للأفراد التي تسعى إلى تلبية حاجاتهم، فتطور المرفق العام متعلق بزيادة حاجات الأفراد وتطورها خاصة في ظل نمو الوعي المدني.

كان المرفق العام يسيّر من طرف السلطة المفوضة عن طريق الأسلوب المباشر الذي يعتبر من الأساليب الكلاسيكية لإدارة المرفق العام ، ولكن مع مرور الوقت أصبح التسيير المباشر لا يحقق الأهداف المرسومة له نتيجة التحولات السياسية والإقتصادية الجديدة التي لها تأثيرات وانعكاسات على مؤسسات الدولة، ولتقليل من العبئ المالي على ميزانية الدولة والجماعات المحلية أدى بها إلى إيجاد طرق جديدة تعد الأمثل والأرقى لمواكبة التحولات وضمان التسيير الأحسن والمحافظة على المال العام و المصلحة العامة عن طريق تفويض المرفق العام للخواص.

ففكرة تفويض المرفق العام تعود جذوره إلى بداية القرن 19 عندما إتجهت الدولة الفرنسية إلى تفويض بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري ونتج عن ذلك صدور قانون في فرنسا سنة 1993 والمعروف بقانون سابان(Loi sapin)¹، نتيجة التحولات والاجتهادات الفقهية والقضائية، أما في الجزائر فلم تظهر فكرة تنازل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن تسيير

¹-Loi N°93 -122, du 09 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Modifié et compléter par la loi N°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier, JORF, N°25 du 30 JANVIER 1993 . WWW.Légifrance.Gouv.FR/

المرفق العام إلا مع مطلع التسعينات أين تبنت الإتجاه الليبرالي وحدثت تحولات في النظام الإقتصادي الذي ترتب عنه فتح القطاعات المرفقية لصالح الأشخاص الخاصة، فنظم المشرع تقنية تفويض المرفق العام بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، بحيث يعتبر هذا المرسوم مولد نظام قانون جديد يأطر مجموعة من عقود التفويضات المرفق العام فاكتفى بذكر بعض الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام وذكر أشكال التفويض والمبادئ التي تخضع إليها اتفاقية التفويض وعدم التطرق إلى إجراءات الإبرام وتنفيذ عقود تفويض المرفق العام ودفتر الشروط المنظم لتلك العقود بإضافة إلى ذلك عدم تحديد سلطات الهيئة المفوضة الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إصدار مرسوم تنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام²، وفصل في طرق الإبرام سواء صيغة الطلب على المنافسة أو التراضي بنوعيه، كما تطرق إلى إجراءات الإبرام وتحديد كل سلطات الهيئة المفوضة، وتحديد مكانة دفتر الشروط في عقود تفويضات المرفق العام، لذا أولى المشرع أهمية بالغة لعقد تفويض المرفق العام باعتباره تقنية مهمة تستعين بها الهيئة المفوضة لإدارة المرفق العام، وهي ضرورية في الدولة بسبب اتساع حجمها وتزايد نشاط الدولة وتعدد أعمالها.

فتقنية تفويض المرفق العام تقوم على شروط تنظيمية وضعها المشرع وعلى السلطة المفوضة إحترامها سواء في مرحلة إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام أو في مرحلة التنفيذ، وتتمثل هذه الشروط في مجمل القواعد التقنية لتسيير المرفق العام والتي توضع من طرف السلطة المفوضة دون تدخل إرادة المفوض له وعليه أن يقبلها دون مناقشة .

أهمية الدراسة

تتمحور أهمية دراسة هذا الموضوع في محاولة إبراز مكانة الشروط التنظيمية في عقود تفويضات المرفق العام وفق المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام وتبيان

¹-مرسوم رئاسي رقم 15-247 صادر في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، (ج. ر.ج.ج)، عدد 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015 .

²-مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر، عدد48، صادر في 05 أوت 2018.

مدى فعالية هذه الشروط ومكانتها في عقود تفويض (عقد الإمتياز، عقد الوكالة المحفزة، عقد التسير، عقد الإيجار)، مع تبيان مجمل الإجراءات والتنظيمات المتعلقة بمرحلة الإبرام، وكذا مكانتها في مرحلة تنفيذ عقد التفويض.

أسباب إختيار الموضوع

انطلاقا من الأسباب الذاتية وصولا للأسباب الموضوعية.

الأسباب الذاتية

-رغبتنا في دراسة بحث يتعلق بالعقود الإدارية بصفة عامة، وعقود تفويض المرفق العام بصفة خاصة.

الأسباب الموضوعية

- صدور مرسوم تنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، وهو أول تقنين في مجال عقود تفويض المرفق العام.

-عدم وجود دراسات سابقة لهذا الموضوع.

-استعراض إمتيازات السلطة المفوضة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، وإظهار مكانتها التنظيمية لاستعمال هذه الإمتيازات.

صعوبات البحث

أثناء قيامنا بهذا الموضوع صدفنا عدة صعوبات منها:

-عدم توفر المراجع المتعلقة بموضوع بحثنا، فهناك جوانب عن الدراسة تتوفر فيها مراجع بكثرة، وجوانب أخرى تقل فيها المراجع، وأحيانا تنعدم.

-هناك صعوبات لتمييز بين عقود الصفقات العمومية، وعقود تفويض المرفق العام.

طرح الإشكالية

لقد ارتأينا في هذا الخصوص إلى طرح إشكالية لهذا الموضوع التي من شأنها دراسة هذا البحث: ما هو دور الشروط التنظيمية في حماية الطابع العام لعقود تفويضات المرفق العام؟

منهج الدراسة

لمعالجة هذا الموضوع اعتمدنا على المنهج التحليلي والاستقرائي للنصوص القانونية التي نظمت موضوع إتفاقية تفويض المرفق العام، وعلى ضوء هذا البحث قسمنا بحثنا إلى فصلين: فخصصنا **الفصل الأول** لدراسة مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام متطرقين في **(مبحث أول)** إلى إبراز مكانة الشروط التنظيمية في الطرق المقررة لإبرام إتفاقية التفويض، و**(مبحث ثاني)** إلى مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط وفي مجال إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام، وفي **الفصل الثاني** ندرس مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام الذي يندرج تحته **(مبحث أول)** نحو تعزيز مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام و**(مبحث ثاني)** مكانة الشروط التنظيمية في إطار سلطة الإدارة في إنهاء إتفاقية تفويض المرفق العام.

الفصل الأول

مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

من خلال انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وتحرير بعض الأنشطة المرفقية استلزم الأمر الاعتراف للخواص بمشاركتهم في تسيير المرافق العمومية¹، ولمحافظة الهيئة المفوضة على سلطتها وضع المشرع ضوابط لإبرام عقود تفويض المرافق العامة²، وتتمثل هذه الضوابط في شروط تنظيمية تخضع إليها السلطة المفوضة، وتقوم هذه الأخيرة بتطبيقها على المتعاملين الاقتصاديين لانتقاء أفضل عرض.

إن السلطة المفوضة لا تملك حرية واسعة عند التعاقد، مثلما هو الحال في إبرام الأفراد لعقودهم، إذ فرض المشرع جملة من القيود والإجراءات تلتزم الإدارة بإتباعها، لتحافظ على المصلحة العامة والمال العام³.

لإتمام مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة إبرام عقود تفويض المرافق العمومية، يجب التطرق إلى الطرق التنظيمية المقررة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام (مبحث أول)، والإجراءات المتبعة في مختلف مراحل الإبرام (مبحث ثاني).

¹ -ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص، 247.

² -محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص، 110.

³ -مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002، ص، 61.

المبحث الأول

مكانة الشروط التنظيمية في الطرق المقررة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

تتمتع الإدارة عند إبرامها لعقود تفويض المرفق العام بامتيازات واسعة ولكن بمقابل لها قيود الهدف منها اختيار أحسن المتعاملين لضمان المصلحة العامة التي يستهدفها المرفق العام¹.

لذلك تكتسي الشروط التنظيمية مكانة متميزة بتحديد الطرق المخصصة لتفويض المرافق العامة، حيث كانت هناك نصوص تشريعية متناثرة في بعض القطاعات المرفقية التي نظمت شؤون المزايدات العامة بشكل غير مباشر².

نظم المشرع طرق تفويض المرفق العام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، حيث تنص المادة 08 على مايلي: "تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفق إحدى الصيغتين الآتيتين الطلب على المنافسة يمثل القاعدة العامة والتراضي يمثل الإستثناء"³.

تختلف عملية تفويض المرفق العام بحسب موضوعه وهو الأمر الذي أخذه المشرع بجديّة من خلال إبراز الصيغتين التنظيميتين لإبرام اتفاقية التفويض، لذلك سنعرض في هذا المبحث مكانة الشروط التنظيمية في الطلب على المنافسة كأصل لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام (مطلب أول)، ومكانة الشروط التنظيمية في التراضي كاستثناء لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام (مطلب ثاني).

¹-ضريفي نادية، مرجع سابق، ص، 264.

²-محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص، 59.

³-أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

المطلب الأول

مكانة الشروط التنظيمية في الطلب على المنافسة كأصل لإبرام اتفاقية

تفويض المرفق العام

تنص أغلبية التشريعات المقارنة المتعلقة بالمنافسة على إخضاع العقود الإدارية بما فيها عقود تفويضات المرافق العمومية لقانون المنافسة، عكس الوضع في الجزائر إذ لم ينص قانون المنافسة في مادته الثانية على تطبيق أحكامه على عقود تفويض المرافق العامة¹، بينما نصت على إخضاع قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، ولكن هناك عقود إدارية لا تعتبر صفقات عمومية من بينها عقود تفويض المرفق العام².

قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام لم يكن هناك قانون يحكم صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام الذي يطبق على جميع عقود التفويض، ولإبراز مكانة الشروط التنظيمية في الطلب على المنافسة ينبغي دراسة واقع الطلب على المنافسة في بعض القطاعات المرفقية (فرع أول)، وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر بين واقع الطلب على المنافسة (فرع ثاني)، والإشارة إلى أهم شكلية تنظيمية لإبرام عقود تفويض المرفق العام وهي الإعلان (فرع ثالث)، والحالات التنظيمية للإقصاء من المنافسة (فرع رابع).

الفرع الأول

واقع الطلب على المنافسة في بعض القطاعات المرفقية

واقع الطلب على المنافسة في بعض القطاعات المرفقية التي تستند إلى أسلوب الطلب على المنافسة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وسنأخذ على سبيل المثال إبرام عقود الامتياز لاعتبار هذا الأخير الأكثر شيوعا في مجال تفويض المرافق العمومية في الأساليب الكلاسيكية.

¹ -فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص، 220.

² -فاصلة عبد اللطيف، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، العدد 06، جامعة محمد بن أحمد، 2017، ص، 158.

أولاً: الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 01-124

إن هذا المرسوم المتضمن تحديد الإجراءات المطبقة على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية¹، عند التركيز على عنوان هذا المرسوم يتبين لنا انه يكرس قيود على الإدارة في اختيار المتعاقد معها، ولقد جاء هذا المرسوم طبقاً للمادة 32 من القانون رقم 2000-03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إذ جاء فيها ما يلي: "تمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي يرسى عليه المزاد إثر الإعلان عن المنافسة ويلتزم احترام الشروط المحددة في دفتر الشروط"²، وهذا ما يدل على أن المشرع أعطى مكانة للطلب على المنافسة من خلال إلغاء قانون البريد و المواصلات لسنة 1975 الذي يكرس احتكار الدولة لهذا القطاع، ومن بين اختصاصات هذه السلطة منح التراخيص والإعتمادات للمتعاملين الاقتصاديين الذين يرغبون مشاركة الدولة في تسيير المرفق العام³.

تبرز مكانة انفتاح قطاع البريد والمواصلات على المنافسة لضمان الهدف السامي لهذا القطاع الذي يرتبط بمفهوم المصلحة العامة ارتباطاً وثيقاً⁴.

ثانياً: الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 08-114

إن هذا المرسوم المحدد لكيفيات منح امتياز الكهرباء والغاز وسحبها لدفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته قد نص على طلب العروض بين مختلف المتنافسين مثل ما نصت عليه المادة 06

¹-مرسوم تنفيذي رقم 01-124 مؤرخ في 09 ماي 2001، يتضمن تحديد الإجراءات المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر، عدد27، مؤرخ في 13 ماي 2001.

²-قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر، عدد 48، مؤرخ في 06 أوت 2000، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-24، مؤرخ في 26 ديسمبر 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر، عدد85، مؤرخ في 27 ديسمبر 2006، معدل و متمم بالقانون رقم 14-10 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر، عدد78، مؤرخ في 31 ديسمبر 2014(ملغى).

³-مخلوف باهية، تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام، أعمال الملتقى الوطني حول تسيير المفوض للمرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص، يومي 27-28 أبريل 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص، 85.

⁴-ضريفي نادية، مرجع سابق، ص، 60.

من هذا المرسوم: "يمنح امتياز توزيع الكهرباء والغاز من طرف الدولة المتمثلة في الوزير المكلف بالطاقة ويكون محل العروض تصدره لجنة ضبط الكهرباء والغاز"¹.

يعتبر تنظيم المزايدة (الطلب على المنافسة) بواسطة مرسوم خاص في مختلف القطاعات المرفقية في حد ذاته تطور قانوني إيجابي وتكريس فعلي للمنافسة خاصة إذا كانت الإجراءات القانونية تظهر نوع من الشفافية والمصادقية مما يعد ضمانا فعالة للمستثمرين في مجال المرفق العام.

بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم ينظم المشرع طرق إبرام عقود تفويضات المرفق العام²، حيث أغفل على عدة نقاط هذا ما جعله يصدر المرسوم التنفيذي 18-199 لتوضيح طرق إبرام هذا النوع من العقود.

الفرع الثاني

واقع الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18/199

إن صدور المرسوم التنفيذي رقم 18/199 أبرز إلزامية خضوع المرافق العمومية لطلب على المنافسة عند تفويض بصريح العبارة في المادة 11 التي تنص على: "الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم وكذا الموضوعية في معايير انتقائهم و شفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة"³، وهذه المادة مفروضة على جميع أشكال عقود التفويض بما فيها (الامتياز والإيجار، الوكالة المحفزة و التسيير).

من خلال استقراء المادة 11 المذكورة أعلاه يلاحظ أن المشرع كرس مبادئ تنظيمية للطلب على المنافسة (أولا)، ودارسة مراحل التنظيمية لطلب على المنافسة (ثانيا)، والأسس التنظيمية لإعلان عدم جدوى طلب على المنافسة (ثالثا).

¹ -مرسوم تنفيذي رقم 08-114، صادر في 13 أفريل 2008، يحدد كيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودقتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز و واجباته، ج.ر، عدد 20، صادر في 09 أفريل 2008.

² -مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

³ -أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

أولاً: المبادئ التنظيمية لطلب على المنافسة

1- حرية الوصول إلى الطلبات

بحيث يمكن لأي شخص أو شركة تتمتع بكافة الشروط القانونية المشاركة في المنافسة لإبرام عقود تفويضات المرافق العامة، ولا يجوز منعه من المشاركة، أو وضع أي عائق إلا إذا وضع من أجل تحقيق المصلحة العامة¹، وعدم إساءة استخدام سلطتها في اختيار و انتقاء من تتعاقد معها²، بحيث يمكن لكل متعامل اقتصادي تقديم عروضه للتنافس، لأنها لا تخصص لطبقة معينة فقط، إنما لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية .

2- مبدأ المساواة

يقتضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتنافسين ألا ينطوي اختيار المفوض له على طابع تمييزي³، فيجب على السلطة المفوضة معاملة كل المترشحين معاملة متساوية من خلال تقديم نفس المعلومات والوثائق الخاصة بالعقد المراد إبرامه، وإخضاع جميع المتعاملين لنفس الإجراءات⁴ .

3- مبدأ الشفافية

تعتبر شفافية الإجراءات أمر جوهري، تستند إليها السلطة المفوضة لاختيار المتعامل المتعاقد، وهي بمثابة الركيزة الأساسية التي تبنى عليها الإجراءات المتعلقة بإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، من بداية الإبرام إلى نهايته، وتهدف إلى ضمان المشروعية بين السلطة المفوضة والمتعاملين الاقتصاديين .

¹- مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص، 47.

²--كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص، 75.

³-زواوي الكاهينة، "إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 15-247"، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية التشريع والاقتصاد، العدد 12، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2017، ص، 36.

⁴-عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص، 30 .

إن الإخلال بمبدأ الشفافية في الطلب على المنافسة يؤدي إلى تحييز السلطة المفوضة في عملية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام ويفتح أبواب الفساد وتبديد الأموال العمومية بتمييز بين المترشحين. لذلك كرس المشرع شرط الشفافية الذي يقيد بها السلطة المفوضة عند الإبرام، وألزمها بتطبيق علانية المعلومات المتعلقة بجميع المراحل، وكذا الشفافية في اتخاذ القرارات، وفي حالة عدم احترامها لتلك الإجراءات يحق لكل المتنافسين ممارسة كل طرق الطعن.

ثانيا: المراحل التنظيمية للطلب على المنافسة

1-مرحلة انتقاء المترشحين

تقوم السلطة المفوضة خلال هذه المرحلة بالاختيار الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشح في الطلب على المنافسة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، حيث تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر: "أن اختيار الأولي المترشحين على أساس ملفات الترشح، يجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، عنوانه دفتر ملف الترشح، في لوح الإعلان عن العروض"¹.

تقوم السلطة المفوضة بفحص الضمانات المهنية والمالية للمترشحين، وكفاءاتهم لضمان استمرارية المرفق العام وضمان تحقيق المساواة بين المستفيدين، ولا تقوم بإعداد قائمة المترشحين إلا بالتحقق من مركزهم المالي والفني²، وتكمن مكانة التنظيمية في هذه المرحلة بضبط قائمة المترشحين المقبولين الذين تم اختيارهم من أجل تقديم عروضهم وإعدادهم للتنافس حول العقد المراد إبرامه³.

¹-مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف لذكر.

²-محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص، 121.

³-بولكور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2010، ص، 30.

2-مرحلة دعوة المترشحين إلى سحب دفتر الشروط

تتمثل هذه المرحلة حسب الفقرة 02 من المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر: "بدعوة المترشحين الذين تم انتقائهم في المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط"¹، ويعتبر سحب دفتر الشروط من بين الشروط المشاركة في الطلب في المنافسة المتعلقة بموضوع التفويض، وفي حالة سحب دفتر الشروط يعتبر بمثابة القبول بالأعباء والالتزامات التي تقع على المتعامل المتعاقد ويتحملها عند تنفيذه للعقد، لأنه يكون على علم بمشروع محل التفويض وكيفية الإنجاز²، كما أضاف المشرع في المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر على أن: "السلطة المفوضة تقوم بدعوة المترشحين المقبولين، بكل وسيلة ملائمة إلى سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم"³.

في هذا الصدد يرى الأستاذ **A.DELOUBADERE** أن دفتر الشروط هو الدعوة إلى التعاقد ليس إيجاباً، فالإيجاب هنا يتقدم به العارض، وإن كانت معالم الإيجاب وشروطه تتحدد بناء على الشروط التي تقررها الإدارة في دفتر الشروط⁴.

ثالثاً: الأسس التنظيمية لإعلان عدم جدوى طلب العروض

نص المشرع على الأسس التنظيمية لإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة في المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 السالف الذكر، ويبيّن هذه الحالات كما يلي:

إذا تبين بعد الطلب على المنافسة في المرحلة الأولى:

-عدم استلام أي عرض.

-استلام عرض واحد .

-عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

² - بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 39.

³ - أنظر المادة 32 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

⁴ - نقلاً عن ضريفي نادية، مرجع سابق، ص، 190.

وفي هذه الحالات يعاد إجراء الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وإذا تبين للمرة الثانية عدم استلام أي عرض، أو عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، فإن السلطة المفوضة ملزمة بإعلان عدم جدوى طلب المنافسة، أما في حالة استلام عرض واحد فقط، وتبين أن العرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات¹.

يتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، التي تقوم بإعداد محضر عدم جدوى طلب العروض يوقعه كل أعضاء الحاضرين في جلسة فتح العروض و فحصها².

الفرع الثالث

الإعلان شرط تنظيمي أساسي لطلب على المنافسة

بعد تحضير السلطة المفوضة للمرفق المراد تفويضه وفقا لمقتضيات تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على المال العام، تقوم بإعلان فتح المنافسة موضوع التطبيق الفعلي، لأن هو الذي يؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن منح المساواة والشفافية، فبدون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع السلطة المفوضة³.

أولاً: إلزامية إعلان الطلب على المنافسة

يقصد بالإعلان في الطلب على المنافسة إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد حيث تبين نوعية المواصفات المطلوبة، مما يفسح المجال للمنافسة بينهم، ويضمن إحترام المساواة ويسمح للإدارة باختيار أفضل عرض من المترشحين⁴، ويعتبر الإعلان المسبق إجراء ضروري لتكريس مبدأ الشفافية وضمان مشاركة أكبر عدد من المتنافسين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة مسبقاً⁵، وهو بمثابة شروط تنظيمي

¹ - أنظر المادة 15 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

² - أنظر المادة 77 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

³ - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الامتياز، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، 2012، ص، 258.

⁴ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، 2017، ص، 67.

⁵ - محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص، 120.

واجب التطبيق.

لقد كرس المشرع الإعلان عن المنافسة في بعض القطاعات المرفقية قبل صدور المرسوم التنفيذي 199/18 السالف الذكر مثل قانون المياه حيث نصت المادة 105 على الإعلان المسبق للتفويض، إذ أنّ السلطة المفوضة ملزمة بالإشهار لمدة شهر على الأقل .

كما أشارت التعليمات الوزارية رقم 842/94.03 المتعلقة بالامتيازات المرافق العامة و تأجيرها على كل من إجرائي الإعلان والإشهار، على ضرورة احترام الجماعات المحلية لهذه القاعدة عند إبرام كل من عقد الإمتياز والإيجار¹ .

كما نص المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر بصريح العبارة في المادة 25، بإلزام السلطة المفوضة بنشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ووجوب النشر على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية²، وأولى إليها المشرع مكانة أساسية وباعتبار عدم إعلان السلطة المفوضة للطلب على المنافسة يكون محل إبطال العقد.

ثانيا: الاستثناء الوارد في إجراء الإعلان

هناك بعض المرافق العمومية المعفية من الإعلان على المنافسة نظرا إلى حجمها ونطاق نشاطاتها من إلزامية الإشهار في الجرائد، ولكن ألزم السلطة الموضوعة بإشهار واسع بكل وسائل أخرى³، يلاحظ أن المشرع في هذا الاستثناء لم يقوم بإعفاء السلطة المفوضة إعفاء مطلقا، إنما أعفاها من إجبارية النشر في الجرائد، وألزم الإدارة أن تعلق لجوءها إلى هذا الإجراء، وقيدها بضمان الإشهار بكل الطرق الوسائل الأخرى البديلة التي تساهم على إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وهي على سبيل المثال ليس الحصر كالنشر الإلكتروني عبر القطاعات المرفقية.

¹ - تعليمات وزارية 842/94.03، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية، المؤرخة في 07 ديسمبر 1994، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية.

² - المادة 25 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر .

³ - المادة 25 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر .

ثالثا: محتوى إعلان الطلب على المنافسة

لقد نصت المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر: " أن الإعلان على الطلب على المنافسة يجب أن يتضمن البيانات التالية: تسمية السلطة المفوضة ورقم تعريفها الجبائي إن وجد، صيغة الطلب على المنافسة، موضوع وشكل تفويض المرفق العام، المدة القصوى للتفويض، شروط التأهيل والانتقاء الأولي، قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح، آخر أجل لتقديم ملف الترشيح، مكان إيداع ملف الترشيح وسحب دفتر الشروط، دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة، وكيفية تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم وتكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار و انتقاء العروض)، ويجب أن ينشر الإعلان إلى آخر يوم لإيداع العروض"¹.

المكانة التنظيمية لطلب على المنافسة هو إضفاء الشفافية على العمل الإداري حيث يتم إعلان المعنيين، مما يسمح بفسح المجال بينهم للمنافسة، ويضمن احترام مبدأ المساواة، ويسمح للإدارة بالاختيار وانتقاء أحسن عرض حفاظا على المصلحة العامة².

الفرع الرابع

تأطير الحالات التنظيمية للإقصاء من المنافسة

نظم المشرع حالات الإقصاء من المنافسة في المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، و بين نوعين من الإقصاء المؤقت و النهائي من المشاركة في إجراءات الطلب على المنافسة، وتكمن هذه الحالات التي يقصى منها المتعامل المتعاقد الذي يرتكب فعلا أو عملا محل إجراء ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر³,

يلاحظ أن المشرع كرس حالات الإقصاء من المنافسة في عقود تفويض المرفق العام بإحالة للمادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، لذلك يمكن التطرق إلى حالات الإقصاء من المنافسة في

¹- المادة 27 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

²- بعلي محمد الصغير، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص، 227.

³- المادة 47 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

مجال الصفقات العمومية وتطبيقها في عقود تفويضات المرفق العام، وحالات الإقصاء من المنافسة نص عليها كذلك بتفصيل القرار الوزاري الذي يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث قسم الإقصاء المؤقت إلى صنفين، الإقصاء المؤقت التلقائي والإقصاء المؤقت بموجب مقرر، وينطبق كذلك هذا التقسيم على الإقصاء النهائي.

أولاً: حالات الإقصاء المؤقت

حسب المادة 03 من القرار الوزاري الذي يحدد كفاءات الإقصاء من المنافسة، يستخلص أن الإقصاء المؤقت ينقسم إلى قسمين، إقصاء يتم بصفة تلقائية لا يحتاج إلى مقرر، وإقصاء بمقرر يثبت من الجهة المختصة .

1- الإقصاء المؤقت التلقائي

برجوع إلى تسمية العنوان يتبين درجة من الوضوح، أن السلطة المفوضة تقوم بإقصاء المترشحين تلقائياً، و يكونون في وضعية الإبعاد وإقصاء من المنافسة¹، متى توفرت الحالات المنصوص عليها في المادة 03 من القرار الوزاري المذكور أعلاه وهي كالتالي²:

- المتعاملون الاقتصاديون الذين هم في حالات تسوية قضائية أو صلح.

-الذين هم محل إجراء التسوية القضائية أو الصلح.

في هذه الحالتين يمكن للمتعاملون أن يشاركوا في الطلب على المنافسة إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة لمواصلة نشاطاتهم .

المتعاملون الاقتصاديون الذين لم يستوفوا إجراءات الإيداع القانوني لحساب شركاتهم، والذين تم إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي و المدانون بصفة نهائية بسبب مخالفة بعض الأحكام القانونية.

¹-عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط 2، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص، 155 .

²-المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كفاءات الإقصاء من الصفقات العمومية، ج. ر، عدد 17، صادر في 16 مارس 2016 .

2- حالات الإقصاء المؤقت بموجب المقرر

رجوعاً إلى المادة 06 من القرار الوزاري المذكور أعلاه نستخلص حالات الإقصاء بموجب مقرر، ففي هذه الحالات لا تكون تلقائية كما هو الحال في الحالة الأولى، إنما تحتاج إلى مقرر تبين الوضعية والذي يصدر من الوزير المعني أو مسؤول الهيئة أو الوالي .

المتعاملون الاقتصاديون المسجلون في قائمة التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين اثنين للفسخ على الأقل، تحت مسؤوليتهم يبلغ هذا المقرر للتعاملين الاقتصاديين المعنيين¹ .

ثانياً: حالات الإقصاء النهائي

تعتبر حالات الإقصاء النهائي من المنافسة، الإجراء الذي تلجأ إليه السلطة المفوضة على متعاملين اقتصاديين لا تتوفر فيهم الشروط المستلزمة توفرها في دفتر الشروط، ففي هذه الحالات لا يمكن للمتعاملين المشاركة في المنافسة .

1- الإقصاء النهائي التلقائي

هذا النوع من الإقصاء نصت عليه المادة 07 من القرار الوزاري الذي يحدد كفاءات الإقصاء من الصفقات العمومية على أن هذا النوع لا يحتاج إلى مقرر يثبت به باعتباره متوفر بمجرد ثبوته²:

- المتعاملون الاقتصاديون الذين هم في حالات إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط، ومحل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش والمخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

¹-المادة 06 من القرار الوزاري، يحدد كفاءات الإقصاء من الصفقات العمومية، السالف الذكر.

²-المادة 07 من القرار الوزاري، السالف الذكر.

(2)-الإقصاء بموجب مقرر

إن الأجنب الذين أخلو بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، فجزاء الذين أخلو بالتزاماتهم يقابله إبعادهم من المنافسة وذلك بموجب مقرر صادر من الجهة المختصة¹.

تكمن المكانة التنظيمية للإقصاء من المنافسة في عقود تفويض المرفق العام، باختيار مترشحين نزهاء للترشح للمنافسة، والذين هم في وضعية قانونية لغرض الحفاظ على المال العام .

المطلب الثاني

التراضي كشرط تنظيمي استثنائي لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العامة

احتل إجراء التراضي في إبرام العقود الإدارية مكانة خاصة في دول العالم الثالث بأخص تلك التي لا تنقيد إدارتها بضوابط إبرام معينة²، وبموجب هذه الطريقة يتم الاتفاق بين الإدارة والمتعهد معها بواسطة الاختيار المباشر³، ففي عقود تفويضات المرفق العام نص المشرع على التراضي انه إجراء استثناء لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، حيث تلجأ السلطة المفوضة إلى اختيار من ترغب التعاقد معه دون التقييد بإجراءات الصيغة الأصلية (الطلب على المنافسة).

إضافة إلى الصيغة العامة التي تتبعها السلطة المفوضة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، فالتراضي رتبته المشرع في صنف الاستثناء، وله وجود في بعض القطاعات المرفقية لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام (لغير أول)، أولى له المشرع مكانة تنظيمية (فرع ثاني)، وحددت الشروط التنظيمية لأنواع التراضي (فرع ثالث)، والقيود التنظيمية للجوء إلى التراضي (فرع رابع).

¹-أنظر المادة 84 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

²-محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية(دراسة مقارنة)، ط 5، مطبعة عين الشمس، القاهرة، 1996، ص، 30.

³-محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 103.

الفرع الأول

واقع التراضي في بعض القطاعات المرفقية

لقد أشار المشرع في بعض القوانين المتعلقة بالقطاعات المرفقية على إجراء التراضي أنه استثناء لإبرام عقود تفويضات المرفق العام، والاعتماد على عقد الامتياز لاعتباره من العقود أكثر شيوعاً قبل صدور المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر.

أولاً: في إطار المرسوم التنفيذي رقم 04/417

جاء هذا المرسوم تطبيقاً للمادة 51 من القانون 13/01 المتعلق بتوجيه النقل البري وتنظيمه ، ولقد نظم هذا المرسوم الشروط المتعلقة بامتياز إنشاء المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرق أو تسيرها في المادة 06: "أن الأصل اختيار صاحب الامتياز عن طريق المزايدة والاستثناء هو التراضي"¹، وهذا الاستثناء قيده المشرع في حالة واحدة وهي المزايدة الغير المثمرة، و المقصود بها في التنظيم الحالي هي عدم جدوى طلب المنافسة .

ثانياً: في إطار المرسوم التنفيذي رقم 04-274

يحدد هذا المرسوم شروط الاستغلال السياحي للسباحة و كفاءات ذلك، تبرز الخصوصية في منح الامتياز جاءت في المادة 4² ، حيث ميزت في منح الامتياز بين المزايدة المفتوحة وإعطاء الأولوية للمؤسسات الفندقية المصنفة، وكذلك يمكن منح الامتياز بالتراضي في حالة عدم جدوى المزايدة المفتوحة وهذا التراضي للمجالس الشعبية فقط .

يلاحظ أن المشرع اعتمد على إجراء التراضي في إبرام اتفاقية تفويضات المرفق العام، ومنح لها مكانة استثنائية في بعض قوانين القطاعات المرفقية .

¹ -مرسوم تنفيذي رقم 04-417 مؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسيرها ،ج.ر، عدد 82، صادر في 22 ديسمبر 2004.

² -مرسوم تنفيذي رقم 04-274 مؤرخ في 02 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي لشواطئ المفتوحة للسياح كفاءات ذلك، ج.ر، عدد35، صادر بتاريخ 5 سبتمبر 2004.

الفرع الثاني

تحديد الشروط التنظيمية لأنواع التراضي

حدد المشرع أشكال التراضي في المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، يكتسي التراضي طابع التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة¹، وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع خلال المرسوم 18-199 السالف الذكر في المادة 16 التي جاء فيها يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة²، أبرز أن هناك اختلاف بينهما من خلال التعاريف التي قدمها .

أولاً: التراضي بعد الاستشارة

يعد التراضي بعد الاستشارة القاعدة العامة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام عن طريق التراضي، وتتص المادة 17 من المرسوم رقم 18-199 السالف الذكر: " أن التراضي بعد الاستشارة هو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل"³، ويفهم من خلال هذه المادة أن التراضي بعد الاستشارة شكل تلجأ إليه السلطة المفوضة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام بإقامة منافسة بين عدة مترشحين مؤهلين لا يقل عددهم عن ثلاثة(03) ثم تقوم باختيار مترشح واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة.

ثانياً: التراضي البسيط

يعتبر شكل من أشكال إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام عن طريق التراضي، يعتبر، نصت عليه المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر: "أن التراضي البسيط إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لتسيير المرفق العام بعد التأكد من قدراته المالية و المهنية و التقنية"⁴، ففي

¹ -أنظر المادة 41 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

² -أنظر المادة 16 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 17 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

⁴ - أنظر المادة 18 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

هذا الشكل يستبعد فيه مبدأ المنافسة و تقوم السلطة المفوضة باختيار مباشرة مفوض له بعد التأكد من قدرته في إدارة المرفق العام .

الفرع الثالث

مكانة الشروط التنظيمية في إجراء التراضي

تكمن المكانة التنظيمية لإجراء التراضي أن المشرع منح للسلطة المفوضة حرية التعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين بصورة مباشرة دون إتباع إجراءات خاصة، وبالاتماد على هذا الإجراء يتم الإنفاق بين السلطة المفوضة والمتعامل الاقتصادي، بإتباع هذه الطريقة لا تنقيد السلطة المفوضة بإجراءات التعاقد الموجودة في الطلب على المنافسة، الأمر الذي يمنح للإدارة في هذه الطريقة مرونة كبيرة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام من خلال تمتعها بالصلاحيات التقديرية للاختيار المتعاقد معها .

جعل المشرع من الطلب على المنافسة الأصل والقاعدة العامة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، لأسباب موضوعية أقرت للسلطة المفوضة في حالات وظروف محددة لاختيار المتعامل الذي تراه مناسب لإدارة المرفق العام، وفي هذه الطريقة حررها المشرع من الشكليات والقواعد الإجرائية التي تقوم عليها في الطلب على المنافسة، هذا ما نصت عليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر والتي يمكن تطبيقها في عقود تفويض المرفق العام، أن التراضي إجراء تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة¹.

تظهر مكانة الشروط التنظيمية في صيغة التراضي من خلال الدعوة إلى التعاقد في إطاره، ففي أسلوب الطلب على المنافسة التي تستأثر باعتبارها قاعدة عامة لإبرام اتفاقية التفويض تجد نفسها أمام حتمية التقيد بإجراءات مخصصة لإبرام اتفاقية تفويض في وضعية مشروعة، فهي مقيدة بدعوة المتعاملين الاقتصاديين للتعاقد معها بطابع معقد غير مرن، حيث لا تبرز سلطة الهيئة المفوضة لاعتبرها خاضعة لعدة ضوابط ، بعكس أسلوب التراضي الذي يقوم بتحرير السلطة المفوضة من القواعد والإجراءات المعروفة في الطلب على المنافسة وتمكينها من إختبار المتعاقد معها دون التقيد بالشكليات والإجراءات المحددة، الأمر

¹-أنظر المادة 41 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

الذي يفتح لها سبيل اختيار من تراه قادرا ومؤهلا للقيام بتسيير المرفق العام، حيث يعفي في التراضي البسيط السلطة المفوضة من أي دعوة شكلية للمنافسة، أما الشكل الثاني في التراضي بعد الاستشارة يمنح للهيئة المفوضة سلطة التقديرية واسعة في اختيار الطريقة التي توجه بها الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين، وبتابع الإجراءات التي يقوم عليها أسلوب الطلب على المنافسة يلاحظ أنها إجراءات كثيرة ومعقدة يستغرق أعمالها وقت طويل مثلا المدة التي تستغرقها السلطة المفوضة بين الإعلان والمهلة المتاحة للمتعاملين الاقتصاديين لتقديم عروضهم هي 30 يوم، وغيرها من الأمثلة هذا ما دفع المشرع إلى إعفاء السلطة المفوضة من بعض الإجراءات فهي ليست مجبرة على إعلان رغبتها في التعاقد بصيغة التراضي البسيط لأن المتعامل الذي ستتعاقد معروف تحدده الحالات التي قررت لها الحق الجوء إلى التراضي، أما التراضي بعد الاستشارة فإنه يمر من إجراءات بسيطة غير معقدة¹.

الفرع الرابع

تقيد السلطة المفوضة بشروط تنظيمية عند اللجوء إلى التراضي

هناك حالات أو ظروف تمنح للإدارة الحرية أو الحق في التعاقد مع مترشح دون أن تكون مقيدة بشروط اختيار المفوض له ، فالسلطة المفوضة لها الحرية في اختيار الطرف الآخر التي ترى أنه يملك كافة الشروط المطلوبة والملائمة، ولقد حددها المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر القيود التنظيمية للتعاقد بأسلوب التراضي، وبين المرسوم التنفيذي السالف الذكر جملة من الحالات يتعين على السلطة المفوضة إتباعها، وأبرز المشرع الظروف التي ترخص للإدارة بالاستعانة بالتراضي، فهناك قيود خاصة بالتراضي البسيط (أولا)، وأخرى خاصة بالتراضي بعد الاستشارة (ثانيا) .

أولا: قيود السلطة المفوضة عند اللجوء إلى التراضي البسيط

يعد التراضي البسيط صيغة من صيغ إبرام عقود تفويضات المرفق العام، فهو قيام السلطة المفوضة بإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام بمجرد تطابق إرادتهما في إحدى الحالات المقررة حصرا في المرسوم التنفيذي

¹ - بن محمد محمد، صفقات التراضي في الجزائر، "صفقات التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة"، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد 13، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص، 175.

رقم 199/18 السالف الذكر، وذلك في المادة 20 فقد أخذ مجموعة من الشروط و اعتبرها قيودا التي لا تتوفر إلا نادرا فيمكن إيجاز هذه القيود أو الشروط في حالات الاحتكار و حالات الاستعجال¹.

1- حالة الاحتكار

يمكن اللجوء إلى التراضي البسيط عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل واحد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها السلطة المفوضة²، ويجب على هذه الأخيرة عدم تعمدتها بالاصطدام بهذه الحالة، ولقد أشارت الفقرة 03 من المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على حالات الوضعية الاحتكارية و اعتبرها الوضعية التي يمكن لمؤسسة ما الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعينة من شأنها أن تعرقل قيام منافسة فعلية، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممولياها³، فعندما تجد السلطة المفوضة نفسها أمام الوضعية الاحتكارية فإنها مجبرة بالتعاقد بصيغة التراضي البسيط .

كما نص على هذه الحالة المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر في نص المادة 20 وأكدت على أن الخدمات التي تكون في وضعية احتكارية لا تكون محل التفويض إلا على يد مترشح واحد .

2- حالات الإستعجالية

تعتبر الحالات الإستعجالية من القيود التي وضعها المشرع للسلطة المفوضة للجوء إلى التراضي البسيط وتظهر في المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18 السالف الذكر وتتمثل هذه الحالات كالتالي:
- عندما تكون اتفاقية التفويض المرفق العام، محل سارية المفعول موضوع إجراء الفسخ.

¹- أنظر المادة 20 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر .

²- أنظر المادة 41 من مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، 58، عدد 58، صادر في 07 أكتوبر 2010، (ملغى).

³- أمر رقم 03-03 صادر في 20 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43، مؤرخ في 19 جوان 2003، (معدل و متمم) بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر، عدد 36، صادر في 02/06/2008، وبالقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر، عدد 46، صادر في 18/08/2010.

-استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له .

-رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل.

يتعين على السلطة المفوضة في جميع الحالات اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية تسيير

المرفق العام المعني حفاظا على المصلحة العامة¹.

ثانيا: تقيد السلطة المفوضة بشروط تنظيمية عند اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة

في هذه الحالة قيّد المشرع السلطة المفوضة بشروط تنظيمية مختلفة عن القيود الخاصة بالتراضي

البسيط وتلجأ السلطة المفوضة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التالية:

1- 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 المنافسة²، وأولى المشرع أهمية للإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة وأبرز حالات إعلانها بصفة دقيقة سدا لكل التأويلات، التي تتخذها السلطة المفوضة قصد التغيير في مسار عملية الإبرام لإتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة واختيار المتعامل الذي ترغب التعاقد معه³، وعند تحقق هذه الحالات يمكن للسلطة المفوضة الانتقال من القاعدة العامة إلى القاعدة الاستثنائية وتعفى من إجراء المنافسة، وتبرز المكانة التنظيمية في هذه الحالات أن غرض المشرع هو التوسيع من دائرة المنافسة حيث منح الفرصة لكل المتعاملين المؤهلين .

2- حالة تفويض السلطة المفوضة لبعض المرافق العامة التي لا تستدعي اللجوء إلى الطلب على المنافسة، ويتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب مقرر مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية⁴، بعد تأكد السلطة المفوضة من قدراته التقنية والمهنية و المالية للمفوض له ويتم اختياره لإدارة المرفق العام.

¹-أنظر المادة 21 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 19 الفقرة 01 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

³-تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص، 133.

⁴-أنظر المادة 19 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

وفي الأخير يمكن الوصول إلى نتيجة، أن التراضي يعتبر إجراء استثنائي لإبرام عقود تفويض المرفق العام، وأحاطه المشرع بإجراءات مرنة للتعاقد، ولكن بمقابل قيده بمجموعة من الحالات للجوء إليه في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر نظرا لخطورته، بحيث يمكن أن يؤدي إلى نتائج سلبية ستؤثر على المال العام والمصلحة العامة، وكذا على المتعاملين الاقتصاديين الآخرين، بحيث يعتبر التراضي في مجال تفويض المرفق العام منبع للفساد، لذلك وجب على السلطة المفوضة تطبيق الشروط التنظيمية المتعلقة بالتراضي بكل حوافرها لتجنب الوقوع في ظاهرة الفساد .

المبحث الثاني

مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط وفي مجال إبرام اتفاقية تفويض المرفق

العام

تتميز عملية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام بإخضاع السلطة المفوضة لمجموعة من الخطوات التي تعتبر شروط تنظيمية منها إعداد دفتر الشروط باعتباره وثيقة أساسية يتضمن مجموعة من البنود التي تتصل بموضوع اتفاقية التفويض، والملفات المكونة له، ويتم وضع دفتر الشروط من قبل الهيئة المفوضة باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات، كما وضع المشرع شروط تنظيمية في دفتر الشروط تعتمد عليها الهيئة المفوضة من أجل اختيار المترشح المؤهل لإدارة المرفق العام.

وضع المشرع شروط تنظيمية متعلقة بإجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وألزم الهيئة المفوضة بإتباعها دون تمييز بين المترشحين بهدف إرساء معالم الشفافية، ذلك وفق المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر.

سوف نتطرق في هذا المبحث لعرض مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط (مطلب أول)، ومكانة الشروط التنظيمية في مرحلة إجراء إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط

يكتسي دفتر الشروط أهمية بالغة حيث يعد أساس التعاقد بين الهيئة المفوضة ومقدم العطاء، فيتحدد الإيجاب الذي يقدمه المتعاقد على أساس دفتر الشروط، فيتم إعداده من قبل السلطة المفوضة باستقلالية تامة

دون تدخل إرادة المفوض له في تحديد مواصفاته والشروط التي يتضمنها، وذلك بالإرادة المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة حتى تطبق على عقود تفويضات المرفق العام لمقتضيات المصلحة العامة¹.

فدتر الشروط بمثابة وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتصل بموضوع العقد، والملف المكون له، و يحدد الشروط الخاصة المتعلقة بالمرشح، والأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المفوض له، وكيفية التنقيط بالنسبة للعارضين التقني والمالي إلى جانب تحديد الخدمات، وجميع الشروط الخاصة بإبرام وتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، لذا يعتبر إعداد دفتر الشروط بدقة تحقيقاً لمبدأ شفافية الإجراءات².

وفي هذه المطلب سوف نتطرق إلى تعريف دفتر الشروط (فرع أول)، والمراحل التنظيمية لإعداد دفتر الشروط (فرع ثاني)، ومضمون دفتر الشروط (فرع ثالث)، وتقسيمات دفتر الشروط (فرع رابع).

الفرع الأول

تعريف دفتر الشروط

من خلال استقراءنا لمختلف النصوص القانونية والتنظيمية التي أشارت إلى دفتر الشروط سواء في مجال عقود تفويضات المرافق العمومية أو الصفقات العمومية، فإننا سنحاول إعطاء تعريف لدفتر الشروط، التعريف التشريعي (أولاً)، والتعريف الفقهي (ثانياً).

أولاً: التعريف الفقهي

يعتبر دفتر الشروط بمثابة صك تعده الهيئة المفوضة التي لها صلاحية التوقيع على العمل، الذي يتمثل في تقنية التفويض، ويتضمن بصفة دقيقة كل ما يتعلق بالأشغال والشروط الفنية والمالية والإدارية

¹- إغيل عامر ياسمين، العيافوي ليندة، إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص، 16-17.

²- بن شعلال محفوظ، "إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات لشفافية أو حواجز تقيدية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 09، المركز الجامعي لتمنراست، 2015، ص، 66.

والاستثمارية اللازمة من أجل تحقيق مشروع التفويض على أحسن وجه، ويحدد كذلك حقوق وواجبات أطراف العلاقة التعاقدية، وهو بذلك جزء مهم في عقود تفويضات المرفق العام¹.

يقصد بدفتر الشروط مجموعة من الوثائق التي تحررها السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة، تبين فيه جميع التزامات أطراف العقد، سواء في ما يتعلق بالتزامات المالية أو الفنية أو التقنية، يشكل أساس التعاقد بين الطرفين².

وعرف الدكتور عمار بوضياف دفتر الشروط بأنه وثيقة رسمية تضعها الهيئة المفوضة بإرادتها المنفردة وتحدد جميع الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة ومختلف جوانبها، الشروط المشاركة فيها، وكيفية اختيار المتعاقد معها كما سبق الإشارة لها، والسلطة المفوضة عندما تتولى إعداد دفتر الشروط تستعين بكل خبرتها الداخلية المؤهلة، و تعتمد على إطاراتها من أجل الوصول إلى إعداد دفتر الشروط الذي يحقق جميع الأهداف المرجوة منها الذي يتمثل أساسا في تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ على المال العام، وضمان استمرارية المرفق العام من المفوض له³.

يعرف الدكتور محمد بعلي الصغير دفتر الشروط بأنه عبارة عن وثيقة تضعها السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة و يتضمن مجموعة من الأحكام والقواعد، وهذا ما يدل بأن السلطة المفوضة تتمتع بامتيازات السلطة العامة في إعداد دفتر الشروط⁴.

ثانيا: التعريف التشريعي

يمكن الوصول إلى وضع التعريف التشريعي لدفتر الشروط من خلال استقراء بعض القوانين والتعليمات التي أشارت إلى دفتر الشروط .

¹-وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص، 107.

²-محمد رمضان، " القيود الواردة على إبرام العقود الإدارية"، مجلة القانونية و الإدارية، العدد الثاني، 2007، ص، 21.

³-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط.3، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص، 142.

⁴- بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص، 48.

لقد أشارت المادة 08 من القرار الوزاري المؤرخ في 01 سبتمبر 1991 يتضمن منح امتياز تسيير منشآت الري الأساسية التابعة لديوان المساحات المسقية في متيجة واستغلالها وصيانتها إلى دفتر الشروط، ونصت على مايلي:

- دفتر الشروط هو الذي يحدد حقوق صاحب الامتياز وواجباته .
- يعد دفتر الشروط النظام الذي يضبط العلاقة بين صاحب الامتياز والمستعملين.
- يعد الاتفاقية النموذجية لتوريد الماء التي تربط صاحب الامتياز والمستعملين.
- و في الأخير اعتبار دفتر الشروط جزء لا يتجزء من عقد الامتياز¹ .

كما أن المادة 22 أشارت إلى دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي النموذجي رقم 289-92 المؤرخ 06 جويلية 1992 يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في الساحة الاستصلاحية وكيفيات اكتسابها، حيث تنص: " يعلن المشتري أنه سبق الإطلاع على هذا الدفتر المتضمن الشروط يتخذها مرجعا له"².

هناك أيضا تعليمة من وزير الداخلية الصادرة 1994 تحت عنوان 1-1 المتعلقة بطبيعة عقد الامتياز حيث تنص على مايلي: " إن دفتر الشروط يشكل المنبع الأساسي وهو يتضمن شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية ، ويخضع للتصديق المسبق دائما، وتقوم بإعداده الجهة الإدارية مانحة الامتياز قبل إجراء العملية، ويستوجب على الملتزم احترام الشروط الواردة في هذه الوثيقة"³ .

أما المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر، فقد أشار في المادة 13 إلى دفتر الشروط بأنه يتضمن البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام و تنفيذها .

¹- القرار الوزاري مؤرخ في 01 سبتمبر، يتضمن منح امتياز تسيير منشآت الري الأساسية التابعة لديوان المساحات المسقية في متيجة واستغلالها و صيانتها، ج.ر، عدد 16، صادر في 01 مارس 1992.

²- مرسوم تنفيذي رقم 289-92، مؤرخ في 06 جويلية سنة 1992، يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفيات اكتسابها، ج.ر، عدد 55، صادر في 19 جويلية 1992.

³- تعليمة وزارية 03.842/94، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية، السالفة الذكر.

الفرع الثاني

المراحل التنظيمية لإعداد دفتر الشروط

إن إعداد دفتر الشروط يجسد مبادئ الحكم الراشد، بما أنه يمثل الإطار الرسمي المنظم لتفويضات المرفق العام، كونه يشمل بصفة عمومية كل الشروط المتعلقة بالعقد وتتولى السلطة المفوضة تحديد حاجاتها مسبقا قبل الشروع في إجراءات الإبرام، ولا يجب أن يحتوي دفتر الشروط مباشرة أو ضمنا على الملاحظات أو إشارات نلتبس من خلالها التمييز بين المتعهدين¹، فعملية إعداد دفتر الشروط يتضمن ثلاثة عمليات على الأقل وهي وضع المواصفات المطلوبة، ووضع الشروط العامة والخاصة لاتفاقية التفويض، وتحديد معايير الانتقاء.

أولا: وضع المواصفات المطلوبة

تعتبر أول خطوة في إعداد دفتر الشروط وتختلف باختلاف نوع اتفاقية التفويض، فيجب تقديم المواصفات بشأن ذلك العقد المراد تفويضه، وعليه يتوجب على السلطة المفوضة تقديم المواصفات الفنية المطلوبة بصورة دقيقة ومفصلة وتدرجها في دفتر الشروط، والتي تعتبر بعد ذلك أساسا في تقديم العروض المقدمة من طرف المتنافسين الذين يتعين عليهم احترام المواصفات المعلن عنها مسبقا تحت طائلة الإقصاء .

ثانيا: وضع الشروط العامة والخاصة لاتفاقية التفويض

تقوم الهيئة المفوضة في المرحلة الثانية من إعداد دفتر الشروط بوضع الشروط العامة والخاصة لاتفاقية التفويض المراد إبرامها، وهذه العملية تقتضي القيام بمجموعة من الأعمال الإدارية والفنية والتقنية اللازمة لإعداد دفتر الشروط والتي تتمثل في ما يلي:

إعداد الوثائق والنماذج الإدارية التي يتعين على المفوض له ملأها والتوقيع عليها ويتعلق الأمر هنا بنماذج 03، ووثائق إدارية هي رسالة العرض والتصريح بالاككتاب والتصريح بالنزاهة حيث يتعين على السلطة

¹ -طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2013، ص، 21.

المفوضة عند مباشرة عملية إعداد دفتر الشروط تحضير نماذج الوثائق الثلاثة طبقا لما جاء به القرار الوزاري المتعلق بها¹.

إنّ إعداد دفتر الشروط من الشروط التنظيمية المخولة للسلطة المفوضة، لأنها هي الأجرى في تحديد مقتضيات المرفق العام و كفايات تسييره وتنظيمه في تقنية تفويض المرفق العام، لتحقيق الهدف الجوهري المتمثل في المصلحة العامة والحفاظ على المال العام .

الفرع الثالث

مضمون دفتر الشروط

كما سبق الإشارة أن المشرع حدد مضمون دفتر الشروط في المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر، حيث أنه يتضمن البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كفايات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها².

أولاً: البنود التنظيمية

وفقا للتعليمية رقم 842/94.03 المتعلقة بعقود تفويضات المرافق العامة المحلية تعتبر البنود التنظيمية من الشروط التي يحق للسلطة المفوضة تعديلها في كل وقت دعت إليه الضرورة لتنظيم المرفق العام، وتمتد آثارها إلى المرتفقين كالشروط الخاصة بتنظيم الأشغال وسيرها، وتحديد الآتاوات التي يجوز تحصيلها وبيان كيفية تقديم الخدمة للمستخدمين وشروط الكفيلة بسلامتهم وبيرو وضعها بأن الإدارة مانحة التفويض تبقى دائما مسؤولة عن تنظيم المرفق العام مهما كانت طريقة تسييره، وهو نفس النهج الذي تبناه الفقه الفرنسي بحيث

¹ - جلاحي سليم، دفاثر الشروط في مجال الصفقات العمومية (دراسة حالة دفتر الشروط لمديرية الأشغال العمومية لولاية المسيلة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015، ص 29.

² - أنظر المادة 13 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

اعترف بالطبيعة التنظيمية للأحكام المتعلقة بعمال ومستعملي المرفق العام، حيث يؤكد الفقيه "دي لوبادار" بأن دفتر الشروط يتضمن أحكاماً في مواجهة المستخدمين وهي بمثابة أحكام تدخل ضمن الشروط التنظيمية¹.

كما نصت المادة 09 من دفتر الشروط النموذجي لتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للمياه المصادق عليه سنة 2008 على أن البنود التنظيمية هي الأحكام المتعلقة بإنشاء و تنظيم وسير المرفق العام في حد ذاته، وباعتباره أحكاماً تطبق على المرفق العام حتى لو استغل المرفق العام بطريقة مباشرة من طرف السلطة العمومية²، إذ تتضمن الأحكام التنظيمية مجمل الشروط المتعلقة بسير وتنظيم المرفق العام وهي غير خاضعة للتعاقد والتفاوض، بل تخضع لإرادة الهيئة المفوضة وحدها وهناك إمكانية تعديلها بالإرادة المنفردة للسلطة المفوضة وذلك لأنها تبقى المسؤولة عن المرفق العام مسؤولية كاملة تجاه المنتفعين من المرفق مثلاً عقد الامتياز ليس تنازلاً بل هي فقط منهج لسير المرفق العام لتتماشى مع الإيديولوجية، ويمكن تلخيص مجمل هذه البنود التنظيمية في مايلي:

(1)- البنود التنظيمية التي تتعلق بإبرام العقد

باعتبار هذه البنود التنظيمية يضعها المشرع و تقف في وجه الهيئة المفوضة، من خلال تحديد كفاءات إبرام العقد، وتعتبر هذه البنود في طبيعة الحال ذات طبيعة تنظيمية، وهي بمثابة قيد لا يمكن للسلطة المفوضة الاستغناء عنها، وإن التعاقد في عقود تفويض المرفق العام مبنية على القرارات واللوائح المنظمة للمنافسة وكيفية إبرام الاتفاقية، فإن معظم ما يرد في دفتر الشروط هي أوامر وإجراءات داخلية التي يترتب على مخالفتها بطلان العقد³.

(2)- البنود التنظيمية التي تتعلق بتنفيذ العقد

هي بمثابة نماذج ملزمة للمفوض له بمجرد التوقيع على عقد تفويض المرفق العام، يشار إليه في دفتر الشروط، وبذلك دفتر الشروط يعتبر جزء لا يتجزأ من العقد، فتلك الشروط التنظيمية المتعلقة بتنفيذ العقد تكون

¹-فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص، 92.

²-أنظر المادة 09 من مرسوم تنفيذي رقم 08-54، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للامتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة العمومية المتعلقة به، ج.ر، عدد 19، صادر في 2008.

³-محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص، 377.

ملزمة على السلطة المفوضة و يتوجب عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها شروط لائحية ليس باستطاعة السلطة المفوضة تعديلها، باستثناء الحدود التي يسمح بها القانون في دفتر الشروط¹.

ثانياً: البنود التعاقدية

هي تلك البنود التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين لإبرام اتفاقية التفويض المرفق العام بناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وهي لا تهم المرتفقين مباشرة كتلك المتعلقة بمدة العقد والأعباء المالية المتبادلة بين الهيئة المفوضة المانحة التفويض والمفوض له².

ولقد أضاف الفقيه دوجي أن الأحكام التعاقدية هي تلك البنود التي لا نجدها عندما تسيّر السلطة العامة بنفسها المرفق العام، لها طابع تعاقدية قابل للتفاوض وتتغير من عقد إلى آخر، وهي غير ثابتة قابلة للتغيير في كل عقود تفويض المرفق العام، حيث أنها من صنع رضا الطرفين وتطبق عليها نظرية العقود، العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن إجراء أي تعديل إلا بموافقة طرفي عقد التفويض³.

من خلال الإشارة إلى البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يتضمنها دفتر الشروط يلاحظ أن المشرع أولى أهمية قصوى للبنود التنظيمية على غرار البنود التعاقدية، ومنح لها مكانة مميزة بحيث تتمتع الهيئة المفوضة بأحادية وضع الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة، وإضافة إلى ذلك فإنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة في تعديل الأحكام الواردة في دفتر الشروط واتفاقية تفويض المرفق العام، دون أن يكون للمفوض له حق الاحتجاج عن هذا التعديل، إعمالاً بقاعدة السعي إلى تحقيق المصلحة العامة.

¹ -توتي خوخة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2013، ص، 11.

² -فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص، 93.

³ -ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، مرجع سابق، ص، 180.

الفرع الرابع

تقسيمات التنظيمية لدفتر الشروط

من خلال استقراء المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، يلاحظ أن المشرع قسم دفتر الشروط إلى جزئين، يتعلق الجزء الأول بدفتر ملف الترشيح (أولاً)، الجزء الثاني بدفتر العروض (ثانياً).

أولاً: دفتر ملف الترشيح

باعتباره جزء من دفتر الشروط نصت عليه المادة 13 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح و كذا كفاءات تقديمها¹، ويحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يلي :

-القدرات المهنية: هي الشهادات المؤهلة المطلوبة من المترشح لتسيير المرفق العام.

-القدرات التقنية: إنها مختلف الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية، لكي يقوم المفوض له بإدارة المرفق العام على أحسن وجه، سواء تعلق الأمر بتكنولوجيا المستعملة في الميدان التي تعتبر بمثابة الوسائل المادية، والطاقت العامل الذي عبر عنها المشرع بالوسائل البشرية على تقديم هذه الخدمات من خلال الخبرة التي تعتبر عامل مهم وأساسي لتقديم الخدمات اللازمة.

-القدرات المالية: هي الوسائل المالية المبررة بالحصائل المالية والمحاسبة والمراجع المصرفية باعتبار تفويض المرفق العام استغلال كامل من المفوض له، وذلك وجب على الهيئة المفوضة ضمان استمرارية المرفق العام من المفوض له، هذا ما يتطلب أموال طائلة خاصة عند تفويض المرفق العام ضخمة، مثل مرفق المياه وبالتالي يجب توفر ضمانات مالية تمكن من أداء الخدمات العامة².

¹-أنظر المادة 12 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

²- بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 127.

ويجب توفر هذه القدرات في دفتر الشروط باعتبارها متكاملة في ما بينها، ولا يجب غياب واحدة على أخرى، و ذلك من أجل اختيار وانتقاء مترشح يضمن التسيير الحسن للمرفق العام.

لقد تطرقت المادة 30 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر إلى ملف الترشح، بحيث يتضمن

الوثائق التالية:

-التصريح بالنزاهة .

-القانون الأساسي لشركة.

-مستخلص السجل التجاري.

-رقم التعريف الجبائي في ما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري، أو المترشحين

الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر .

-كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين المذكورة في دفتر الشروط¹.

ثانيا: دفتر ملف العروض

وهو بمثابة الجزء الثاني من دفتر الشروط يتضمن كل من البنود الإدارية والتقنية، إضافة إلى

البنود المالية.

1-البنود الإدارية والتقنية

أشار المشرع إلى هذه البنود في نص المادة 13 الفقرة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف

الذكر بحيث تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفية تقديم العروض باختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة

على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بسير المرفق العام محل التفويض .

أ-البنود التقنية :طبقا للمادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات

المرفق العام التي يمكن تطبيقها على عقود تفويض المرفق العام والتي تتمثل في مايلي:

¹ - أنظر المادة 30 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

-التصريح بالاككتاب ممضي و مختوم.

-الوثيقة تسمح بتقييم العرض التقني، كالمذكرة التقنية التبريرية.

-تقديم كفالة التعهد.

دفتر الشروط يتضمن عبارة "قرئ و قبل" وذلك أن يسحب دفتر الشروط من المتعهد أو ممثليه و ذلك في إطار التجمع من الوكيل أو ممثليه إلا إذا تم الاتفاق على اتفاقية التجميع وأن تتضمن العروض ظرفا متعلقا بالخدمات التي تكون بديلة للعرض التقني¹.

2-البنود المالية: نصت عليها المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر بحيث اعتبرها بمثابة البنود التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة الهيئة المفوضة²، وذلك الذي يدفعه عند الاقتضاء ولمستعملي المرفق العام المعني بتفويض، وتتضمن البنود المالية حسب المادة 67 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر الوثائق التالية:

-رسالة التعهد

-جدول الأسعار بالوحدة .

-تفصيل كمي و تقديري .

-تحليل السعر الإجمالي و الجزافي.

كما يمكن للسلطة المفوضة المطالبة ببعض الوثائق المتمثلة :

-التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة

-التفصيل الوصفي التقديري.

¹-أنظر المادة 67 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

²-أنظر المادة 13 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

و ليس باستطاعة الهيئة المفوضة الطلب من المتعهدين أو المترشحين الوثائق المصادق عليها طبق الأصل إلا باستثناء عندما ينص على ذلك نص تشريعي أو مرسوم رئاسي وعندما يتحتم على السلطة المفوضة طلب وثائق أصلية فإنه يجب أن يقتصر ذلك على حائز التفويض¹.

كخلاصة يمكن إبراز مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط من خلال منح الهيئة المفوضة سلطة إعداد دفتر الشروط، وعند عرض دفتر الشروط يلاحظ أن البنود التنظيمية هي التي تغطي على البنود التعاقدية، باعتبار البنود التنظيمية هي التي تنظم سير المرفق العام، ولتقييم عروض وقدرات المترشحين حرص المشرع أن يتضمن دفتر الشروط ملف العرض وملف المترشحين، الذي يهدف إلى تنقيط العروض وتأهيل المترشحين، ثم اختيار المترشح الأمثل لإدارة المرفق العام.

المطلب الثاني

مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة إجراء اتفاقية تفويض المرفق العام

نظرا لأن تقنية تفويض المرفق العام تستهدف إدارة واستثمار مرفق عام يرتبط وجوده وهدفه دائما بالمصلحة العامة، فمن الطبيعي أن تمر هذه التقنية بمراحل وإجراءات تنظيمية تساهم جميعها مع ما يقتضيها من ضوابط لقيامها، ومن المعلوم أن السلطة المفوضة عند تفويضها لمرافقها العمومية مجبرة بإتباع إجراءات لا تتعارض مع تلك التي وضعها المشرع، وإن لجوء السلطة المفوضة إلى تفويض مرافقها العامة دون إتباع هذه الإجراءات التنظيمية يعرضها إلى مخاطر، وبالتالي إهدار الثقة المطلوبة أساسا².

نص المشرع على جميع الإجراءات الخاصة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، وهذا تجسيدا لفعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، وتجسيدا لهذا المبدأ ألزم المشرع

¹ - أنظر المادة 67 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

² - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص، 146.

السلطة المفوضة بقواعد إجرائية، فبعد أن تتم المراحل التحضيرية السابقة على عملية التعاقد تدخل السلطة المفوضة مرحلة هامة تتولى فيها إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام¹.

لذلك سندرس الشروط التنظيمية المتعلقة بمرحلة إيداع العروض (فرع أول)، وإبراز مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة تقييم العروض (فرع ثاني)، والتزام السلطة المفوضة بشروط تنظيمية في مرحلة المفاوضات (فرع ثالث)، ثم إظهار مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة منح عقد تفويض المرفق العام (فرع رابع)

الفرع الأول

الشروط التنظيمية في مرحلة إيداع العروض

بعد الإعلان عن المنافسة و تمكن المتنافسين من الوثائق الضرورية، و إطلاعهم على كل المعلومات المتعلقة بالمشروع المراد تفويضه، وشروط التعاقد يتقدم المتعهدون بعباءتهم لدى الجهة الإدارية المختصة وفقا للشروط المطلوبة، وتقديم العروض يكون في أجل محدد الذي يبدأ سريانه من يوم الإعلان الأول إلى غاية اليوم الذي حددته السلطة المفوضة كآخر أجل لتسليم العروض بناء على سلطتها التقديرية²، وإذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة قانونية فيمكن تمديدتها إلى يوم عمل موالي، كما يمكن للسلطة المفوضة تمديد مدة إيداع العروض مرة واحدة و ذلك بمبادرتها أو بطلب معلل من إحدى المترشحين وهذا ما نصت عليه المادة 03/28 من المرسوم رقم 18-199 السالف الذكر³.

بعد حصول المتنافسين على دفتر الشروط وإطلاعهم على كل الوثائق والمعلومات يتعين على كل المترشحين تقديم عروضهم وفقا للأجل المعلن عنه.

فإيداع العروض يتم في شكل ظرف مغلق ومبهم وتكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض وهذا وفقا ما نصت عليه المادة 27 الفقرة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف

¹ - تياب نادية، مرجع سابق، ص 93 .

² - إغيل عامر ياسمين، العيفاوي ليندة، مرجع سابق، ص، 19 .

³ - أنظر المادة 28 الفقرة 03 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر .

الذكر¹، كما أن الظرف لا يحتوي على اسم صاحبه سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، وهذا ما يجسد الشفافية المساواة بين المترشحين²، فيتضمن الظرف على العرض المالي و التقني و يوضعان في ظرفين منفصلين ومقفل ومختوم ولا يحتويان على الهوية وعنوان العارض إلا عبارة الملف التقني و الملف المالي وهذا ما نصت عليه المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، التي تطبق أيضا على عقود تفويض المرفق العام في مرحلة إيداع العروض³.

بمجرد إيداع العروض لا يحق للمترشحين سحب عروضهم أو تعديلها بحيث يبقى ملتزمين بها إلى غاية الفصل فيها من طرف لجنة مختصة على مستوى السلطة المفوضة⁴، كما أنّ السلطة المفوضة في حالة تمديد تاريخ إيداع العروض تخضع إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر⁵.

الفرع الثاني

إبراز مكانة الشروط التنظيمية للجنة انتقاء و اختيار العروض

تبرز مكانة الشروط التنظيمية للجنة اختيار و انتقاء العروض على أن المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر ألزم السلطة المفوضة بإنشاء لجنة اختيار وانتقاء العروض في إطار الرقابة الداخلية.

تنص المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر أن على السلطة المفوضة إنشاء لجنة في إطار الرقابة الداخلية، وتتحصر مهامها في مراحل حاسمة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وأسندت إليها مهام حساسة .

¹-انظر المادة 27 الفقرة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

²-تياب نادية، مرجع سابق، ص، 93 .

³- مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر.

⁴- إغيل عامر ياسمين، العيفاوي ليندة، مرجع سابق، ص، 19 .

⁵-انظر المادة 28 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

عند تحليل المادة 75 الفقرة 01 يلاحظ أن المشرع قد أظهر دور لجنة اختيار و انتقاء العروض و ذلك من خلال الرغبة في المحافظة على المال العام وتحقيق المصلحة العامة من خلال إلزام السلطة المفوضة بإنشاء داخل كل قطاع المراد تفويضه لجنة اختيار وانتقاء العروض ذلك لوجد فرق بين مختلف القطاعات المرفقية ولا يمكن تحقيق الهدف الأساسي الذي هو اختيار متعامل متعاقد الذي يقدم أحسن عرض وإكفي بالضمانات من خلال لجنة مركزية ليست داخل القطاع، ولإتمام الدراسة حول لجنة اختيار وانتقاء العروض وجب عرض التشكيلة (أولاً)، والمهام المسندة إليها (ثانياً).

أولاً: التشكيلة التنظيمية للجنة اختيار و انتقاء العروض

لقد نصت المادة 75 الفقرة 02: "تتكون اللجنة من ستة موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس يعينهم مسؤول السلطة المفوضة، ويحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر من السلطة المفوضة¹، من خلال هذه المادة يفهم أن مسؤول الهيئة المفوضة له السلطة في اختيار أعضاء لجنة بموجب مقرر، و لكن هذا الاختيار لا يكون عشوائياً، ويتم اختيارهم من بين الموظفين المعروفين بكفاءتهم في ميدان تحليل العروض لإبراز المقترحات التي ينبغي تقديمها للسلطة المفوضة .

لقد أحسن المشرع في منح سلطة اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض إلى مسؤول السلطة المفوضة، بسبب اختلاف طبيعة الإدارة العمومية واختلاف طبيعة عقود تفويض المرافق العمومية، فالتشكيلة التي تصلح في البلدية و الولاية لا تصلح في جامعة أو مركز التكوين المهني، لذلك وجب أن لا تتكون اللجنة من نفس الأعضاء في كل القطاعات المرفقية .

يرى الأستاذ عمار بوضياف أن المشرع قد اتبع الطريق الصحيح وأحسن صنعا عندما منح للسلطة المفوضة²، سلطة تقديرية في اختيار أعضاء لجنة اختيار و انتقاء العروض، وكما أشارت المادة 75 الفقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر أن اللجنة يمكن أن تستعين بكل شخص يمكنها بحكم كفاءته أن ينيها في أشغالها، أي يمكن لأي شخص تقديم مساعدة في مراحل انتقاء واختيار العروض.

¹ -أنظر المادة 75 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

² -عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 173.

تتحدد مدة اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض بثلاثة سنوات قابلة للتجديد وهذا ما نصت عليه المادة 76 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر¹، من خلال هذه المادة يلاحظ أن المشرع قصر من مدة اختيار أعضاء لجنة اختيار وانتقاء العروض .

ثانيا: الصلاحيات التنظيمية للجنة اختيار و انتقاء العروض

تمارس لجنة اختيار وانتقاء العروض في إطار الرقابة الداخلية لتفويضات المرفق العام، لدى السلطة المفوضة صلاحيات محددة في المادة 77 من المرسوم الرئاسي 18-199 التي تكلف بما يلي:

1- عند فتح العروض وفحص ملفات التعهد

تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين²، وتعد القائمة الاسمية للمترشحين، أو المترشحين الذين تم انتقائهم حسب الحالة وتاريخ وصول الأظرفة ثم تقوم في مرحلة ثانية بفحص ملفات التعهد في جلسة مغلقة بدراسة الضمانات المالية والمهنية للمترشحين وكذا كفاءاتهم و قدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط، وعلى إثر هذه المرحلة تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم عرضهم وتبليغها للسلطة المفوضة طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة وإقصاء ملفات التعهد الغير المطابقة لدفتر الشروط³.

2- عند فحص العروض و انتقائها

خلال هذه المرحلة تقوم اللجنة بدراسة العروض المقدمة للمترشحين المقبولين وتقييمها حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط، وبعدئذ تقوم بإعداد قائمة العروض وترتيبها ترتيبا تفضيلا حسب النقاط المتحصل عليها وإقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط، وتدعوا المترشحين الذين تم انتقائهم كتابيا عن

¹ -أنظر المادة 76 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

² -أنظر المادة 31 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

³ -أنظر المادة 77 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

طريق مسؤول السلطة المفوضة لاستكمال عرضهم عند الاقتضاء تحت طائلة رفض عرضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة .

في جميع المراحل تقوم اللجنة بتحرير محضر اجتماع يوقعه جميع الأعضاء الحاضرين، وتحرير محضر عدم الجدوى عند الاقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، وتسجل أشغالها في كل مرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة وهذا ما نصت عليه المادة 77 في جميع فقراتها.

الفرع الثالث

التزام السلطة المفوضة بشروط تنظيمية في مرحلة المفاوضات

بعد إتمام مرحلة إيداع العروض وتقييمها يمكن للسلطة المفوضة المتمثلة في لجنة اختيار وانتقاء العروض القيام بمفاوضات مع العارض أو المعارضين الذين قدموا أحسن العروض، وتكمن الغاية من المفاوضات الحصول على إيضاحات حول عروض المترشحين والوصول إلى العرض الذي يحقق التوازن المالي للمرفق العام وفقا لشروط توفر إدارة سليمة للمرفق العام¹، فالسلطة المفوضة تقوم بمفاوضات حرة بشأن هذه العروض وتختار في نهايتها المفوض له الذي يحقق التوازن المالي² .

نصت المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على مرحلة المفاوضات بحيث أسند مهامها للجنة اختيار وانتقاء العروض التي تقوم بدعوة المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا وذلك من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية³ .

حسب ما تنص عليه المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين في حدود ما يسمح به دفتر الشروط لاسيما على ما يأتي:

¹-ضريفي نادية، تسير المرفق العام و التحولات الجديدة، مرجع سابق، ص، 134 .

²-حاشي سمير، النظام القانوني لاتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص، 25.

³-أنظر المادة 35 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر .

-مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء.

-التعريفات والأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض.

يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسير المرفق وموضوع التفويض باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط¹، فعلى لجنة اختيار وانتقاء العروض تحرير محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة بإضافة إلى ذلك تقديم اقتراحات للسلطة المفوضة بخصوص المترشح الذي تم انتقائه وقدم أحسن عرض ثم نشر القرار النهائي لعقد التفويض².

ولكن من خلال الرجوع إلى القسم الثاني من المرسوم التنفيذي 18-199 يلاحظ أن المشرع نظم بصفة دقيقة الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة تفويض المرفق العام و الأتاوى التي يتقاضها المفوض له وكيفية تطبيقها، وما يجعل أطراف العقد لا يمكن التفاوض بشأنها لأنها حددها القانون سابقا، وسنحاول عرض الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة تفويض المرفق العام والأتاوى التي يتقاضها المفوض له أو السلطة المفوضة.

أولا: الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة التفويض

إن اتفاقية تفويض المرفق العام مقترنة بمدة زمنية معينة انطلاقا من عملية التفويض ليست أبدية و ليست تنازلا عن المرفق، فمدة التفويض تختلف من عقد إلى آخر و ذلك تبعا لاختلاف طبيعة الأعمال المطلوب إنجازها من المفوض له و كذلك حجم الاستثمارات³، فعلى لجنة اختيار و انتقاء العروض تطبيقها على المترشحين المقبولين المعنيين فيما يتعلق بمدة عقود التفويض بأشكاله الأربعة⁴.

¹-أنظر المادة 40 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

²-براهمي فضيلة، التسيير المفوض للمرافق العامة: معادلة متزايدة نحو المنافسة أم الإحتكار، أعمال الملتقى الوطني حول التسيير المفوض للمرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص، مرجع سابق، ص، 107.

³-إدير نوال، بشرى الويزة، النظام القانوني لعقد التفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص، 14.

⁴-أنظر المادة 40 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

1- الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة عقد الامتياز

من خلال المفاوضات التي تجريها لجنة اختيار و انتقاء العروض لا يمكن لها التفاوض حول مدة عقد التفويض و هذا دليل على أنه ليس أبدي و إحتفاضه بصفة المرفق العام، فهذا العقد ليس بمثابة تنازل عن المرفق العام¹.

تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، فيما يخص الغموض، أما مدة تفويض المرفق العام تعتبر كشرط تنظيمي وحددها القانون ب 30 سنة كحد أقصى، و يمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بإرادة السلطة المفوضة بأربعة سنوات²، مثلا عقد الامتياز الصناعي يتميز بمدة طويلة مقارنة مع باقي العقود الأخرى³.

تعتبر عقود الامتياز طويلة المدى نظرا للأعباء التي يتحملها صاحب الامتياز والتي تسمح له باسترجاع قيمة الاستثمارات، وكذلك كل الأعباء الناتجة عن تسيير واستغلال المرفق مع تحقيق الربح الذي يبحث عنه الخواص.

2- الشروط التنظيمية المتعلقة بمدة عقد الإيجار

باعتبار عقد الإيجار من عقود المعاوضة تكون مدته محددة ب 15 سنة وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر في الفقرة 04 من المادة 54 أن مدة اتفاقية التفويض للمرفق العام في شكل الإيجار تحدد بخمسة عشرة سنة ولا يمكن لأطراف العقد التفاوض في شأنها، ويمكن تمديد هذه المدة بطلب السلطة المفوضة إلى 03 سنوات مرة واحدة بموجب ملحق⁴.

¹-ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، مرجع سابق، ص، 170.

²-أنظر المادة 53 الفقرة 03 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر .

³-مسكر سهام، " المنازعات المترتبة على الاستثمار العقاري الصناعي بموجب عقد الامتياز"، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة البليدة 02، ص، 345.

⁴-أنظر المادة 54 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

وكذلك بالنسبة لعقد الوكالة المحفزة والتسيير لقد حدد المشرع المدة أيضا، وهي غير قابلة للتفاوض حيث فصل القانون فيها نهائيا و ذلك من خلال المواد 55 و 56 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر¹.

ثانيا: الشروط التنظيمية المتعلقة بالتعريفات والأتاوى

إلى جانب عدم إمكانية تفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض حول مدة التفويض، فلا يمكن لها أيضا التفاوض حول التعريفات والأتاوى والتي يدفعها مستعملو المرفق العام أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له في غالب الأحيان حسب شكل التفويض، بحيث هناك عقود يمكن للسلطة المفوضة التفاوض حول الأتاوى وعقود أخرى لا يمكن التفاوض فيها.

بينما في **عقد الإيجار** حدد المشرع الأتاوى التي يدفعها المستأجر للسلطة المفوضة، ويتصرف المفوض له لحسابه وتحمله لجميع المخاطر، كما يتقاضى المفوض له أتاوى في شكل رسوم يدفعها المنتفعون من خدمة المرفق العام وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 54 الفقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر²، وتكون هذه الأتاوى محددة مسبقا في دفتر الشروط و لا يمكن التفاوض في شأنها.

أما في **عقد التسيير** التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام تحدد من طرف السلطة المفوضة فقط مع إحتفاظها بالأرباح كاملة وفي حالة العجزتقوم بتعويض المفوض له بأجر جزافي³، وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر يلاحظ أن المشرع سار على نفس النهج و ذلك من خلال المادة 56 الفقرة 03 "أن السلطة المفوضة تدفع الأجر مباشرة للمفوض له في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية، ويتم تحديد التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام مسبقا في دفتر الشروط من طرف السلطة المفوضة التي تحدد الأرباح"⁴.

¹ -أنظر المادة 55 و65 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

² -انظر المادة 54 الفقرة 03 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

³ -أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم، "إشكالية تفويض المرفق العام كأحد الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العام"، واقع التطبيق في المغرب وآفاقه في الجزائر، مجلة معهد العلوم الاقتصادية(مجلة علوم الاقتصاد و التسيير و التجارة)، العدد01، جامعة الجزائر 03، الجزائر، 2018، ص، 74.

⁴ -أنظر المادة 56 الفقرة 03 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

عقد الامتياز: في عقود الامتياز تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض في شطر واحد لأن هذا الشكل من العقود يكلف نفقات استثمار ضخمة جيدا لصاحب الامتياز ويمكن للجنة اختيار و انتقاء العروض أن تقوم بمفاوضات حول إعانات التجهيز وإعانات التوازن التي تقدمها السلطة المفوضة كطريقة تكميلية فقط، ولكن الأساس هي تلك الآتاوات المقدمة من المرتفقين¹، حسب ما نصت عليه المادة 53 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر أن صاحب الامتياز يتقاضى أتاوى من مستعملي المرفق العام².

عقد الوكالة المحفزة: يتعلق المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام لا غيره، أما الآتاوات فهي مقدمة من أغلب المرتفقين مقابل خدمة³، كما تنصت على ذلك الفقرة 04 من المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أنه يدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصاة من الأرباح عند الاقتضاء⁴.

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له على التعريفات لحساب السلطة المفوضة⁵.

من خلال ما سبق يلاحظ أن المشرع من جانب نص صراحة في المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر حول إمكانية الهيئة المفوضة التفاوض في مدة تفويض المرفق العام والأتاوى التي يتقاضها المفوض له، ومن جانب آخر حدد المشرع مدة تفويض المرفق العام و جعلها قيود تلتزم بها الهيئة المفوضة باعتبارها شروط تنظيمية، أما في ما يخص الأتاوى فهناك بعض أشكال عقود التفويض أين ترك المشرع السلطة التقديرية بالتفاوض مثل الوكالة المحفزة حيث يشارك المفوض له في وضع التعريفات، أما أشكال عقود التفويض الأخرى فإن الأتاوى محددة بشروط تنظيمية كما سبق الإشارة لها.

¹-ضريفي نادية، تسير المرفق العام و التحولات الجديدة، مرجع سابق، ص، 154 .

²-أنظر المادة 53 الفقرة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر .

³ -BOITEAU CLAUDIE, Les conventions de délégation de service public , imprimerie nationale ,Paris 1999, P ,92 .

⁴-المادة 210 الفقرة من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،السالف الذكر .

⁵-أنظر المادة 55 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر .

الفرع الرابع

إظهار مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة منح التفويض

بعد عملية فتح الأظرفة وعملية تقييم العروض التي تقوم بها لجنة اختيار وانتقاء العروض، وهذا تكريسا لشفافية الإجراءات من أجل منح التفويض وهذا ما نصت عليه المادة 42 و 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام .

إن مرحلة منح التفويض باعتبارها مرحلة حاسمة من خلال اختيار المفوض له بالنظر لتوفره على مجموعة من الشروط فتفضله الإدارة عن بقية العروض وهذه الخطوة ليست الأخيرة في التعاقد قانونيا بل تليها مراحل أخرى و بذلك فالمنح المؤقت والمنح النهائي شروط تنظيمية تضعها السلطة المفوضة بإرادتها المنفردة¹.

أولاً: مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة المنح المؤقت للتفويض

يتخذ قرار المنح المؤقت للتفويض من طرف مسؤول السلطة المفوضة، وتناول المشرع هذه المرحلة في نص المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر²، فإجراء المنح المؤقت لعقد التفويض المرفق العام يقوم على إجراءات من أجل إضفاء نوع من الشفافية خلال الإعلان عن الفائز لمدة مؤقتة، فمن بين الشروط التنظيمية التي تقيد السلطة المفوضة لمنح التفويض المؤقت هو الإعلان في الجرائد التي نشر فيها إعلان الطلب على المنافسة بالإضافة إلى تحديد كل من السعر وكل الشروط التي جعلت السلطة المفوضة تختار ذلك المترشح بصفة مؤقتة لحصوله على أعلى تنقيط بخصوص العرض التقني والمالي، ومعايير اختيار المفوض له المذكورة في دفتر الشروط .

¹ - أوسالم ياسين، إبالدين فارس، مراحل إبرام الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص، 58.

² - أنظر المادة 41 الفقرة 1 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر .

أما في حالة التراضي بعد الاستشارة فقرار المنح المؤقت لتفويض المرفق العام يتم نشره و إشهاره بكل الوسائل المتاحة حسب نطاق نشاط المرفق العام¹، وللمنح المؤقت أشكال وهي كالتالي :

1- قرار المنح المؤقت لعقد التفويض

بعد إتمام لجنة اختيار وانتقاء العروض مهامها المتمثل في فتح الأظرفة وتقييم العروض ، يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت بحيث يتم نشره وهذا ما أشار إليه نص المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر فقرار المنح المؤقت يتخذ من طرف مسؤول السلطة المفوضة و يتم إشهار هذا القرار وفق نفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة 25 من هذا المرسوم التي سبق ذكرها²، كما أشارت المادة 82 كذلك من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي يمكن تطبيقها على المنح المؤقت لعقود التفويض المرافق العامة على أن يدرج الإعلان منح المؤقت في الجرائد ابتداء من تاريخ نشر الإعلان المنح المؤقت للتفويض³ .

2- قرار إلغاء المنح المؤقت لعقد التفويض

يمكن للسلطة المفوضة إلغاء القرار الذي اتخذته بشأن المنح المؤقت لعقد التفويض إذا رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت لتفويض رفض استلام الإشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، يمكن للسلطة المفوضة بعد إلغاء المنح المؤقت للتفويض، أن تلجأ الى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات و تقييم العروض الذي أعادته لجنة اختيار و انتقاء العروض⁴، و هذا لغرض عدم الإطالة في تسيير المرفق العام، وتفاذي إعادة إجراءات الإبرام.

كما يمكن لأي مترشح أن يحتج على قرار إلغاء اجراء تفويض المرفق العام، أن يرفع طعن لدى لجنة تفويضات المرفق العام، في أجل لا يتعدى 10 أيام، ابتداء من تاريخ إشهار الإعلان⁵.

¹ -أنظر المادة 42 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

² -أنظر المادة 41 الفقرة 01 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

³ -أنظر المادة 82 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

⁴ - أنظر المادة 43 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

⁵ - أنظر المادة 43 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، السالف الذكر.

3-دراسة الطعون المتعلقة بالمنح المؤقت للتفويض

تقوم السلطة المفوضة بإنشاء لجنة تفويضات المرفق العام و من بين مهامها دراسة الطعون التي يمكن أن يقدمها أي مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي بعد الاستشارة، يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض، أن يرفع طعنا في أجل لا يتعدى 20 يوما، ابتداء من تاريخ اشهار قرار المنح المؤقت للتفويض.

تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في اجل لا يتعدى 20 يوم، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن¹.

يمكن للسلطة المفوضة تمديد أجل رفع الطعن وذلك إذا تزامن يوم 20 مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فيمدد الأجل المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي وبعد انقضاء أجل الطعون المذكورة في المادة 42 من المرسوم 18-199 السالف الذكر، تقوم السلطة المفوضة بإعداد اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، وتسليمه نسخة من تلك الاتفاقية .

ثانيا: مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة المنح النهائي

يعتبر إجراء المنح النهائي لعقد تفويض المرفق العام كآخر مرحلة من مراحل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، حيث تقوم به لجنة تفويضات المرفق العام، ويصبح عقد التفويض نهائي بمجرد المصادقة عليه، ويجب تبليغه في أجل شهر، كما يصدر قرار المنح النهائي أو قرار الاعتماد النهائي من اللجنة المختصة بعقود تفويضات المرفق العام²، ولا تكون عقود المرافق العامة صحيحة ونهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المفوضة.

من خلال استقرائنا للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر يتبين أن المشرع تطرق إلى المنح النهائي لعقد التفويض وذلك في نص المادة 44 فبعد انقضاء أجل الطعون والمحددة ب 20 يوم تعد السلطة المفوضة اتفاقية التفويض التي تبرم مع المترشح المقبول من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض، ويتم بعد ذلك تسليم نسخة من الاتفاقية للمترشح المقبول³.

¹-أنظر المادة 42 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

²-إغيل عامر ياسمين، العيفاوي ليندة، مرجع سابق، ص، 21.

³-أنظر المادة 44 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

ملخص الفصل الأول

بعد دراستنا لعقود تفويض المرفق العام و تبيان مكانة الشروط التنظيمية المنظمة لمرحلة إبرام اتفاقية تفويض سواء في الطلب على المنافسة باعتباره إجراء عام، بحيث وضع المشرع المراحل التنظيمية المنظمة لطلب على المنافسة و ألزمها بإعلانه في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، كما نظم إجراء التراضي وجعله صيغة استثنائية لإبرام عقود تفويض المرفق العام، وحدد أنواع التراضي، ثم كرس قيود اللجوء إليه، سواء في التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.

علاوة على ذلك فلقد أشرنا في المبحث الثاني إلى مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط الذي جعله المشرع عنصر جوهرى لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، بحيث تقوم السلطة المفوضة بإعداده وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، ويتضمن كل ما يتعلق بصفات المترشحين التي تسمح بتقييم قدراتهم المالية والمهنية و التقنية، كما أن تقنية تفويض المرفق العام تمر على مراحل وإجراءات تنظيمية ليس باستطاعة الهيئة المفوضة الاستغناء عنها المتمثلة في إيداع العروض لدى الهيئة المفوضة، وتقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بفتح و فحص ملفات التعهد لاختيار المترشحين المؤهلين، وإجراء المفاوضات معهم للوصول إلى المنح النهائي لعقد التفويض للمترشح الذي يضمن إدارة المرفق العام على أحسن وجه.

الفصل الثاني

مكانة الشروط التنظيمية في تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام

بعد إبرام عقود تفويضات المرفق العام من طرف الهيئة المفوضة وفقا للطرق المنصوص عليها في التشريع المعمول به ومراعاة للإجراءات والأشكال اللازمة، وعند دخول إتفاقية التفويض حيز التنفيذ والتطبيق تنتج آثار ونتائج قانونية المتمثلة فيما يتفق عنها من سلطات لصالح السلطة المفوضة، وبسبب الطبيعة التنظيمية للعقود التفويضية فإن الهيئة المفوضة تملك إمتيازات على المفوض له، باعتبارها أنها تسعى إلى تحقيق الصالح العام وتسيير المرافق العامة بانتظام، فمن بين هذه الامتيازات تمتعها بسلطة الرقابة و الإشراف، وكذلك توقيع الجزاءات على المفوض له وسلطة التعديل بإرادتها المنفردة، وهذه السلطات تتمتع بها الإدارة سواء نص عليها العقد أو لم ينص، وبما أن عقود تفويضات المرفق العام تعد من العقود الزمنية، حيث تنتهي سواء بانتهاء مدة التفويض أو كعقوبة للمفوض له كجزاء لمخالفته لأحكام تعاقدية، كما يمكن كذلك للهيئة المفوضة استرداد المرفق العام لغرض المصلحة العامة، والإدارة تتمتع بهذه الامتيازات وسعى المشرع إلى تعزيزها.

في دراستنا لمكانة الشروط التنظيمية في تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام نستعرض تعزيز مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ الإتفاقية (مبحث أول) ثم مكانة الشروط التنظيمية في إطار سلطة الإدارة في إنهاء إتفاقية تفويض المرفق العام (مبحث ثاني).

المبحث الأول

نحو تعزيز مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام

إن أبرز المظاهر التي تتميز بها عقود تفويضات المرفق العام عن غيرها من العقود و خاصة المدنية والتجارية، أن إتفاقية تفويض المرفق العام تخول للسلطة المفوضة جملة من السلطات المتمثلة في سلطة الإشراف والرقابة على المفوض له، وهذا ما يجعله ينفذ التزاماته اتجاه الهيئة المفوضة بكل عناية لغرض تحقيق المصلحة العامة، كما نجد سلطة التعديل الإفرادي لنصوص الاتفاقية الواردة في العقد دون الوقوف على إرادة المفوض له، فهذه السلطات تتمتع بها بقوة القانون والتي تدخل ضمن إمتيازات السلطة العامة.

باعتبار الإدارة سلطة عامة فإنها تملك سلطة توقيع الجزاءات بمجرد إخلال المفوض له بالتزامات المتعلقة بشروط تنفيذ إتفاقية التفويض، فالجزاءات متمثلة في الجزاءات المالية و الجزاءات الضاغطة، لذا فهذه السلطة تعد مظهر من مظاهر إمتيازات السلطة العامة، وهي بين أخطر السلطات التي تتمتع بها الهيئة المفوضة في مواجهة المفوض له بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء.

من خلال دراستنا لهذه الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ إتفاقية التفويض سننترق إلى مكانة الشروط التنظيمية في إطار سلطات الإدارة المفوضة (مطلب أول)، وجزاءات الإخلال بالتزامات المتعلقة بالشروط التنظيمية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مكانة الشروط التنظيمية في إطار سلطات الإدارة المفوضة

تتمتع الهيئة المفوضة بمجموعة من السلطات التي تقتضي التدخل في تسيير المرفق العام، فالتفويض لا يعني التخلي عن المرفق العام نظرا للطبيعة الإدارية للعقد، بحيث تحتفظ السلطة المفوضة بامتيازات السلطة العامة المتمثلة في سلطة الرقابة و الإشراف التي تطبقها على المفوض له، باعتبارها المسؤولة عن المرفق العام، كما تتمتع بسلطة التعديل الإفرادي دون تدخل المفوض له وذلك لمقتضيات التنظيمية للعقد إلى جانب سلطتها في توقيع الجزاءات وذلك تحقيقا للمصلحة العامة و ضمان لحسن تنفيذ إتفاقية التفويض¹.

تعتبر السلطات التي تمتلكها الإدارة المفوضة بمثابة الوسائل القانونية التي تستخدمها في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، والتي من شأنها أن تجعل العقد محققا للغرض أو الهدف الذي تم رسمه خلال إبرام إتفاقية التفويض²، وفيما يخص المشرع فلقد نص في المادة 82 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام³، حيث تطرقت هذه المادة إلى إبراز مكانة سلطة الهيئة المفوضة في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، وإبراز الشروط التنظيمية التي تتمتع بها.

من أهم السلطات التي خولت للهيئة المفوضة أثناء تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، تظهر سلطة الرقابة والإشراف أو التوجيه (فرع أول)، وسلطة الإدارة في تعديل نصوص الاتفاقية الواردة في العقد دون الوقوف على إرادة المفوض له (فرع ثاني).

¹- فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص، 242 - 243.

²- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 125.

³-أنظر المادة 82 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

الفرع الأول

سلطة الرقابة و الإشراف

تشرف السلطة المفوضة على مراقبة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام لغرض التحقق والتأكد من أن ذلك التنفيذ يتم وفقا للشروط المحددة في الاتفاقية، فلا يترتب على إبرام الاتفاقية ترك المفوض له تنفيذ العقد بأي طريقة أو وسيلة كانت، وإنما للهيئة المفوضة إمتيازات وسلطات من بينها سلطة الرقابة و الإشراف¹، لضمان حسن التنفيذ وسير المرفق العام وهي مقرر لها بقوة القانون .

أولا : سلطة الرقابة

تعتبر سلطة الرقابة ثابتة لا جدال فيها، فالسلطة المفوضة عند تنازلها عن إدارة المرفق العام لصالح المفوض له، لا يعني إعفائها عن مسؤولياتها في انتظام واطراد عمل المرفق العام، فهي سلطة نابعة من المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام من أجل الحفاظ على تلك المبادئ خاصة مبدأ الشفافية في سيره²، فرقابة السلطة المفوضة على المفوض له قد تكون رقابة خارجية، للتأكد من تنفيذ عقد التفويض وفقا للشروط الفنية، وقد تكون رقابة داخلية إدارية تتمثل في توجيه و إرشاد المفوض له في تنفيذ التزاماته التعاقدية³، فسلطة الرقابة في عقود تفويضات المرفق العام واسعة جدا، ويرجع ذلك أن الهيئة المفوضة لا تتخلى على المرفق نهائيا بل تظل مسؤولة عنه، عن طريق ممارسة الرقابة حول مدى حسن تسيير المرفق العام، فتتخذ الرقابة صورتين، الصورة الأولى تتمثل في الرقابة على الأماكن يقوم بها أعوان مؤهلين معينين من طرف الهيئة المفوضة ويلزم عليهم بالتنقل إلى أماكن المرفق العام المفوض، و يتمتعون بحرية التوغل و على المفوض له وضع تحت تصرف الإدارة كافة الوثائق التي تطلبها سواء كانت هذه الوثائق مالية أو تقنية⁴ .

فمثال عن تطبيقات الرقابة على الأماكن يمكن الإشارة إلى قانون رقم 01-2002 المتعلق بالكهرباء و

¹ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 126.

² - بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 52.

³ - عوابدي عمار، القانون الإداري،(الجزء الثاني) النشاط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص، 218.

⁴ - مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة و حتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، مرجع سابق، ص، 60.

الغاز عبر القنوات بحيث تمارس الهيئة المفوضة سلطة الرقابة على الأماكن من طرف أعوان محلفين ومؤهلين قانوناً، كما تظهر هذه الصورة في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية بحيث تتمتع سلطة ضبط البريد و المواصلات بحرية إجراء التحقيقات لدى المفوض له بموجب ترخيص¹.

أما الصورة الثانية من الرقابة فتتمثل في الرقابة على الوثائق بحيث تقوم الهيئة المفوضة بإلزام المفوض له بتقديم معلومات والوثائق اللازمة من الجانب التقني أو المالي أو المحاسبي أو الإداري وكل هذا من أجل إحاطة السلطة المفوضة بكل ما يتعلق باستغلال المرفق العام²، وتظهر تطبيقات الرقابة على الوثائق في مجال الخدمات العمومية للمياه بحيث نصت المادة 109 من قانون المياه 05-12 المعدل والمتمم³، على صاحب الامتياز رفع تقرير سنوي للسلطة المفوضة والسماح لهذه الأخيرة في ممارسة سلطة الرقابة على شروط تنفيذ الخدمة العمومية للمياه و التطهير.

كما نصت المادة 57 من قانون رقم 03-2000 المعدل والمتمم المتعلق بالقواعد العامة للبريد و المواصلات السلكية واللاسلكية، على وجوب تقديم المفوض له لسلطة الضبط الوثائق و المعلومات التي تؤكد على إحترام المفوض له للالتزامات المفروضة عليه⁴.

أما في مجال الكهرباء و الغاز فنجد صاحب الإمتياز ملزم برفع تقارير في كل سنة⁵، وكذلك تطرق المشرع إلى سلطة الرقابة من خلال نص المادة 82 من المرسوم رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بحيث نصت على: "تتابع السلطة المفوضة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، وتقوم بهذه الصفة بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض، وكل الوثائق ذات الصلة، وكذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له"، فعلى المفوض له إعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة في ظل إحترام الكيفيات والآجال المنصوص

¹ - مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة و حتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، مرجع سابق، ص، 61.

² - المرجع نفسه، ص، 61.

³ - أنظر المادة 109 من قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج ر عدد 06 مؤرخ في 04 أوت 2005، معدل و متمم بقانون رقم 08-03 مؤرخ في 23 جانفي 2008، ج.ر، عدد 04 مؤرخ في 27 جانفي 2008، وبأمر رقم 09-02 مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر عدد 44 مؤرخ في 26 جويلية 2009.

⁴ - أنظر المادة 57 من قانون رقم 03-2000، يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، السالف الذكر.

⁵ - مخلوف باهية، مرجع سابق، ص، 62.

عليها في إتفاقية تفويض المرفق العام¹.

الرقابة التي تمارسها السلطة المفوضة قد تمس الجانب التقني من حيث إنشاء وإعداد المرفق العام ومراقبة مدى إحترام المفوض له لقواعد سير المرفق العام المحددة في دفتر الشروط و يفرض على المفوض له تقديم تقرير سنوي للسلطة المفوضة، كما تسعى الهيئة المفوضة إلى محاولة الإطلاع على كل الوثائق الضرورية وهذا ما يطلق عليها الرقابة المالية والتي تتضمن أمرين :

1- معرفة المعلومات المهمة عن تسيير المرفق العام وحالة نشاطه وتوجيه المعلومات للمفوض له ولفت الأنظار².

2- بما أن أموال المرفق العام أموال عامة فمجلس المحاسبة يحق له إجراء رقابة مالية على المرفق العام من خلال تقييم نوعية تسيير أموال المرفق العام.

أما النوع الثالث من الرقابة التي تمارسها الهيئة المفوضة هي الرقابة الإدارية من خلال التأكد من جودة الأداء والتحقيق من مدى تنفيذ عقد التفويض بكفاءة عالية، وتهدف إلى الحفاظ على الموارد المادية والبشرية في سبيل تحقيق الأهداف بأقل تكاليف في أسرع وقت و بأحسن جودة³.

رغم تمتع الهيئة المفوضة بسلطة الرقابة إلا أن هذه الأخيرة محدودة بمعايير لأنها ليست مطلقة، فيتمثل المعيار الأول الذي يلجأ إليه القضاء والمتمثل في عدم جواز أن تؤدي الرقابة إلى تغيير طبيعة عقد التفويض، ولتطبيق ذلك لا يجوز أن تؤدي الرقابة على الملتزم إلى تعديل الالتزام أو نوع من الاستغلال المباشر، أما المعيار الثاني يتمثل أن الرقابة تقتصر على النشاط الذي يشكل تسيير المرفق نفسه وليس على وسائل الاستغلال⁴.

باعتبارها شكلا من أشكال اللامركزية المصلحية، فالرقابة التي يخضع لها صاحب الإمتياز هي رقابة

¹ -أنظر المادة 82 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

² -أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص، 162.

³ -بن مرزوق عنتر، الرقابة الإدارية و دورها في مكافحة الفساد الإداري في الإدارة الجزائرية (دراسة ميدانية لولاية برج بوعرييج)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص إدارة الموارد البشرية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر، 2013، ص، 136.

⁴ -محمد محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص، 183-184.

وصائية، التي تتمتع بها الهيئة المفوضة لمواجهة صاحب الامتياز، وهو واجب عليها اتجاه المفوضين، ولا يمكن لصاحب الإمتياز الاحتجاج على السلطة المانحة للامتياز عند ممارستها للرقابة، لعدم النص عليها في العقد لأن الرقابة سلطة منحت للإدارة¹، كما يقول الأستاذ محمد سليمان الطماوي : فالأحكام التي تنص على الرقابة ما هي إلا أحكام تنظيمية²، لأن لها علاقة مباشرة بتسيير وتنظيم المرفق العام، فسلطة الرقابة تجبر فيها الهيئة المفوضة المفوض له على تنفيذ كافة الشروط الواردة في اتفاقية تفويض³.

ثانياً: ضوابط ممارسة الهيئة المفوضة لسلطة الرقابة عند تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام

إن سلطة الهيئة المفوضة في الإشراف والرقابة ليست مطلقة بل تقيدها بعض القيود لتوفير الضمانات للمتعاقد ضد تعسفها في استخدام هذه السلطة، وتمارس السلطة المفوضة لهذه السلطة من خلال ضابطين و هما:

1- الضابط العام

ويتمثل في كون الهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة ووجوب إتخاذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية وهذا ما سنفصله في ما يلي:

أ- أن يكون الهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة: عدم جواز استخدام السلطة المفوضة لهذه السلطة من أجل تحقيق أغراض لا تتصل بسير المرفق العام موضوع العقد، فالهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة وإلا اعتبرت منحرفة ومتعسفة في إستعمال سلطتها⁴.

ب- وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية: باعتبار سلطة الهيئة المفوضة في الرقابة ليست مطلقة، فإنها منحت لها هذه السلطة لتحقيق هدف هو ضمان سير الحسن للمرافق العمومية

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، مرجع سابق، ص، 131.

² - محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، (الكتاب الثاني)، نظرية المرفق العام و عمال الإدارة العامة، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، 1979، ص، 104.

³ - ضريفي نادية، مرجع سابق، ص، 132.

⁴ - كنعان نواف، القانون الإداري، (الكتاب الثاني)، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2003، ص، 355.

بانتظام واطراد وخروج الهيئة المفوضة عن تحقيق الهدف المرجو، بإعتبار قراراتها خارجة عن المشروعية¹.

2- الضابط الخاص

هو عدم ترتب على استعمال سلطة الرقابة تعديل شروط عقد التفويض وطبيعته، بإضافة إلى موضوع عقد التفويض²، وهو ما سنفصله في مايلي:

أ- أن لا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون العقد و طبيعته: عدم جواز للهيئة المفوضة الأخذ بسلطة الرقابة في حالة تنفيذ إتفاقية التفويض سار لتعديل العقد، وذلك في حالة إصدار الهيئة المفوضة لبعض الأوامر التي من شأنها تغيير طبيعة أو جوهر عقد التفويض أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة³.

فسلطة الإدارة بمعناها المزدوج الإشراف والتوجيه سواء كانت مستمدة من القوانين أو من اللوائح أو من نصوص العقد أو دفاتر الشروط، كانت قائمة بذاتها كسلطة أصلية خارجة عند نصوص العقد لها محدود معين لا بد أن تقف عنده⁴.

وعليه مهما كانت الامتيازات التي تخول للهيئة المفوضة من سلطة الرقابة على المفوض له، فإنها تتوقف عند حد المساس بجوهر العقد.

ب- خضوعها لرقابة القضائية: للمفوض له الحق في الحصول على التعويض التي هي المنبع القضائي الوحيد لجبر الضرر المترتب عن إجراء الرقابة وفي حالة نادرة يمكن الحصول من القضاء على إلغاء ذلك الإجراء بحيث يفحص القاضي الضوابط الشكلية للأوامر المصلحية من حيث الإمضاء والتاريخ والترقيم، ثم

¹-عباسة نور الدين، تنفيذ الصفقة العمومية بين إمتيازات المصلحة المتعاقدة و حقوق المتعامل المتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2008، ص، 15.

²-عباسة نور الدين، من المرجع نفسه، ص، 16.

³- عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية(الإبرام-التنفيذ -المنازعات في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات و المزادات)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص، 241-242.

⁴- محمد أنور حمادة، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزادات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص

الوقوف على ما جاء في موضوعها¹.

ثالثا: سلطة الإشراف

يكون للهيئة المفوضة سلطة الإشراف على المفوض له أثناء استغلال المرفق العام أي تجبره على تنفيذ كافة الشروط الواردة في وثيقة التفويض، وإذا أخل بها توقع عليه جزاءات²، إذن تعتبر سلطة الإشراف امتياز يمنح للإدارة ترافق فيه المفوض له وتوجهه من أجل حسن تنفيذ الاتفاقية وإتمامها على النحو المتفق عليه، وهذا في مختلف مراحل التنفيذ وعادة ما يقوم بهذا الإشراف والتوجيه أعوان إداريون تقنيون مختصون حسب موضوع عقد التفويض³.

الفرع الثاني

سلطة تعديل نصوص الاتفاقية الواردة في العقد دون الوقوف على إرادة المفوض له

تعد سلطة التعديل من بين السلطات التي تتمتع بها الهيئة المفوضة وتلجأ إليها في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، وتأمين لتحقيق المصلحة العامة التي يقوم عليها المرفق العام، فسلطة التعديل الإفرادي التي منحت للهيئة المفوضة مستمدة من مبدأ التحوّل و قابلية التكيّف، فسلطة التعديل تكون انفرادية دون تدخل المفوض له⁴، لذلك يبدو من الطبيعي عدم تساوي المركز القانوني للمتعاقد بين المفوض له والهيئة المفوضة، بحيث هذه الأخيرة تشتغل مركزا متميزا عن المفوض له، و ذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام، ففكرة المرفق العام ومسؤولية سلطة المفوضة عن تسييره وتنظيمه اقتضت على منح الهيئة المفوضة

¹ - عابسة نور الدين، مرجع سابق، ص، 36.

² - عابسة نور الدين، من المرجع نفسه، ص، 192.

³ - مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة د.الطاهر مولاي، سعيدة، 2015، ص، 16.

⁴ - ZOUAIMIA Rachid, La Délégation de service public au profit de personnes privées, Maison d'édition Belkeise, ALGER, 2012, P, 93.

سلطة التعديل الإفرادي، لاسيما أن من القواعد الضابطة لسير المرفق العامة قابلة للتعديل و التغيير¹.

إن عقد التفويض ينطوي على نوعين من الشروط، الشروط التعاقدية و شروط التنظيمية تتعلق بتسيير و تنظيم المرفق العام، بحيث وضعت هذه الأخيرة بالإرادة المنفردة للإدارة دون تدخل المفوض له، ويحق للهيئة المفوضة تعديلها²، أما فيما يخص الأحكام ذو طابع تعاقدية فهي تخضع لرضا الطرفين و شرط عدم تعديلها إلا بموافقة المفوض له³، لذلك لا يمكن لها أن تمس الشروط الجوهرية للعقد، فإن التعديل الكامل للعقد هو باطل، ويمكن أن يمنح المفوض له الحق في فسخ العقد على مسؤولية الإدارة، فممارسة سلطة التعديل تخضع لمجموعة من الضوابط التنظيمية الواجب على الهيئة المفوضة احترامها.

أولاً: الأساس القانوني لسلطة تعديل إتفاقية تفويض المرفق العام

اختلفت آراء الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة التعديل في عقد تفويض المرفق العام فمنهم من أسند سلطة التعديل أنها منبثقة من السلطة العامة، أما الجانب الأخر من الفقهاء أقرروا بأن الأساس القانوني لسلطة التعديل ناتج عن فكرة المرفق العام واحتياجاته.

1- الأساس القانوني لسلطة التعديل قائم على فكرة السلطة العامة

أكد أنصار هذا الإتجاه أن سلطة الهيئة المفوضة في تعديل بنود الإتفاقية بإرادتها المنفردة من مظاهر السلطة العامة في عقود تفويضات المرفق العام، وتتأثر السلطة المفوضة باستعمال أهم إمتيازات السلطة العامة وهو التنفيذ المباشر، ومن ثم فإن تعديل السلطة المفوضة لشروط الإتفاقية لا يكون بصفتها متعاقدة، بل بصفتها صاحبة السلطة و الامتيازات الممنوحة لها⁴.

فالسلطة المفوضة ملزمة بتحقيق المصلحة العامة باعتبارها صاحبة الامتيازات و السلطات العامة حتى و لو قامت و هي تباشر تحقيق المصلحة العامة بتفويض أحد الأطراف بأسلوب التعاقد الإداري، و المساهمة في

¹ سعيد عبد الرزاق باخبيبره، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2008، ص، 152.

² مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، مرجع سابق، ص، 65.

³ فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص، 244.

⁴ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 1993، ص، 334.

تحقيق الهدف المرجو منها وهي المصلحة العامة .

فسلطة الهيئة المفوضة في تعديل بنود الاتفاقية تقوم على أساس السلطة العامة وتتصرف في تعديل عقود تفويض المرفق العام، وهكذا فإنها في هذه الحالة لا تستعمل امتياز تعاقدية وإنما تستعمل حق مقررا لها باعتبارها سلطة عامة¹ .

النقد : لا يمكن الإعتماد على السلطة العامة كأساس لسلطة الهيئة المفوضة في تعديل بنود إتفاقية التفويض بالإرادة المنفردة لأنه يؤدي إلى جعل المفوض له مجرد فرد عادي لا أهمية لإرادته في التعاقد طالما أن الهيئة المفوضة تستعمل حق مقررا لها باعتبارها سلطة عامة، وبالتالي يؤدي إلى حرمان المفوض له من حقوقه الأساسية لاسيما طلب التعويض طالما أن السلطة تستخدم سلطتها العامة بما يتفق مع أحكام القانون² .

2- الأساس القانوني لسلطة التعديل قائم على فكرة المرفق العام

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن سلطة الهيئة المفوضة في تعديل بنود إتفاقية تفويض المرفق العام بإرادتها المنفردة تجد أساسها في فكرة المرفق العام ومقتضياته من حيث ضرورة تسييره بانتظام وقابليته للتطور و التغيير .

يرى الأستاذ "ديلوبادير" أن قيام السلطة المفوضة بتعديل بنود الاتفاقية لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العمومية والتغيرات التي تحدث في حاجات المرفق أو احتياجات الجمهور نفسه .

يؤكد الأستاذ محمد سليمان الطماوي على أن سلطة الإدارة في تعديل بنود الإتفاقية إنما تقوم على احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكن نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام³ .

ويقول أحيانا تفسيراً وتبريراً لهذه السلطة بالاستناد إلى نصوص الاتفاقية الصريحة والضمنية، أن التعاقد يتم على أساس نية الطرفين عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق و تحقيق المصلحة العامة.

¹ -علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص، 304.

² - أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، 2015، ص، 83.

³ -محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 464.

3- موقف السلطات من الأساس القانوني لسلطة التعديل في عقود تفويض المرفق العام

نص المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمرسوم الرئاسي 13-03 و ذلك في نص المواد 102 إلى 106 الواردة في القسم الخامس بعنوان الملحق¹.

كما تضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق في قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 نجد المديتين 135 و 136 تضمنت سلطة الهيئة المفوضة في التعديل الإفرادي لبنود الاتفاقية².

باستقرائنا لنصوص المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر يتضح لنا أن المشرع اعترف بسلطة التعديل الإفرادي التي منحت للهيئة المفوضة وذلك في نص المادة 58 بحيث نصت على إمكانية لجوء السلطة المفوضة إلى إبرام ملاحق³.

ثانيا: الضوابط التنظيمية لممارسة سلطة التعديل الإفرادي

1- حرص السلطة المفوضة بعدم المساس بالمزايا المالية للمفوض له: بما أنه أجرى العقد على ضوء إمكانياته المالية والتقنية والتزام بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، إذ لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الإمكانيات لأن ذلك سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، و بذلك نفور المتعاقدين من التعاقد مع السلطة المفوضة مما يعطل خدمات المرافق العامة⁴، كما يمكن للمفوض له المطالبة بفسخ العقد والاتفاق المبرم بينه و بين الهيئة المفوضة وإنهاء الرابطة التعاقدية⁵، هناك استثناء من هذه القاعدة يتمثل في جواز إجراء تعديل على أجور وأسعار السلع في عقود الالتزام للمرافق العامة، لذا لا يجوز للسلطة المفوضة أن تأخذ من سلطة التعديل كذريعة لتغيير موضوع الاتفاقية وإلا أصبح العقد جديد⁶، إذن فتعديل العقد أو الاتفاقية

1- أنظر المواد 102 إلى 106 من مرسوم رئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، السالف الذكر.

2- أنظر المادة 135 إلى 136 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

3- أنظر المادة 58 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

4- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 171.

5- أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص، 87.

6- عياد بوخالفة، مرجع سابق، ص، 92.

يجب أن لا يمس الكيان التنظيمي والمالي لشخص المفوض له، وفي هذه الحالة نكون أمام عقد تفويض جديد يستتبع إحترام قواعد العلنية و المنافسة¹.

2- يجب أن تكون ظروف قد استجبت بعدم إبرام العقد

تغير ظروف التعاقد في ما بعد مرحلة الإبرام وبعد توقيع اتفاقية التفويض، فعلى المفوض له الاعتراف للسلطة المفوضة بحق تعديل نصوص الاتفاقية وهذا تماشيا مع الظروف الجديدة وتلبية حاجيات المنتفعين من خدمات المرفق العام².

3- صدور قرار التعديل من السلطة المختصة

وفقا للإجراءات والشكليات المقررة بالقانون، فالسلطة المفوضة تصدر قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل اتفاقية التفويض، ويستهدف القرار تحقيق المصلحة العام والحفاظ على المال العام³.

4- اقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع الاتفاقية

أي اقتصار سلطة التعديل الانفرادي للهيئة المفوضة على الشروط والالتزامات المتصلة بموضوع اتفاقية التفويض، وخارج هذا النطاق فإن المفوض له لا تربطه أي علاقة تعاقدية بالهيئة المفوضة، ومن ثم لا يجوز لها أن تفرض عليه التزامات خارج نطاق موضوع الاتفاقية⁴.

ثالثا: آليات ممارسة سلطة التعديل شروط الاتفاقية

يمكن للسلطة المفوضة أن تعدل إتفاقية تفويض المرفق العام بإرادتها المنفردة خاصة باللجوء إلى نظام الملاحق، وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويضات المرفق العام، وإعتراف كذلك بتقنية الملاحق باعتبار هذا الأخير جزء من إتفاقية التفويض المرفق العام.

¹-وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص، 552.

²- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 174.

³- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 174.

⁴- أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص، 88.

لقد عرف المشرع الملحق وذلك بالعودة إلى المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، واعتبره وثيقة تعاقدية تابعة للسلطة المفوضة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة إنجاز استثمارات أو تقليلها أو تعديلها ببند أو عدة بنود تعاقدية في الإتفاقية¹. كما نصت المادة 58 من المرسوم رقم 18-199 السالف الذكر، بحيث نصت على إمكانية لجوء الهيئة المفوضة إلى إبرام ملحق²، ولقد تم وضع مجموعة من الشروط للممارسة الملحق (4) و المتمثلة في ما يلي :

- 1- بما أن إتفاقية التفويض تكون في شكل مكتوب فالملحق أيضا مكتوب كون الكتابة عنصر جوهري في إتفاقية التفويض وفي ممارسة السلطة المفوضة لسلطة التعديل³.
- 2- عدم المساس بجوهر الإتفاقية وتوازنها المالي ما عدا في الحالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، فالملحق لا يغير موضوع الإتفاقية.
- 3- اللجوء إلى الملحق يكون في حدود آجال التنفيذية للاتفاقية، وهذا ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 58 من الرسوم 18-199 السالف الذكر⁴.
- 4- خضوع الملحق كأصل لرقابة لجنة التفويضات المرفق العام المعينة وعليه فإن سلطة التعديل المجسدة في صورة الملاحق هي تطبيق لأحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام وهو مبدأ التكيف وقابلية للتغيير⁵، وفي نفس الوقت فتلك التعديلات لا تكون مبالغ فيها، وعدم تجاوزها للإجراءات المعقولة ويمكن تعديل موضوع العقد⁶.
- 5- التعديل لا ينبغي أن يكون جذري بل ذو طابع جزئي (عدم قلب اقتصاديات عقد التفويض)، وعدم المساس بالكيان المالي وزيادة أعباء جديدة للمفوض له وعدم قدرته على تحملها مما يؤدي إلى تعويض المفوض له

¹ -أنظر الفقرة 10 من المادة 136 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

² -أنظر المادة 58 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

³ -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص، 207.

⁴ -أنظر المادة 58 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

⁵ -بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص، 270.

⁶ -محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص، 101.

وإعادة التوازن للعقد¹.

رابعاً: تطبيقات سلطة التعديل للشروط التنظيمية بالإرادة المنفردة للهيئة المفوضة

تنص المادة 43 من دفتر الشروط المتعلق بإقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية الناقلة من نوع الجيل الثالث (3G) وتوفير خدمات للجمهور: "يمكن للسلطة الضبط تعديل دفتر الشروط وذلك بصفة استثنائية بناءً على رأي مبرر لتحقيق الصالح العام أو لأسباب الأمن الوطني أو النظام العام، فالتعديل يتم بمبادرة من طرف الوزير المكلف بتكنولوجيا الإعلام والاتصال أو بناءً على رأي معتل من طرف سلطة الضبط²، أما في مجال الكهرباء والغاز فسلطة التعديل التي تتمتع بها الهيئة المفوضة نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 41 من دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الإمتياز توزيع الكهرباء والغاز وواجباته، بحيث نصت: "بطلب من الوزير المكلف بالطاقة، يلزم صاحب الإمتياز مقابل أجر، أن يقوم بتنفيذ أي خدمة أو استغلال أو تمويل، لها علاقة بنشاطه دون أن يكون مباشرة من أهداف الإمتياز³.

لذا فالسلطة المفوضة تتمتع بسلطة التعديل للأحكام التنظيمية لعملية التفويض، لأن المرفق قابل للتطور⁴، نظراً للتحويلات الناتجة عن التطور التكنولوجي، وإن سلطة التعديل تخضع لرقابة القضاء الإداري إذا رفعت الدعوى أمامه من طرف المفوض له، لتأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، والتأكد من مدى علاقته باتفاقية تفويض الأصلية بالحدود، وعلى ضوء ذلك يقدر إذا هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه⁵.

¹ -وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص، 552.

² -أنظر المادة 43 من دفتر الشروط المتعلق بإقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية الناقلة من نوع الجيل الثالث وتوفير خدمات للجمهور مؤرخ في 10 نوفمبر 2013، ج. ر، عدد 60، مؤرخ في 2 ديسمبر 2013.

³ -أنظر المادة 41 من دفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الإمتياز توزيع الكهرباء و الغاز وواجباته، مؤرخ في 9 أبريل 2008، ج. ر. عدد، 20 مؤرخ في 13 أبريل 2008.

⁴ -مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة و حتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، مرجع سابق، ص، 66.

⁵ -بوضياف عمار، "سلطات الإدارة في الصفقات العمومية"، تم الحصول على المحاضرة من الموقع الإلكتروني:

<https://www.droit-dz.com/threads> تم الإطلاع عليه يوم 20/05/2019.

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالالتزامات التنظيمية المتعلقة بتفويض المرفق العام

تمتلك الإدارة سلطة توقيع جزاءات متعددة على المفوض له، الذي يخل بالتزاماته، سواء تمثل هذا الإخلال في الامتثال عن التنفيذ أو التأخير فيه، أو قيام بتنفيذ موضوع العقد بصورة غير مرضية، وهذه السلطة مقررة للهيئة المفوضة حتى لو لم يرد نص عليه صراحة في العقد¹، وهي من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة لمواجهة المفوض له².

إن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد تخضع لنظام قانوني خاص وهو نظام القانون العام في العقود الإدارية، فعلى السلطة المفوضة الحرص على سير المرفق العام بانتظام واطراد تستلزم ضرورة التشديد في التعامل مع المفوض له لإجباره على تنفيذ العقد بدقة³.

تبرز مكانة هذه الجزاءات الممنوحة لسلطة المفوضة إلى تأمين سير المرفق العام بضمان تنفيذ العقد المرتبط به بدقة بإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته المفروضة عليه في العقد على الوجه الأمثل⁴.

لقد حدد المشرع الشروط التنظيمية لأنواع الجزاءات (فرع أول)، التي تطبقها الهيئة المفوضة على المتعامل، وخصائص السلطة الممنوحة لها في توقيع الجزاءات (فرع ثاني)، كما قيّد المشرع السلطة المفوضة بضوابط تنظيمية لتوقيع الجزاءات على المفوض له (فرع ثالث).

¹ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص، 149.

² - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص، 90.

³ - عييلي حمزة، آثار العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة

2015، ص، 14.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفه، مرجع سابق، ص، 265.

الفرع الأول

تحديد الشروط التنظيمية لأنواع الجزاءات

تملك الهيئة المفوضة سلطة توقيع الجزاءات كما سبق الإشارة سابقا، وهذه الجزاءات لا تكتسي صفة واحدة إنما متعددة، ولقد استقر غالبية الفقهاء إلى تقسيم الجزاءات الإدارية التي تفرضها السلطة المفوضة على المفوض له إلى ثلاث أنواع رئيسية هي: الجزاءات المالية، الجزاءات الضاغطة، و الجزاءات الفاسخة التي تسمح بإنهاء العقد سنقوم بعرضها لاحقا في المبحث الثاني.

أولا : الجزاءات المالية

من أجل إلزام المفوض له على تنفيذ إتفاقية التفويض، يمكن للسلطة المفوضة توقيع جزاءات مالية¹، التي هي عبارة عن مبالغ مالية، يحق للإدارة أن تطالب بها المفوض له في حالة الإخلال بالتزاماته التعاقدية، سواء بسبب امتناعه عن تنفيذ التزاماته كاملة أو تنفيذها بصورة غير مرضية أو نتيجة التأخير في تنفيذها أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة²، والجزاءات المالية نوعين، فقد يكون الغرض منها تغطية ضرر حقيقي لحق السلطة المفوضة نتيجة خطأ المتعاقد، ومنها أيضا توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ من جانبه، لأن الجزاءات المالية في عقود تفويض المرفق العام لا تنحصر فقط بضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وإنما تشمل كذلك تأمين تسيير المرفق العام بانتظام³، وتعتبر هذه الجزاءات غرامات مالية تهديدية التي تفرضها الإدارة على صاحب الاستثمار عند الإخلال بتنفيذ بنود العقد و دفتر الشروط، غالبا ما يكون منصوص عليها في دفتر الشروط أو العقد⁴.

¹- بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص، 135.

²- مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص، 272.

³- محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 133.

⁴ - المادة 37 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 1998، المحدد لدفتر الشروط النموذجي لمنح إمتياز إستغلال الخدمات العمومية لتزويد بماء الشرب، ج. ر، عدد 21، مؤرخ في 18 نوفمبر 1998.

1- التعويضات المالية

تكمن المكانة التنظيمية لتعويضات المالية في عقود تفويض المرفق العام هي جبر الأضرار التي أحدثها إخلال المفوض له بالتزاماته، إن التعويض لا يستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص، ويكون التعويض وفقاً لجسامة الضرر الذي تتحمله السلطة المفوضة¹، ولا تتعسف في الحصول على التعويض من المتعاقد معها وأن تقدره بإنصاف وفقاً لمقدار الضرر الذي لحق بها.

أ- الغرامات التأخيرية

يمكن للإدارة أو السلطة المفوضة أن تلجأ إلى توقيع غرامات تأخيرية على المتعاقد معها، جزاء عن تأخير في تنفيذ الخدمات المنصوص عليها في إتفاقية التفويض في أجل محدد و ذلك لضمان حسن إدارة المرفق العام وإستمراريته في تلبية الحاجات العامة للجمهور²، وتعتبر الغرامات المالية بمثابة المبالغ الإجمالية من المال تقدرها الإدارة مقدماً تتضمنها نصوص العقد، وتفرض على المفوض له كجزاء إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ³.

الغرامات التأخيرية عبارة عن تعويض جزائي يكون من حق الإدارة توقيعه دون أن تلتزم بإثبات أن الضرر معين قد لحق بها، بل أن الضرر يكون دائماً مفترضا بمجرد تأخر المفوض له في تنفيذ التزاماته⁴.

تتميز الغرامات التأخيرية بمجموعة من الخصائص تجعلها تنفرد عن الجزاءات الأخرى، فهناك غرامة تأخيرية إتفاقية كونها تحدد مسبقاً في إتفاقية تفويض المرفق العام، وهذه الغرامة لا يمكن للسلطة المفوضة توقيعها إذا لم ينص عليها صراحة العقد أو الشروط التنظيمية الملحقة بالعقد كونها مكتملة لشروط العقد، وهناك غرامات تأخيرية تلقائية و في هذه الحالة تظهر مكانة السلطة المفوضة حيث توقعها مباشرة دون الحاجة إلى إثبات العلاقة السببية بين خطأ المفوض له والضرر الماس بالسلطة المفوضة⁵.

¹ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 135.

² - عيادي حمزة، مرجع سابق، ص، 20.

³ - محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 135.

⁴ - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص، 109.

⁵ - سعيد عبد الرزاق باخبيبره، مرجع سابق، ص، 220.

ب- مصادرة مبالغ التأمين

تعتبر مصادر التأمين كأحد الجزاءات المالية في عقود تفويض المرفق العام ذات الطابع المالي، التي توقعها السلطة المفوضة أثناء تنفيذ العقد على المفوض له الذي يقتصر في تنفيذ التزاماته، وبعد بمثابة شرط جزائيا وعلى الإدارة تطبيق في حالة إخلال المتعاقد معها أو تقتصر في أداء التزامه المنصوص عليه في إتفاقية تفويض المرفق العام¹.

تقوم السلطة المفوضة باستيلاء على مبلغ التأمين الذي يودعه المتعاقد مع الإدارة ليضمن لها ملائمتها لمواجهة المسؤولية في حالة عدم تنفيذه لشروط العقد تنفيذا صحيحا، وتعتبر بمثابة إحتياطات تتخذها الإدارة ضد أخطاء المفوض له أثناء تنفيذ عقود التفويض².

ثانيا :الجزاءات الضاغطة

تتمتع الهيئة المفوضة بسلطة توقيع هذا النوع من الجزاءات على المفوض له، وهذه الجزاءات لا تستهدف تحميل المفوض له أعباء مالية بسبب إخلاله بالتزامات تعاقدية، وإنما تسعى إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ³، ويعتبر هذا النوع من الجزاءات أشد صرامة على المتعاقد من الجزاءات المالية، باعتبارها مظهر من مظاهر سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للعقد، وتصنف الجزاءات الضاغطة إلى عدة أصناف حسب جسامة الخطر الذي يهدد المصلحة العامة و المال العام.

1- الحلول كجزاء بإخلال المفوض له بالتزاماته

يعتبر الحلول أحد مظاهر إمتيازات السلطة المفوضة حيث تلجأ إليه كجزاء الضغط لتأمين إستمرارية المرفق العام، و هي أحد أوجه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، و هي تنتسب في الغالب إلى فئة عقوبات الإدارة ذات الطابع المؤقت.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفه ، مرجع سابق، ص، 27.

² طيبش حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016، ص، 66.

³ -ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص، 100.

يعتبر الحلول في عقود تفويض المرفق جزءاً تلجأ إليه السلطة المفوضة نتيجة لإخلال أو امتناع المفوض عن القيام بالتزاماته، أو نتيجة توفقه دون خطأ عن متابعة تنفيذ التزاماته لأسباب خارجة عن تنفيذ العقد كالإفلاس، وبذلك فإن الغرض من الحلول هو تأمين متابعة المرفق العام وليس إجبار المفوض له على تنفيذ التزاماته الموجهة له¹.

نظراً لخطورة جزء الحلول الذي يطبق على المفوض له على وضع المشرع شروط لتنفيذه وهي كالتالي:

من بينها أنه لا يمكن إعماله إلا شخص عام أو خاص يكون فعلياً المفوض له القيام بموجب يحد مصدره في إتفاقية تفويض المرفق العام، ويجب أن يكون هناك إهمال من المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ويكون في غالب الأحيان تطبيق الهيئة المفوضة جزء الحلول نتيجة تهاون المتعاقد أو امتناعه الجزئي في تنفيذ وليس التنفيذ الكلي، ويشترط أنه لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا انعدم وجود البديل القانوني لاستمرار تنفيذ التفويض².

2- وضع المرفق تحت الحراسة

يبرز هذا الجزء عن طريق وضع السلطة المفوضة موضوع التفويض تحت الحراسة، وذلك في حالة التوقف الكلي والجزئي للمرفق العام، حتى لو لم يكون خطأ منسوبا إلى المفوض له³، وإن وضع السلطة المفوضة المرفق تحت الحراسة من طبيعة تنظيمية، وليست تعاقدية لأن محتوى هذه السلطة تدخل في تنظيم أي مرفق يدار عن طريق التفويض، ويسعى لضمان إدارة المرفق العام على نحو مرضي يحقق المصلحة العامة، ومن ثم لا يجوز الإتفاق على استبعاده⁴، ويشير من قبيل السلطات المخولة للجهة المفوضة بصفة انفرادية تطبيقها حتى في حالة غياب نص قانوني على ذلك⁵، أو لم ينص عليه دفتر الشروط⁶.

¹ - وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص، 554.

² - وليد حيدر جابر، من المرجع نفسه، ص، 556.

³ - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص، 98.

⁴ - سعيد عبد الرزاق باخبيبره، مرجع سابق، ص، 239.

⁵ - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص، 110.

⁶ - سعيد عبد الرزاق باخبيبره، مرجع سابق، ص، 239.

الفرع الثاني

خصائص الجزاءات الإدارية

تتفرد الجزاءات التي توقعها السلطة المفوضة على المفوض عند الإخلال بالتزاماته التعاقدية أو التقصير فيها، كما سبق أن أشرنا إليها سابقا بعدة خصائص تجعلها منفردة على تلك التي توقع في إطار العقود المدنية حيث تتمتع الهيئة المفوضة بسلطة توقيعها دون ضرورة حكم قضائي وبدون حاجة إلى نص يقرر لها ذلك، كما يمكن لها توقيع الجزاء في الوقت الذي تراه مناسباً مع عدم ضرورة تسبب المخالفة في إصابة الإدارة بضرر كشرط لتوقيع الجزاء، وتتمثل هذه الخصائص كالتالي :

أولاً: سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة

لقد منح المشرع في مجال عقود تفويضات المرفق العام للسلطة المفوضة حرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص¹، ولا تحتاج السلطة المفوضة لكي توقع جزاء على المتعامل معها لإخلاله بأي من التزاماته التعاقدية أن تلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بالجزاء، حيث تملك سلطة توقيع الجزاءات تلقائياً بمجرد ثبوت المخالفة لديها²، وتتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات بنفسها عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون اللجوء إلى القضاء مسبقاً³، وتكون قراراتها في هذا الشأن خاضعة لرقابة القضاء لكي تتأكد على عدم انحراف الهيئة المفوضة باستعمال سلطتها لأغراض أخرى غير المصلحة العامة⁴.

سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاء بنفسها على المفوض له، بشرط أن يتناسب هذا الجزاء و يتلاءم مع الخطأ المنسوب للمفوض له، و يتعين على الأقل أن يثبت في حقه مقارنة خطأً يتناسب جسامته مع ما وقعته السلطة المفوضة من جزاء، وإلا أعتبر تصرفها بتوقيع هذا الجزاء من قبيل الإنحراف وإساءة استعمال

¹ محمد بوناب، سلطات المصلحة التعاقدية في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر شعبة الحقوق، تخصص المنازعات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016، ص، 37 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفه، مرجع سابق، ص، 261.

³ - أكلي نعمة، مرجع سابق، ص، 111.

⁴ - محمد بوناب، مرجع سابق، ص، 37.

السلطة¹.**ثانيا : سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاء دون الحاجة لنص يقرره**

تعتبر النصوص العقدية قانون المتعاقدين من جهة، ومن جهة أخرى لا يجب أن يكون إحترامها يؤدي إلى هدم إستمرار المرفق العام و انتظامه، فيجب على السلطة المفوضة أن تقوم بمواجهة أي خطر يهدد المرفق العام الذي ينتج عن عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد لالتزاماته²، فإنه من واجب الهيئة المفوضة ضرورة توقيع على المتعاقد المقصر أي من الجزاءات السابقة الذكر، سواء كان منصوص عليها في العقد أم لم يكن منصوص عليها، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة³، وسلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاءات مستمدة من إمتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في مجال تفويض المرفق العام، بالتالي فإن إستعمال الإدارة لتلك السلطة لا يحتاج إلى نص يقررها⁴، فهي سلطة مستقلة عن نصوص العقد.

ثالثا : سلطة الهيئة المفوضة في إختيار موعد توقيع الجزاء

لقد خول المشرع لسلطة المفوضة في عقود تفويضات المرافق العامة، سلطة توقيع الجزاءات من جراء إخلال المفوض له بالتزاماته في أي مدة زمنية غير محددة، لذلك فإن السلطة المفوضة لها السلطة التقديرية في إختيار الوقت الذي تراه مناسب لتوقيع الجزاء وفقا ما تراه محققا لضمان سير المرفق العام⁵.

رابعا: سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاءات على المفوض له دون الحاجة الى اثبات الضرر

تملك الهيئة المفوضة سلطة توقيع الجزاءات على المفوض له بدون الحاجة لإثبات وقوع الضرر⁶، وهي ليست بحاجة إلى إثبات إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدية قد أصابها بضرر كمبرر لتوقيع الجزاء عليه، فذلك فإنه لا يشترط لتوقيع الجزاءات إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفه، مرجع سابق، ص، 262.

² - أزياب نبيل، مرجع سابق، ص، 100.

³ - سعيد عبد الرزاق باخبيبره، مرجع سابق، ص، 58 .

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفه، مرجع سابق، ص، 262.

⁵ - عبد العزيز عبد المنعم خليفه، من المرجع نفسه، ص، 263.

⁶ - محمد بوناب، مرجع سابق، ص، 247.

تحقق سبب إستحقاقه المنصوص عليه في إتفاقية تفويض المرفق العام¹، ويكمن الهدف من توقيع الجزاءات عند إخلال المفوض في تنفيذ بنود العقد ليس مجرد معاقبته على الخطأ الذي ارتكبه، وإنما هو الحرص على حسن سير المرفق العام بانتظام و تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ على المال العام².

الفرع الثالث

خضوع الهيئة المفوضة إلى قيود عند توقيع الجزاءات

لقد وضع المشرع مجموعة من القيود على السلطة المفوضة عند توقيع الجزاءات على المفوض له، للحفاظ على شرعية هذه الجزاءات، والسبب الذي جعل الإدارة تتخذها، هو ضمان عدم تجاوز الهيئة المفوضة في استعمال سلطتها، إذ تقوم بتقديم تبرير لسبب إتخاذها لهذه الجزاءات، لذلك سوف نعرض على هذا الضوء هذه القيود التي تلتزم بها السلطة المفوضة.

أولاً: إعدار المفوض له

لقد ألزم المشرع السلطة المفوضة بإعدار المفوض له قبل تطبيق الجزاء ، والإعدار هو تنبيه الذي توجهه الهيئة المفوضة للمتعاقد معها توضح من خلاله الخلل أو التقصير أو التأخير في إدارة المرفق العام، ويجب توجيه إنذار مسبق إليه يتم من خلاله إعلامه عن مخالفته، وهو يعد من الأصول الجوهرية المقيدة للهيئة المفوضة قبل تطبيق الجزاءات وبالتالي إذا أهملت هذا الشرط فإن الجزاء يكون مشوباً بعيب، لقد نصت المادة 62 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي 18-199 السالف الذكر أن الهيئة المفوضة ملزمة بتوجيه إعدارين للمفوض له، لتدارك النقائص المسجلة في الأجال المحددة.

إلتزام السلطة المفوضة بإعدار يكون في الغالب منصوص عليه في إتفاقية تفويض المرفق العام أو في دفتر الشروط ، وسكوت العقد عن ضرورة الإعدار أو عدم النص عليه في دفتر الشروط يلزم الهيئة

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفه، مرجع سابق، ص، 263.

² - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات الزين الحقوقية، مصر، 2010، ص، 166.

المفوضة بالإعذار، فهذا لا يعني عدم تقييد السلطة المفوضة به بل يبقى شرط مفروضا على الهيئة المفوضة¹.

وضع المشرع مجموعة من البيانات الواجب توفرها في الإعذار وفقا للمادة 03 من قرار وزير المالية

الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره وتتمثل في ما يلي²:

- تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها .

- تعيين المتعاقد المتعامل و عنوانه .

- التعيين الدقيق لإتفاقية التفويض و مراجعها .

- توضيح إذا كان أول أو ثاني إعذار عند الإقتضاء .

- الآجال الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار .

- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ .

و كذلك نصت المادة 04 من القرار نفسه، أن تقوم السلطة المفوضة بتبليغ الإعذار للمتعاقد بموجب موسى عليها مع اشعار بالاستلام.

ثانيا: خضوع الجزاءات المطبقة على المفوض له لرقابة القضاء

رغم تمتع الهيئة المفوضة بسلطات وامتيازات اتجاه المفوض له، إلا أنّ المشرع منح المفوض له ضمانات تحميه من تعسف السلطة المفوضة في استعمال امتيازها، حيث لا تمارس سلطتها في توقيع الجزاءات كما يترى لها، ودون قيد بل أنها تخضع في ذلك لرقابة القضاء وفي فرض الرقابة القضائية تعتبر ضمان للمتعاقد ضد تعسف الهيئة المفوضة، وضد أي خطأ أو تعدي على حقوق المتعاقد أو مخالفتها للقانون.

إن سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاءات هي سلطة تقديرية، حيث تقوم بها طبقا لما تراه يحقق

¹ - نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص، 247.

² - قرار وزير المالية، مؤرخ في 2015/03/28، يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار وآجال نشره، ج. ر، عدد 24، صادر في 2011/04/20 .

المصلحة العامة، وذلك تحت رقابة القضاء، وينبغي أن يكون القرار مشروعاً مستكملاً لأركانه الشكلية والموضوعية، و لا يكون معيباً بالعيوب التي تصيب القرار المتخذ من الهيئة المفوضة، خاصة عيب انحراف استعمال السلطة التي يعد ضابطاً هاماً لمباشرة الهيئة المفوضة لسلطتها التقديرية¹.

ثالثاً: عدم توقيع الهيئة المفوضة للجزاءات الجنائية

رغم تمتع الهيئة المفوضة بسلطة بتوقيع الجزاءات المدنية و الجنائية إذا خالف المفوض له شروط عقد و دفتر الشروط إلا أنها لا يجوز توقيع الجزاء الجنائي بنفسها ، وإلا اعتبر تصرفها مبنياً على إساءة استعمال السلطة، لأن فرض مثل هذه الجزاءات يخضع لنطاق التجريم و العقاب و تحريك الدعوى الجزائية استناداً لقانون الإجراءات الجزائية و ليس لسلطتها².

¹ - دراجي عبد القادر، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة الفكر، بانتة، 2014، العدد 96، ص 90.

² - أزرايب نبيل، المرجع السابق، ص 102.

المبحث الثاني

مكانة الشروط التنظيمية في إطار سلطة الإدارة في إنهاء اتفاقية تفويض

المرفق العام

تعد عقود تفويض المرفق العام بأنها عقود زمنية تنتهي بانتهاء المدة المحددة في العقد أو بنهاية مبسّرة، وذلك بإرادتها المنفردة للإدارة أو الهيئة المفوضة دون تدخل إرادة المفوض له¹، فالنهاية غير الطبيعية تكون قبل إتمام عملية تنفيذ الإتفاقية وانقضاء آجالها، فالهيئة المفوضة لها سلطات في إنهاء العلاقة التعاقدية المتمثلة في سلطة الفسخ بنوعيه نظرا لما تتمتع به من امتيازات ودون خطأ من المفوض له وذلك لمقتضيات المصلحة العامة (مطلب أول).

كما تتمتع الهيئة المفوضة بالسلطة استرداد المرفق العام دون خطأ المفوض له، بل رغبة تحسين تسيير المرفق العام، ولقد سعى المشرع لوضع الشروط التنظيمية من أجل ممارسة الهيئة المفوضة اجراء الاسترداد (مطلب ثاني).

¹ -ZOUAIMIA RACHID, OP. CIT, P , 98.

المطلب الأول

سلطة الفسخ تعزز الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام

قد ينقضي عقد تفويض المرفق العام بالنهاية الطبيعية و ذلك بتنفيذ المفوض له لالتزاماته أو لانقضاء مدته، لكن في المقابل قد تنتهي عملية التفويض بنهاية استثنائية غير طبيعية، قبل انقضاء المدة المحددة لاتفاقية التفويض بحيث وضع له نهاية قبل إتمام تنفيذه، وتتمثل النهاية الغير العادية في حالة الفسخ وما يترتب عنه، إنهاء الرابطة التعاقدية بين الهيئة المفوضة و المفوض له.

فسلطة الإدارة في إنهاء عقد التفويض بإجراء الفسخ ناتج عن الإرادة المنفردة لها (فرع أول)، عند ملاحظتها لتقصير المفوض له لالتزامات الموكله له، لمدة طويلة فتنتهي السلطة المفوضة حقه في تسيير المرفق العام¹، حيث تملك الهيئة المفوضة في مرحلة التنفيذ سلطة توقيع جزاء الفسخ دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي متى ثبت لديها ارتكاب المفوض له لمخالفات جسيمة لا تنفع معه أساليب الضغط ولا الإكراه (فرع ثاني).

الفرع الأول

الفسخ الإفرادي هو تعزيز للشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ الاتفاقية

تملك الهيئة المفوضة إمتيازات إنهاء العقد أو الاتفاقية بوضع حد نهائي للعقد، وتفك الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة لضرورة المصلحة العامة، بإضافة إلى ذلك إعمالاً لمبدأ تكيف الذي يسري على المرافق العامة، مع مراعاة حق المتعاقد معها في تعويض عند الإقتضاء²، ذلك بدون وقوع خطأ من جانب المفوض له.

فسلطة الفسخ بالإرادة المنفردة قد ينص عليها العقد أو في دفاتر الشروط العامة، بحيث يفسخ عقد

¹ - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، مرجع سابق، ص، 193.

² - بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص، 276.

التفويض دون اللجوء إلى القضاء، لأن سلطة الفسخ من مظاهر إمتيازات الهيئة المفوضة¹.

فإن اتفاقية التفويض عندما تنص على سلطة الإدارة في فسخ عقد التفويض، ينظم ذلك العقد شروط استعمال تلك السلطة ولا ينشئها، إذ تملك الهيئة المفوضة سلطة الفسخ بكل السبل، وليس في ذلك مجافاة للعدالة مادام التعويض حقا ثابتا للمفوض له إزاء هذه السلطة، فالمصلحة العامة تتطلب مثل هذا السلوك، و لذلك فقد صيغت الأحكام القانونية على هذا الأساس، فسلطة الفسخ الإفرادي في مرحلة تنفيذ الاتفاقية ثابتة سواء نص عليها العقد أو لم ينص².

نص المشرع على الفسخ الإفرادي في المادة 64 الفقرة 01 من المرسوم رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام السلف الذكر، بحيث نصت على أنه: "يمكن أن تلجأ السلطة المفوضة إلى فسخ إتفاقية تفويض المرفق العام، عند الإقتضاء من جانب واحد، قصد ضمان استمرارية المرفق العام و الحفاظ على الصالح العام، مع تحديد مبلغ التعويض لصالح المفوض له طبقا لبنود إتفاقية التفويض³".

كما اعترف القضاء الإداري بسلطة الفسخ الإفرادي للهيئة المفوضة لعقود تفويض المرفق العام بدون خطأ من جانب المتعاقد في كون الهيئة المفوضة دون غيرها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرافق العامة، وتقرر أن العقد أصبح غير ضروري ولم يعد يتفق مع حاجة المرفق العام الذي أبرم من أجله.

فالصورة الأولى للفسخ الإداري تتمثل في سلطة الهيئة المفوضة في فسخ الاتفاقية بإرادتها المنفردة وفقا لتقديرها دون خطأ من جانب المتعاقد معها إذا اقتضت المصلحة العامة، وهذا ما يطلق عليه بفسخ عقد التفويض لدواعي المصلحة العامة⁴، للهيئة المفوضة سلطات تنظيمية لا وجود لها في العقود المدنية ومن بينها سلطة الفسخ الإفرادي دون خطأ من جانب المفوض له، ولا يحد من سلطة الإدارة في هذا الصدد سوى القيد

¹ - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص، 135.

² - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 260-261.

³ - أنظر الفقرة المادة 64 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

⁴ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 261.

العام على تصرفاتها وهي المصلحة العامة تظهر هنا في المصلحة المرفقة الذي يرتبط به العقد¹.

أولاً: شروط ممارسة الهيئة المفوضة لسلطة الفسخ الإفرادي

لممارسة الهيئة المفوضة لسلطة الفسخ الإفرادي تكون مشروطة بشرطين و هذا ما سنوضحه في ما يلي :

1- أن يكون إنهاء عقد التفويض لمقتضيات المصلحة العامة

إن الهيئة المفوضة ملزمة بإتباع ما تقتضيه المصلحة العامة عند الإنهاء الإفرادي لعقد التفويض، حتى و كانت هذه السلطة منصوص عليها في عقد التفويض ومقرر باتفاق طرفي الإتفاقية²، ويمكن ذكر بعض الأمثلة من هذا الشرط، إنهاء إحتياجات المرفق التي أبرم العقد من أجل توفيرها، كفسخ عقد التفويض من أجل إعادة تنظيم هذا المرفق بما يتلاءم مع التطورات العلمية الحديثة، وحالات التعديلات في إحتياجات وطريقة سير المرفق العام، وتزايد إحتياجات المرفق العام محل العقد، وحالة الصعوبات التي تواجه المفوض له في تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام. ومن الأمثلة أيضا حالات حدوث التغيرات في الظروف الاقتصادية التي تؤثر سلبا على الميزانية العامة للدولة، فممارسة الهيئة المفوضة لسلطة الفسخ الإفرادي دون تحقيق هذه الشروط للأسباب الشخصية أو العقائدية أو السياسية، و كذلك لتحقيق مصلحة مالية له، يؤدي إلى بطلان الفسخ³.

2- إصدار قرار الإنهاء في إطار المشروعية

في حالة عدم مراعاة السلطة المفوضة لإجراءات الإنهاء المنصوص عليها في إتفاقية التفويض فإنّ قرار الفسخ الإفرادي في هذه الحالة غير مشروع، إضافة إلى صدور قرار الإنهاء من سلطة غير مختصة، كما أن قرار الفسخ يكون غير مشروع في حالة نشوبه لأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الصادرة بناء على سلطة التقديرية كالغلط في الواقع إذا سببت الهيئة المفوضة قرار الفسخ تسبباً كالانحراف في إستعمال السلطة

¹ - سبع عبد الرحمان، تفويض المرفق العام في ظل القانون 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص إدارة مالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص، 31.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفه، تنفيذ العقد الإداري وتسوية المنازعات قضاءً و تحكيمياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2010، ص، 138.

³ - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص، 152.

إذا إستهدفت السلطة المفوضة من إنهاء العقد بالفسخ منفعة مالية¹.

ثانياً: آثار المترتبة عن فسخ عقد التفويض بالإرادة المنفردة

- إنهاء العلاقة التعاقدية بين السلطة المفوضة و المفوض له، أي إنقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي إتفاقية التفويض.

- حق المفوض له في الحصول على التعويض مقابل فسخ الهيئة المفوضة لعقد التفويض بإرادتها المنفردة، لكن بشرط أن يكون قد لحق المفوض له ضرر بسبب الفسخ وإلا فلا محل للتعويض²، إذا نظمت إتفاقية تفويض مدى استحقاق التعويض وعناصره، فيجب إعمال شروطه حتى و لو تضمن إعفاء المفوض له من التعويض كما للقاضي الحق في التعويض، كما للقاضي الحق في تقدير قيمة التعويض فهنا يكون كامل عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب³، لكن هذا الأخير يرد قيدين و هما:

- أن لا يكون الفسخ قد تم بسبب ظروف خارجية، لا يد للإدارة فيها، كالحرب وأن لا يكون قرار الفسخ إنفرادي صدر بناء على طلب المفوض له أو بسبب تخليه عن التنفيذ بموافقة الإدارة المتعاقدة.

- تستعمل الإدارة سلطتها في الفسخ لدواعي المصلحة العامة تحت رقابة القضاء، الذي يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة للإلغاء⁴.

¹ -مقداد زينة، " سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الأكاديمية للبحوث العلمية و السياسية، المجلد الثاني، العدد 04، جامعة سعيدة، (د س) ص، 423.

² -محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 753.

³ -عبد العزيز عبد المنعم خليفه، تنفيذ العقد الإداري و تسوية المنازعات قضاءً و تحكيمياً، مرجع سابق، ص، 132.

⁴ -مقداد زينة، مرجع سابق، ص 423.

الفرع الثاني

الفسخ الجزائي هو تعزيز للشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام

ينقضي عقد تفويض المرفق العام قبل انتهاء مدته و ذلك بفسخه، حيث يطلق على الفسخ الجزائي تسمية الإسقاط و هي بمثابة عقوبة توقعها الهيئة المفوضة على المفوض له نتيجة ارتكابه لخطأ جسيم، و يترتب عليه سقوط الحق بسبب التقصير الخطير للمفوض له في إلتزامه، و يعتبر الإسقاط أو الفسخ الجزائي من بين العقوبات التي تملكها السلطة المانحة في مواجهة المفوض له، لذا فيمكن للإدارة تطبيقه دون الحاجة للجوء إلى القضاء الإداري¹.

فالفسخ الجزائي تلجأ إليه السلطة المفوضة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم قدرة المفوض له في تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد بصورة مرضية وعدم مراعاة بنود الاتفاقية، ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن جزاء الفسخ يعد من أعنف الجزاءات التي تملكها السلطة المفوضة، فالسلطة المفوضة تجد نفسها مضطرة إلى توقيع أخطر جزاء تملكه إذا لم تتفع الجزاءات المالية والضاغطة في تقويم عمل المفوض له².

عليه فالفسخ الجزائي يشكل إحدى طرق إنهاء عقد تفويض المرفق العام بصورة مبسترة بشرط تقديم السلطة المفوضة اعدار للمفوض له للعلم بالإختلالات المرتكبة، و في حالة الاستمرار تقوم بإسقاط عقد التفويض³، ومن خلال استقرائنا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر يلاحظ أن المادة 89 قد أشارت إلى ما يلي "دون الإخلال بالمتابعة الجزائية كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد إلى عون عمومي..... من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردي لا سيما الفسخ أو الإلغاء"⁴، فأخلال المفوض له للإلتزامات التعاقدية رغم توجيهه الهيئة المفوضة إعدار له ليفي بالإلتزاماته في أجل محدد يؤدي إلى فسخ عقد التفويض.

¹ - مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرّة و حتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، مرجع سابق، ص، 76-77.

² - أزياب نبيل، مرجع سابق، ص، 117.

³ - مخلوف باهية، مرجع سابق، ص، 77.

⁴ - أنظر المادة 89 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

أولاً: تحديد الشروط التنظيمية لأنواع الفسخ الجزائي

إن الهيئة المفوضة كونها صاحبة السلطة و الإمتياز تملك حق توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، وعليه تملك الهيئة المفوضة السلطة التقديرية في تقدير نوع الفسخ الذي توقعه على المتعاقد معها فإما أن توقع الفسخ الجزائي المجرد أو توقع الفسخ الجزائي على مسؤولية المفوض له.

1-الفسخ الجزائي المجرد(فسخ عقد التفويض دون قيد)

نصت عليه المادة 152 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي يمكن تطبيقها على عقود تفويض المرفق العام، فلا يمكن الاعتراض على قرار السلطة المفوضة بفسخ عقد التفويض عند تطبيقها لبنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر التي لحقها بسبب خطأ المفوض له، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن عقد التفويض الجديد¹.

فالفسخ الجزائي المجرد يعني إنهاء الرابطة التعاقدية تماما وإعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام عقد التفويض، مع إفرازه للجزاءات المالية، كغرامات تأخيرية والتعويض عن الأضرار التي لحقت المرفق العام².

كما نص دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 35 الفقرة 05 أنه عبر عن الفسخ المجرد دون قيد وذلك من خلال نصه " على كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا لظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة"³.

وعليه فإنّ هذا الفسخ يستبعد التعويض لكلا الطرفين سواء المفوض أو المفوض له.

¹ -أنظر المادة 152 الفقرة 01 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

² -مقداد زينة، مرجع سابق، ص، 423.

³ -أنظر المادة 35 الفقرة 05 من قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفاتر الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء و الأشغال العمومية والنقل، ج.ر، عدد 06، صلد في 19 جانفي 1965.

2-الفسخ على حساب مسؤولية المفوض له

في هذه الحالة يكون الفسخ أشد جسامة على المفوض المقصر لالتزاماته ويكون مصحوبا بإبرام عقد تفويض جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي، ويتحمل المفوض له الذي فسخ عقده فسحا جزائيا كافة الأعباء المالية المترتبة على قيام السلطة المفوضة بتعاقد جديد مع الغير¹.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر في المادة 149 التي نصت على إمكانية السلطة المفوضة في فسخ على حساب مسؤولية المتعاقد في حالة عدم تنفيذه للالتزامات بعد توجيه السلطة المفوضة إذار له بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية في أجل محدد، ويعتبر جزاء الفسخ من النظام العام فلا يمكن الإتفاق على إستبعاده بوجه عام و مطلق².

ففي عقود تفويضات المرفق العام تتمتع الهيئة المفوضة بسلطة الفسخ الجزائي في حالة ارتكاب المفوض له للأضرار أخلت بالتزاماته.

ولقد تبنى المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر الفسخ الجزائي وذلك في نص المادة 62 /3 على أنه " بإنقضاء الأجل، تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في إتفاقية تفويض المرفق العام، و في حالة ما إذا استمر المفوض له في الإخلال بالتزاماته، يمكن السلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد إلى فسخ إتفاقية تفويض المرفق العام، دون تعويض المفوض له، وتحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة بموجب قرار من وزير المكلف بالمالية³.

ثانيا: شروط ممارسة الهيئة المفوضة للفسخ الجزائي (الإسقاط)

من نتائج ممارسة الفسخ الجزائي إنهاء عقد التفويض وللعلاقة التعاقدية بين الإدارة والمفوض له لذلك يجب توفر الشروط لإسقاط عقد التفويض و تتمثل في ما يلي :

¹-أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص، 124.

²-أنظر المادة 149 من مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، السالف الذكر.

³-أنظر المادة 62 من مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، السالف الذكر.

1- ارتكاب المفوض له خطأ جسيم

عند مخالفة المفوض له لالتزاماته التعاقدية التي فرضتها الإدارة عليه يعتبر خطأ، ولكن يشترط في هذا الخطأ أن يكون ذو جسامه ودرجة كبيرة من الخطورة، حتى يكون مبرراً تستند إليه الهيئة المفوضة لتوقيع جزاء الفسخ، مثلاً عدم إحترام الرسوم المحددة في عقد التفويض أو التنازل عن تسيير جزء أو كل المرفق دون موافقة الإدارة المانحة¹، فالهيئة المفوضة لها سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى جسامه الخطأ وكيفيات تقرير جزاء الفسخ، ويستطيع قاضي العقد بناء على طلب المتعاقد مع الإدارة المفسوخ عقده، أن يقوم برقابة مدى ملائمة تقدير جهة الإدارة لمدى جسامه الخطأ وكفايته لانتهاء الجزائي، فإذا تبين لقاضي العقد أن خطأ المفوض له لم يكن درجة جسامته كافية ومتناسبة مع توقيع جزاء الفسخ، فإنه لا يمكن للقاضي الحكم بإلغاء قرار الإدارة بفسخ العقد، ولكنه يحكم بتعويض مناسب للمتعاقد مع الإدارة، ومن أمثلة على الأخطاء الجسيمة نجد التنازل عن العقد التفويض دون موافقة الإدارة أو الإتجاه إلى الغش².

أعفى دفتر الشروط صراحة الهيئة المفوضة من هذا الشرط فأشار إلى العديد من الأخطاء التي يرتكبها المفوض له، التي تعتبر من قبيل الأخطاء التي تبرر الفسخ، ومن ثم يجوز للسلطة المفوضة اللجوء إلى هذا الجزاء لكن تكون خاضعة لرقابة القضاء بصدد تقدير ملائمة الفسخ احتراماً لإرادة المشرع³.

2- الإعدار

يعتبر الفسخ الجزائي عقوبة توقعها الهيئة المفوضة في حالة إخلال المفوض له بتنفيذ التزاماته التعاقدية، لكن هناك شرط تنظيمي يتطلبه النظام القانوني العام للجزاءات في عقود تفويض المرفق العام، ومن بينها شرط الإعدار، والذي يعتبر من بين الإجراءات و الشروط التنظيمية التي على السلطة المفوضة إتباعها قبل توقيع جزاء الفسخ، كما تمنح له أجل للوفاء بما تعهد به و الملقاة عليه قبل فرض جزاء الفسخ.

مضمون الإعدار: من البيانات التي يتضمنها الإعدار تعيين السلطة المفوضة، تعيين المفوض له،

¹ - ضريفي نادية، مرجع سابق، ص، 199.

² - أزرايب نبيل، مرجع سابق، ص، 120.

³ - بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 63.

التعيين الدقيق لعقد التفويض و مراجعه، توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار، موضوع الإعدار، الآجال الممنوحة لتنفيذ موضوع الإعدار، العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ¹، لكن في المقابل هناك إستثناء المتمثل في إعفاء الإدارة من ضرورة إتباع شرط الإعدار والمتمثل في ورود نص صريح في دفتر الشروط يعفي الهيئة المفوضة من ضرورة إعدار المسبق للمفوض له. وفي حالة رفض المفوض له تنفيذ التزاماته في غير الحالة القوة القاهرة أو إرتكاب المفوض له أفعال العش أثناء تنفيذ التزاماته و في هذه الحالات تعفي السلطة المفوضة من اللجوء إلى الإعدار فيطبق الفسخ الجزائي².

ثالثا : الآثار القانونية للفسخ الجزائي

قد تترتب عن جزاء الفسخ آثار و نتائج يمكن إجمالها فيما يلي :

- حلول المتعاقد الجديد محل المتعاقد القديم في حال تعاقد الإدارة من جديد مع تحمله الأعباء المالية التي تكبدها الإدارة في سبيل إتمام إرساء عقد التفويض، كما تستطيع الهيئة المفوضة أن تتولى بنفسها استغلال المرفق العام وفقا لنظام الإدارة المباشرة .
- عند الفسخ الجزائي لا يتم تعويض المفوض له، إذا أنه جزاء توقعه الإدارة عليه، فالتعويض تستحقه السلطة المفوضة نتيجة الأضرار التي لحقت بالمرفق³.
- إبقاء عقود المنتفعين بالمرفق العام قائمة وسارية المفعول لأن مبدأ دوام سير المرفق العام يتطلب ذلك و لا يمكن مخالفته، إضافة إلى ذلك فقدان المفوض له للتأمينات التي دفعها للإدارة، وللسلطة المفوضة الحق في خصم من استحقاقه المبالغ اللازمة للصيانة أو لإصلاح الأضرار⁴.
- يجب أن تتم إتفاقية تفويض الجديدة في إطار عقد تفويض الأصلي و على أساس دفتر الشروط نفسه الذي أبرمت الاتفاقية بمقتضاه.

¹ - أزراب نبيل، مرجع سابق ، ص، 122.

² - سعيد عبد الرزاق باخبيبره، مرجع سابق، ص، 372.

³ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق ، ص، 274.

⁴ - محمود خلف الجبوري، من المرجع نفسه، ص، 274.

المطلب الثاني

سلطة الهيئة المفوضة في إسترداد المرفق العام

يعد استرداد المرفق العام إجراء منفرد صادر من الإرادة المنفردة للهيئة المفوضة أثناء تنفيذ عقد التفويض بغرض إنهائه قبل انقضاء مدته العادية، ولا يكون بسبب تقصير أو خطأ صاحب التفويض، وإنما يكون بسبب رغبة السلطة المفوضة في تحسين أداء المرفق العام وإدارته بأسلوب آخر غير أسلوب المعتمد، فسلطة الهيئة المفوضة في استرداد المرفق العام إما أن يكون منصوص عليه في العقد و يسمى في هذه الحالة بالاسترداد الإتفاقي، أو لا يكون منصوصا عليه في العقد، ولكن تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها دون تدخل إرادة المفوض له أثناء سريان العقد، ويسمى عندئذ بالاسترداد غير الإتفاقي .

أما النوع الثالث من الاسترداد يكون في حالة تدخل المشرع بإصدار قوانين خاصة تنظم فيه استرداد بعض المرافق العامة يطلق على هذا النوع من بالاسترداد التشريعي.

الفرع الأول

نحو تعزيز مكانة الشروط التنظيمية في إجراء الإسترداد

يعتبر الاسترداد إجراء إنفرادي تقوم به السلطة المفوضة لإلغاء عقد التفويض قبل حلول الأجل المقرر له ،بمعنى آخر هو فسخ العقد من جانب الهيئة المفوضة دون خطأ المفوض له ،أو إذا تبين لها أن طريقة التفويض لم تعد تتفق مع مقتضيات المصلحة العامة، أو أن المرفق العام محل العقد فقد صلاحيته التي كان يتمتع بها ، فاسترداد المرفق العام يكون بسبب رغبة الإدارة في تحسين أداء المرفق العام و إدارته بأسلوب آخر غير الأسلوب المعتمد ¹ .

فالهيئة المفوضة ليس باستطاعتها استرداد المرفق العام، إلا لأسباب متعلقة بمقتضيات المصلحة العامة و يكون الاسترداد بالكامل، ومن جهة أخرى فمن حق المفوض له الحصول على التعويض الكامل

¹ - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص، 154.

المستحق الذي يكون محل اتفاق بينه وبين الهيئة المفوضة، وقد يتخذ في شكل مبلغ إجمالي أو أقساط سنوية محددة مع مراعاة المبالغ التي تم إنفاقها في تجهيز المرفق العام، وما خسرته من أرباح نتيجة استرداد الهيئة المفوضة للمرفق قبل حلول أو انقضاء مدته¹.

تحدد في وثيقة التفويض شروط وأوضاع استرداد المرفق قبل انقضاء مدته، وإذا كان عقد التفويض يخلو من تلك الشروط لا يمنع الإدارة من استرداد المرفق العام قبل إنهاء المدة المحددة له، على ألا يتسنى لها اللجوء إليه إلا ما تعلق بالمصلحة العامة، فهو حق أصيل تتمتع به، لا يمكن التنازل عنه أو تقييد حريتها في استعمالها، لذا فالاسترداد يكون بقرار إداري، ولعملية الاسترداد أهمية بالغة تتمثل فيما يلي :

أولاً : أهمية عملية الإسترداد

- الإعتبار الأول: تتمتع الهيئة المفوضة بسلطة إنهاء إتفاقية تفويض وإدارة المرفق العام بالأسلوب المباشر، إذا إقتضت ذلك لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة.

- الإعتبار الثاني: لإنشاء وتشغيل وإدارة عقود تفويضات المرافق العامة يتطلب تخصيص استثمارات مالية ضخمة مثلاً في عقد الإمتياز بحكم طبيعته أنه طويل المدة²، ليتمكن المفوض له من خلالها من تعويض النفقات التي تكبدها في سبيل ذلك لهذا يكون إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي عقد الإمتياز أمراً لازماً فالهيئة المفوضة لها سلطة في إنهاء العقد مع تعويض المفوض له عما أصابه من ضرر والتعويض يكون على أساس الضرر المباشر و يشمل هذا الأخير عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المفوض له، و الكسب الذي فاته، أما الأهمية الثالثة من استرداد المرفق العام هو استهداف الهيئة المفوضة للمصلحة العامة، فإن ثبت للقضاء أن قرار الإنهاء لا يقوم على تلك المصلحة فبإمكانه إلغاء القرار³.

-تقييد السلطة المفوضة بمجموعة من الأسباب للجوء إلى الاسترداد و يتعين عليها إحترامها كون النصوص الواردة بخصوصه هي نصوص تعاقدية و يشمل استرداد المرفق العام بأكمله، ولا يجوز

¹ - فوناس سهيلة، مرجع سابق، ص، 263.

² - بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 63 .

³ - إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، مؤسسة الطوبجي، مصر، 2003، ص، 384.

تجزئة عقد التفويض¹.

ثانيا : الطبيعة القانونية للإسترداد و ما يترتب عليه من نتائج

عملية استرداد المرفق العام تترتب عنها نتائج متمثلة فيما يلي :

- 1- يحق للمفوض له أن يطلب من قاضي الإداري الحكم بإلغاء القرار الصادر بالاسترداد إذا ما صدر مخالفا للمصلحة العامة أو كان منسوبا بعيب يبطله، الأمر الذي يؤدي إلى الحكم بالتعويض جبرا لما لحقه من خسارة ووفاته من كسب نتيجة حرمانه من استغلال المرفق العام.
- 2- عدم جواز للمفوض له التمسك بفكرة الحق المكتسب باستغلال المرفق العام طوال المدة المتفق عليها بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين مما يدخل ضمن الشروط التعاقدية المنصوص عليها في وثيقة التفويض.
- 3- إمكانية تنظيم أحكام الاسترداد و تحديد أوضاعه بنصوص وواضحة في وثيقة عقد التفويض.
- 4- في حالة تنازل السلطة المفوضة عن حق الاسترداد أو قيدت نفسها بعدم ممارسة سلطتها في الاسترداد خلال مدة معينة فإن القرار يبقى باطلا باعتبار قرار الإدارة كاشفا ومقررا للحق².

الفرع الثاني

الاسترداد التعاقدي

هو بمثابة اتفاق ملزم يكون منصوص عليه في العقد ويحدد شروط وأوضاعه، فالاسترداد التعاقدي هو أكثر شيوعا لأن أغلب دفاتر الشروط تتضمن بندا يجيز السلطة المفوضة اللجوء إلى الاسترداد قبل انتهاء الأجل المحدد للعقد و الذي قد يكون أمر وجوبي.

قد يتقرر الاسترداد التعاقدي من دون وجود نص قانوني يقرر و ينظم كيفية ممارسته، و ذلك بأن

¹ - أكلي نعيمة، مرجع سابق ، ص، 154.

² - إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق ، ص، 389.

ينص الأطراف في عقد التفويض على هذا الحق للإدارة مع بيان كيفية ممارسته¹.

لابد تطبيق القاضي عند تحديد التعويض للمفوض له للقواعد و الأحكام المحددة في العقد و اللجوء إلى المبادئ العامة لتحديد التعويض المعتمد من طرف القضاء في حالة الاسترداد التعاقدية من طرف الهيئة المفوضة، ومن خصوصيات الاسترداد التعاقدية تمتع القاضي بحرية واسعة أكثر من تلك الممنوحة في حالة الاسترداد غير التعاقدية، فهو يستند إلى الخسائر التي لحقت بالمفوض إليه وما فاتته من ربح خاصة إذا كان الاسترداد في بداية الفترة المحظورة لممارسة الاسترداد التعاقدية فيها².

أولاً : شروط ممارسة الاسترداد التعاقدية

لممارسة الاسترداد التعاقدية يشترط توفر مجموعة من الشروط، أولها وجوب النص عليه في دفتر الشروط وبالتالي عند انتهاء مدة العقد وإعادة تجديد العقد للمفوض له وفق لدفتر الشروط الجديد لا يتضمن بندا للاسترداد فلا يجوز للسلطة المفوضة ممارستها، أما الشرط الثاني المتمثل في استصدار هذا الاسترداد من قبل السلطة المختصة بإبرام العقد و المانحة للعقد أو المخولة بذلك بموجب العقد، وجوب على السلطة المفوضة تنبيه المفوض له قبل ممارسة سلطتها المتمثلة في الاسترداد التعاقدية وعدم جواز للسلطة المفوضة استصدار قرار الاسترداد لدواعي المصلحة المالية للإدارة مادام العقد يضيف بتحقيق المصلحة العامة³، وفي الحقيقة أن ممارسة الهيئة المفوضة لحق الاسترداد لا يعفيها من تعويض المفوض له إذ يكون متفقاً عليه في إتفاقية تفويض المرفق العام⁴.

بصفة عامة ليس باستطاعة السلطة المفوضة اللجوء إلى الاسترداد دون أسباب تتعلق بالمصلحة العامة باعتبارها كشرط جوهري.

¹ - حاشي سامي، مرجع سابق، ص، 70.

² - بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 63.

³ - بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 62.

⁴ - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 268.

ثانيا : آثار الاسترداد التعاقدية

إن نهاية عقد التفويض عن طريق الاسترداد التعاقدية يترتب عنه نتائج سواء للمفوض له أو للهيئة المفوضة فبالنسبة للمفوض له يلتزم برد الأرباح المحققة بعد تاريخ الاسترداد و الأصل أن يتناول الاسترداد المرفق بأجمعه، و بالتالي انقضاء حقوقه و التزاماته التي حددها العقد و حلول السلطة المفوضة محله¹ .

تفيد السلطة المفوضة بالنص الوارد في العقد، ولكنها تستطيع التحلل من التزامات المتعاقد في مواجهة الغير، إذا ثبت أنها لا تتفق مع التفسير المعقول لنصوص العقد، و عند خلو العقد من تنظيم هذا الأمر فإن السلطة المفوضة تتحمل الالتزامات التي تقتضيها إدارة المرفق بشرط أن تكون الهيئة المفوضة قد علمت بهذه الالتزامات و لم تعترض عليها خاصة أنها هي المختصة بمراقبة أعمال المرفق العام و حساباته²، و من أهم آثار الاسترداد التعاقدية تعويض المفوض له المحدد في دفتر الشروط و نتيجة لإنهاء عقد التفويض نهاية مبسترة و ما لحقه من خسائر و الكسب الذي فاته.

ثالثا : طرق تسديد التعويض للمفوض له في حالة الإستراد التعاقدية

يتم دفع التعويض في عقود تفويضات المرفق العام في حالة الاسترداد التعاقدية عن طريق أسلوبين يتمثل الأسلوب الأول بدفع إجمالي للتعويض، أما الأسلوب الثاني يتمثل في سداده على أقساط سنوية لمدة محددة.

- الأسلوب الأول: التعويض الإجمالي

يقوم على عنصرين الأول يتمثل في النفقات الرأسمالية، و ما أنفقه المفوض له من مصروفات من أجل تجهيز و إعداد المرفق العام وفق الأسس المتفق عليه في عقد التفويض، و الوفاء بقيمة الأسهم و السندات و الالتزامات المستحقة للغير بإضافة إلى ذلك كافة النفقات التي قام بها المفوض له لتوفير المعدات و الأدوات و المنشآت، و ما أنفقه لتأمين و ضمان تنفيذ المرفق و نشاطه³، لذا على السلطة المفوضة تقدير التعويض على

¹ - بولكور عبد الغني، مرجع سابق، ص، 62.

² - إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص، 393.

³ - إبراهيم الشهاوي، من المرجع نفسه، ص، 395.

هذه العناصر.

أما العنصر الثاني يتمثل في الأرباح التي فقدها المفوض له نتيجة إسترداد المرفق العام قبل انتهاء مدته الطبيعية، وبعبارة أخرى تعويضات على حساب الكسب المفقود، ويتم قياس هذا العنصر بمتوسط الأرباح الصافية المحققة خلال عدد معين من السنوات.

- الأسلوب الثاني: التعويض في صورة أقساط سنوية

يتم الاتفاق عليها بين طرفي عقد التفويض أو في دفتر الشروط، ويشتمل هذا الأسلوب على عنصرين هامين التعويض على أموال الملتزم المنقولة وثانيهما التعويض عما فات الملتزم من كسب نتيجة استرداد الهيئة المفوضة للمرفق العام دون انقضاء المدة المحددة له في العقد¹.

الفرع الثالث

الاسترداد غير الإتفاقي

هو الإجراء الانفرادي الذي تقرره الإدارة أثناء تنفيذ عقد التفويض دون وجود تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة عقد التفويض لغرض إنهائه²، و يعد هذا الإجراء تطبيق لسلطة الهيئة المفوضة في إنهاء اتفاقية التفويض وذلك بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة³، باعتبار الاسترداد غير التعاقدية مظهر من مظاهر الإرادة المنفردة للهيئة المفوضة، و في هذا النطاق نواجه فرضيتين الأولى حالة سكوت العقد عن تنظيميه، و الثاني أن يتم الاسترداد خلال الفترة المحظورة فيها لممارسته طبقاً للعقد.

انقسمت آراء الفقهاء حول سلطة الاسترداد غير التعاقدية فالبعض منهم لم يعترف بسلطة الهيئة المفوضة باللجوء إلى الاسترداد غير التعاقدية إنطلاقاً أن للمفوض له حقوق يكتسبها جراء استغلال المرفق العام حتى انتهاء مدة التفويض نظراً للاستثمارات المالية الكبيرة التي أنفقها، مما يقتضي الحال أن يحضى

¹ -أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص، 154.

² - حاشي سامي، مرجع سابق، ص، 70.

³ - جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المرتبة على عقد الامتياز، دار الفكر للنشر و التوزيع، مصر، 2007، ص، 211.

باستقرار والثبات، أما الفريق الثاني يمثل رأي الأغلبية ومنح للإدارة سلطة ممارسته قبل انقضاء مدة العقد، نظرا لتمتع الإدارة بها، وذلك بقوة القانون و للحفاظ على النظام العام .

إن ممارسة الهيئة المفوضة لإجراء الاسترداد غير التعاقدية هو إعادة تنظيم المرفق العام و عن طريق الإدارة المباشرة بدلا من أسلوب التفويض¹، إضافة ممارسة هذا الإجراء يستحق المفوض له الحصول على التعويض يقدره القاضي حسب ما أصابه من أضرار وما فاتته من كسب جراء الاسترداد غير التعاقدية، وهناك حالة أخرى أين يكون الاسترداد قانوني، وذلك باللجوء السلطة المفوضة إلى المشرع بهدف إصدار قانون باسترداد المرفق، وإنهاء عقد التفويض بعد صدور ذلك القانون على الهيئة المفوضة احترام الشروط وإتباع الإجراءات اللازمة لاسترداد المرفق العام² .

يستحق المفوض له تعويضا كاملا نتيجة الضرر الذي لحقه، فالقاضي هنا يكون أكثر حرية في تحديد مقدار التعويض خاصة في المدة التي يخطر على الإدارة ممارسة الاسترداد، و تتخذ جميع النفقات الضخمة في الحسابات التي تكبدها المفوض له من أجل صيانة المرفق .

الفرع الرابع

الإسترداد القانوني (التشريعي)

تلجأ السلطة المفوضة أحيانا إلى المشرع لإصدار قانون استرداد المرفق العام وإنهاء الالتزام لرابطة التعاقدية، وحينما يصدر مثل هذا القانون يجب تنفيذ ما يتضمنه من شروط و إتباع ما يقضي به من إجراءات و ما يرتبه من التزامات .

تدخل المشرع الفرنسي خاصة في مجال عقود الإمتياز أصدر عدة قوانين الخاصة لبعض المرافق العمومية، كما فعل المشرع المصري حين قيامه بإنهاء امتياز شركة السويس عام 1956³ .

لذا فالهيئة المفوضة لها سلطة استرداد المرفق العام سواء ورد في هذا الشأن نص صريح في إتفاقية

¹ -إبراهيم الشهاوى، مرجع سابق، ص، 398.

² - محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 269.

³ -محمود خلف الجبوري، من المرجع نفسه، ص، 270.

التفويض أو لم يرد، فالمصلحة العامة وحدها هي التي تجعل السلطة المفوضة تختار الوسيلة التي تحقق أكبر قسط من المصلحة العامة، إذ أن العلاقة بين مانح التفويض و مستغله تبنى على قواعد القانون الإداري.

في الجزائر يتدخل المشرع أحيانا بإصدار قوانين ينظم بها استرداد بعض المرافق التي تدار بطريق التفويض، و في هذه الحالة يتم إعمال القانون و تسترد السلطة المفوضة المرفق العام بقانون أيضا، حتى مع افتراض عقد التفويض ليس بقانون إلا أن المشرع يملك سلطة إصدار مثل هذه النصوص المنظمة لاسترداد المرفق العام¹.

¹ -إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص، 403-404.

ملخص الفصل الثاني

كخلاصة الفصل نلخص أن المجال الأكثر وضوحا للسلطات المفوضة يبرز في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، إذ يتقرر لها سلطات و إمتيازات متمثلة في الرقابة و القدرة على تغيير بنود العقد دون الوقوف على إرادة المفوض له لضمان سير تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام على النحو المتفق عليه، وحسن سير ذلك التنفيذ حرصا على تقادي أي خلل من شأنه أن يعيق سير تنفيذ الاتفاقية .

لكن بمجرد إخلال المفوض له بالتزامات المفوضة عليه، تلجأ السلطة المفوضة إلى ممارسة سلطة توقيع الجزاءات نتيجة هذا الإهمال بعد تقديم السلطة المفوضة إعدار الذي يعتبر شرط تنظيمي، و تتمثل الجزاءات في العقوبات المالية و الجزاءات الضاغطة و ذلك لغرض تغطية الضرر الذي لحق المرفق العام، و في حالة استمرارية المفوض له في الإخلال بالتزاماته تلجأ الهيئة المفوضة إلى إنهاء إتفاقية التفويض و تطلق على هذه النهاية الغير الطبيعية بقوة السلطة المفوضة التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة المتمثلة في سلطة الفسخ الإفرادي و سلطة الفسخ الجزائي، إضافة إلى سلطة استرداد المرفق العام باعتباره إجراء منفرد صادر من الإرادة المنفردة لسلطة المفوضة.

خاتمة

إن الهدف الأساسي من المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة بحيث يقدم خدمات تتعلق بالحياة الجماعية لأفراد المجتمع ونحو تلبية حاجاتهم، ولكن مع تزايد الحاجات وتطورها نوعاً وكماً في ظل النمو الوعي المدني، لذا يتوجب مواكبة فكرة المرفق العام لتلك التطورات خاصة فيما يتعلق بطرق تسييره في ظل إحتكار الدولة من ناحية تسيير المرفق وفقاً ما يسمى بتسيير الكلاسيكي من خلال مواكبة المرفق تحت مسؤولية الدولة للهيئة المحلية.

مع التغيرات التي عاشتها الجزائر في الثمانيات أدت إلى إحداث طرق جديدة وذلك بتفويض المرافق العامة مع إبقائها في يد السلطة المفوضة، ولقد تبنت الجزائر فكرة التفويض والتي تقوم على فكرة تنازل السلطة العامة عن إستغلال المرفق العام لمصلحة القطاع الخاص معتمدة على وسيلة عقود تفويض المختلفة (الإمتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة، التسيير) التي نظمها المشرع لأول مرة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقدم لها تعريفات مفصلة، ولكن بمقابل يتضمن نقائص كثيرة هذا ما يدفع الإدارة عند إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام بالاستعانة بقوانين بعض القطاعات المرفقية وكذا قانون الصفقات العمومية.

بعد تزايد الطلب على المشرع بإصدار تقنين يتعلق بتفويض المرفق العام في كل الدراسات التي تدخل في مجال التفويض، ووجود بعض الثغرات في تلك العقود التي تؤدي إلى تبديد المال العام، الأمر الذي دفع المشرع إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر، الذي يتضمن جميع الإجراءات التنظيمية في مرحلتي الإبرام و التنفيذ، وأخضع عقود تفويض المرفق العام للمنافسة عند إبرامها، وحدد الشروط التنظيمية لإبرام إتفاقية التفويض على طريق صيغة التراضي وحدد بدقة حالات اللجوء إليها، وإجراءات الإبرام التي تكرس الشفافية والمساواة بين المتنافسين كما بيّن أيضاً مكانة دفتر الشروط الذي يمثل الإطار الرسمي لعقود تفويضات المرفق العام .

أما في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام سعى المشرع إلى تعزيز مكانة الشروط التنظيمية من خلال الإمتيازات والسلطات الممنوحة للهيئة المفوضة في مجال الرقابة والإشراف وكذا تمتعها بسلطة توقيع الجزاءات لضمان حسن تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، وكذا الفسخ بإرادتها المنفردة وهذا ما يبرز الشروط التنظيمية التي يسعى من خلالها إلى الحفاظ على الطابع العام لعقود تفويض المرافق العمومية .

بالرغم من صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام واعتبر خطوة إيجابية نحو توحيد جميع الشروط التنظيمية في عقود تفويض المرفق العام سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ وبيان مكانة الهيئة المفوضة وعدم تساويها في المركز القانوني مع المفوض له، إلا أنه ما يمكن تسجيله من خلال هذا المرسوم هو إهمال أو تماطل المشرع في تنظيم البنود المالية والتقنية التي تضمنها دفتر العروض بإعتباره جزء من دفتر الشروط، عدم التطرق إلى إجراء الإسترداد وعدم تبيان حالات لجوء السلطة المفوضة إليه، وعدم تحديد حالات لجوء الهيئة المفوضة لتطبيق الجزاءات المالية والضاغطة والإشارة إلى أنواعها.

لنجاعة الشروط التنظيمية في عقود تفويض المرفق العام ينبغي الأخذ بعين الإعتبار هذه الإقتراحات المتمثلة في مايلي :

- التفصيل في دفتر الشروط الخاص بعقود تفويض المرفق العام وخاصة إبراز البنود المالية والتقنية التي يتضمنها ملف العروض وتحديد الوثائق التي يتضمنها كل من الملف المالي والتقني والإداري.

- إقامة نظام مراجعة الأثمان في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر كما هو الأمر في مجال الصفقات العمومية.

- إلغاء الأحكام المطبقة على تفويض المرفق العام في الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك لتوحيد الشروط التنظيمية المتعلقة بتفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 السالف الذكر.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب

- 1- إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)، مؤسسة الطوبجي، مصر، 2003.
- 2- بعلي محمد الصغير، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 3- جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الإمتياز، دار الفكر للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- 4- ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- 5- عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية(الإبرام-التنفيذ -المنازعات في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات)، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2005 .
- 6- عبد العزيز عبد المنعم خليفه، تنفيذ العقد الإداري و تسوية المنازعات قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 7- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر، 2007.
- 8- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 3، دار الجسور لنشر والتوزيع، الجزائر ، 2011 .
- 9- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 10- عوابدي عمار، القانون الإداري، (الجزء الثاني)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2014 .

- 11- كنعان نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003 .
- 12- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 13- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 14- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- 15- محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 .
- 16- محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري(الكتاب الثاني: نظرية المرفق العام وعمل الإدارة العامة)، دار الفكر العربي، ط 10، مصر، 1979.
- 17- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 5، مطبعة عين الشمس، القاهرة، 1996.
- 18- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2000.
- 19- محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007.
- 20- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، منشورات الزين الحقوقية، لبنان 1993،
- 21- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

ب- الأطروحات والمذكرات الجامعية

ب-1: الأطروحات الجامعية

1-بن مرزوق عنتر، الرقابة الإدارية ودورها في مكافحة الفساد الإداري في الإدارة الجزائرية (دراسة ميدانية لولاية برج بوعرييج)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص إدارة الموارد البشرية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر، 2013 .

2- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

3-سعيد عبد الرزاق باخبيبر، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر (يوسف بن خدة)، الجزائر، 2008.

4-ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الإمتياز، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012 .

5- فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018 .

6-مخلوف باهية، فتح القطاعات الشبكية على المنافسة الحرة وحتمية المحافظة على فكرة المرفق العام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019 .

ب-2:المذكرات الجامعية

-مذكرات الماجستير

1-أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 .

2-بولكور عبد الغني، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2010.

3-طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013.

4-عبابسة نور الدين، تنفيذ الصفقة العمومية بين إمتيازات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2008 .

5-عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018 .

-مذكرات الماستر

1-إدير نوال، بشرى الويزة، النظام القانوني لعقد التفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.

2-أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

3-إغيل عامر ياسمين، العيفاوي ليندة، إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

4-أوسالم ياسين، إبالدين فارس، مراحل إبرام الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.

5-توتي خوخة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2013.

6-جبلاحي سليم، دفاتر الشروط في مجال الصفقات العمومية(دراسة حالة دفتر الشروط لمديرية الأشغال العمومية لولاية المسيلة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2015.

7-حاشي سمير، النظام القانوني لإتفاقية تفويض المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.

8-سبع عبد الرحمان، تفويض المرفق العام في ظل القانون 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص إدارة مالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017.

9-طيبيش حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016 .

10-عيدلي حمزة، أثار العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

11-محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص المنازعات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016.

12-مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د.الطاهر مولاي، سعيدة، 2015.

ج- المقالات

1-أمين بن سعيد، نادية عبد الرحيم "إشكالية تفويض المرفق العام كأحدى الأساليب الحديثة في تسيير المرافق العامة-واقع التطبيق في المغرب وآفاقه في الجزائر"، مجلة المعهد للعلوم الاقتصادية(مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة)، العدد01، جامعة الجزائر3، 2018. ص.ص، 63- 79.

2-بن شعلال محفوظ، "إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أو حواجز تقيدية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية"، العدد09، المركز الجامعي لتمنغست ، 2015، ص.ص 63- 73.

3-بن محمد محمد، "صفقات التراضي في الجزائر"، أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة ، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد 13، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015. ص 173- 180.

4-زواوي الكاهينة "إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 15-247"، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية التشريع والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 12، 2017، ص.ص 26-50.

5-عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة الفكر، العدد 96، باتنة ، 2014 . ص.ص 92-50.

6-فاصلة عبد اللطيف، "أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري"، مجلة القانون، مجتمع والسلطة، جامعة محمد بن أحمد، 2017، ص. ص 157-169.

7-كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص.ص 73-101.

8-محمد رمضان، "القيود الواردة على إبرام العقود الإدارية"، مجلة القانونية والإدارية، العدد الثاني، 2007، ص.ص 332-352.

9-مسكر سهام، "المنازعات المترتبة على الاستثمار العقاري الصناعي بموجب عقد الامتياز" ،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة البليدة 2، ص.ص 344-355.

10-مقداد زينة، "سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري"، المجلة الأكاديمية للبحوث العلمية والسياسية، المجلد الثاني ، العدد 04، جامعة سعيدة، د س ن، ص.ص 420-426.

ج-مداخلة

-مخلوف باهية، "تأثير المنافسة على فكرة المرفق العام"، أعمال الملتقى الوطني حول تسيير المفوض للمرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص، يومي 27 و28 أبريل سنة 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011 ص85 .

ه- النصوص القانونية

ه-1- القوانين

-القوانين العادية

1-قانون رقم 03-2000، مؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر. عدد 48، صادر بتاريخ 6 أوت 2000، معدل ومتم بموجب: قانون رقم 06-24، مؤرخ في 26 ديسمبر 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر، عدد 85، صادر بتاريخ 27 ديسمبر 2007، وبالقانون رقم 14-10، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر. عدد 78، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2014 .

2-أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43، صادر بتاريخ 20 جوان 2003، معدل ومتم، بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر، عدد 36، صادر بتاريخ 02 جوان 2008، والقانون رقم 10-05، مؤرخ في 01 أوت 2010، ج.ر، عدد 46، صادر بتاريخ في 18 أوت 2010 .

3- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج.ر، عدد 06 مؤرخ في 04 أوت 2005، معدل ومتم، بموجب قانون رقم 08-03 مؤرخ في 23 جانفي 2008، ج.ر. عدد 04 مؤرخ في 27 جانفي 2008، وبأمر رقم 09-02، مؤرخ في 22 جويلية 2009، ج.ر. عدد 44 مؤرخ في 26 جويلية 2009.

ه-2-التنظيم

- مراسيم رئاسية

1-مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 17 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، معدل ومتم بمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 01 مارس

2011، ج.ر، عدد 14، صادر بتاريخ 06 مارس سنة 2011، والمرسوم الرئاسي رقم 11-222، المؤرخ في 16 جوان، ج.ر، العدد 34، صادر بتاريخ 19 جوان 2011، والمرسوم الرئاسي 12-23، مؤرخ في 18 جانفي سنة 2012، ج.ر، عدد 04، صادر بتاريخ 26 جانفي 2012، والمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي سنة 2013، ج.ر عدد 02، صادر بتاريخ 13 جانفي 2013(ملغى).

2- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر، عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015 .

-مراسيم تنفيذية

1-مرسوم تنفيذي رقم 92-289، مؤرخ في 06 جويلية سنة 1992، يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفيات اكتسابها، ج.ر، عدد 55، صادر بتاريخ 19 جويلية 1992.

2-مرسوم تنفيذي رقم 01-124، مؤرخ في 09 ماي 2001، يتضمن تحديد الإجراءات المطبقة على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر. عدد 27، صادر بتاريخ 13 ماي 2001 .

3- مرسوم تنفيذي رقم 04-274، مؤرخ 02 سبتمبر 2004، يحدد شروط الاستغلال السياحي لشواطئ المفتوحة للسياح كيفيات ذلك، ج.ر. عدد35، صادر بتاريخ 5 سبتمبر 2004.

4 - مرسوم تنفيذي 04-417، مؤرخ 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج.ر، عدد 82، صادر بتاريخ 22 ديسمبر 2004.

5- مرسوم تنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 9 أفريل 2008، يحدد طرق منح و سحب إمتياز توزيع الكهرباء و الغاز ودفتر الشروط المتعلقة بإمتيازات وحقوق صاحب الإمتياز، ج.ر، عدد 20، صادر بتاريخ 09 أفريل 2008 .

6-مرسوم تنفيذي رقم 08-54، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للامتياز الخدمة العمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة العمومية المتعلقة به، ج.ر، عدد 19، صادر بتاريخ 2008.

7-مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 02 أوت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر، عدد 45، صادر بتاريخ 05 أوت 2018 .

-قرارات :

1- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر يتضمن المصادقة على الدفاتر الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر، عدد 06، صادرة في 19 جانفي 1965.

2- قرار وزاري مؤرخ في 01 سبتمبر يتضمن منح امتياز تسيير منشآت الري الأساسية التابعة لديوان المساحات المسقية في متيجة واستغلالها وصيانتها، ج.ر، عدد 16، صادر في 01 مارس 1992.

3- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 1998، محدد لدفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية لتزويد بماء الشرب، ج.ر، العدد 21 مؤرخ في 18 نوفمبر 1998.

4- دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الإمتياز توزيع الكهرباء والغاز وواجباته، المؤرخ في 9 أفريل 2008، ج.ر، العدد 20، المؤرخ في 13 أفريل 2008.

5- قرار وزير المالية، المؤرخ في 28/03/2015، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج. ر، العدد 24، الصادر في 20/04/2011 .

6- دفتر الشروط المتعلق بإقامة و إستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية الناقلة من نوع الجيل الثالث وتوفير خدمات للجمهور المؤرخ في 10 نوفمبر 2013، ج. ر، العدد 60، المؤرخ في 2 ديسمبر 2013 .

7-القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 يحدد كفايات الإقصاء من الصفقات العمومية، ج. ر، العدد 17، الصادر في 16 مارس 2016 .

-تعليمات

- تعليمة وزارية، 842/94.3، متعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مؤرخة في 07 ديسمبر 1994 صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية.

-موقع الأنترنت

-بوضياف عمار، "سلطات الإدارة في الصفقات العمومية"، تم الحصول على المحاضرة من الموقع الإلكتروني threads > [https://:www.droit-dz.com](https://www.droit-dz.com) تم الإطلاع عليها 20/05/2019.

ثانيا:باللغة الفرنسية

Ouvrages

1-ZOUAIMIA Rachid ,Délégation de Service public au profit de personnes privées ,Maison d'édition Belkeise, Alger,2012.

2–CLAUDIE Boiteau, les conventions de délégation de service public
imprimerie nationale ,Paris 1999.

Texte juridique français

–Loi N°93 –122, du 09 janvier 1993 relative à la prévention de la
corruption et la transparence de la vie économique et des procédures
publiques, Modifié par la loi N°2001–1168 du 11 décembre 2001 portant
mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier
, JORF, N°25du 30 Janvier 1993 . [WWW .Légifrance.Gouv.FR/](http://WWW.Légifrance.Gouv.FR/) .

الفهرس

06	الفصل الأول: مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام
07	المبحث الأول: مكانة الشروط التنظيمية في الطرق المقررة لإبرام إتفاقية تفويض المرفق العام
08	المطلب الأول: مكانة الشروط التنظيمية في الطلب على المنافسة كأصل لإبرام إتفاقية تفويض المرفق العام
08	الفرع الأول: واقع الطلب على المنافسة في بعض القطاعات المرفقية
09	أولاً: الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 124-01
09	ثانياً: الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 114-08
10	الفرع الثاني: واقع الطلب على المنافسة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199-18
11	أولاً: المبادئ التنظيمية للطلب على المنافسة
12	ثانياً: المراحل التنظيمية للطلب على المنافسة
13	ثالثاً: الأسس التنظيمية لإعلان عدم جدوى طلب العروض
14	الفرع الثالث: الإعلان شرط تنظيمي أساسي للطلب على المنافسة
14	أولاً: الزامية إعلان الطلب على المنافسة
15	ثانياً: الإستثناء الوارد في إجراء الإعلان
16	ثالثاً: محتوى إعلان الطلب على المنافسة
16	الفرع الرابع: تأطير الحالات التنظيمية للإقصاء من المنافسة
17	أولاً: حالات الإقصاء المؤقت
18	ثانياً: حالات الإقصاء النهائي
19	المطلب الثاني: التراضي كشرط تنظيمي استثنائي لإبرام إتفاقية تفويض المرفق العام
20	الفرع الأول: واقع التراضي في بعض القطاعات المرفقية
20	أولاً: في إطار المرسوم التنفيذي 417-04
20	ثانياً: في إطار المرسوم التنفيذي 274-04
21	الفرع الثاني: تحديد الشروط التنظيمية لأنواع التراضي
21	أولاً: التراضي بعد الإستشارة

21	ثانيا: التراضي البسيط
22	الفرع الثالث: مكانة الشروط التنظيمية في إجراء التراضي
23	الفرع الرابع: تقيد السلطة المفوضة بشروط تنظيمية عند اللجوء إلى التراضي
23	أولا: قيود السلطة المفوضة عند اللجوء إلى التراضي البسيط
25	ثانيا: تقيد السلطة المفوضة بشروط تنظيمية عند اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة
27	المبحث الثاني: مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط و في مجال إبرام إتفاقية تفويض المرفق العام
28	المطلب الأول: مكانة الشروط التنظيمية في دفتر الشروط
28	الفرع الأول: تعريف دفتر الشروط
29	أولا: التعريف الفقهي
30	ثانيا: التعريف التشريعي
31	الفرع الثاني: المراحل التنظيمية لإعداد دفتر الشروط
31	أولا: وضع المواصفات المطلوبة
31	ثانيا: وضع الشروط العامة و الخاصة لإتفاقية التفويض
32	الفرع الثالث: مضمون دفتر الشروط
32	أولا: البنود التنظيمية
34	ثانيا: البنود التعاقدية
35	الفرع الرابع: تقسيمات التنظيمية لدفتر الشروط
35	أولا: دفتر ملف الترشح
36	ثانيا: دفتر ملف العروض
38	المطلب الثاني: مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة إجراء إتفاقية تفويض المرفق العام
39	الفرع الأول: الشروط التنظيمية في مرحلة إيداع العروض
40	الفرع الثاني: إبراز مكانة الشروط التنظيمية للجنة انتقاء و إختيار العروض
41	أولا: التشكيلة التنظيمية للجنة إختيار و انتقاء العروض

42	ثانيا: الصلاحيات التنظيمية للجنة إختيار و انتقاء العروض
43	الفرع الثالث: التزام السلطة المفوضة بشروط تنظيمية في مرحلة المفاوضات
44	أولا: الشروط التنظيمية المتعلقة بمدد التفويض
46	ثانيا: التعريفات و الآتاوى
48	الفرع الرابع: إظهار مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة منح التفويض
48	أولا: مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة المنح المؤقت للتفويض
51	ثانيا: مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة المنح النهائي
54	الفصل الثاني: مكانة الشروط التنظيمية في تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام
55	المبحث الأول: نحو تعزيز مكانة الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام
56	المطلب الاول: مكانة الشروط التنظيمية في إطار سلطات الإدارة المفوضة
57	الفرع الأول: سلطة الرقابة والإشراف
57	أولا: سلطة الرقابة
60	ثانيا: ضوابط ممارسة الهيئة المفوضة لسلطة الرقابة عند تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام
62	ثالثا: سلطة الإشراف
62	الفرع الثاني: سلطة تعديل نصوص الإتفاقية الواردة في العقد دون الوقوف على إرادة المفوض له
63	أولا: الأساس القانوني لسلطة تعديل إتفاقية تفويض المرفق العام
65	ثانيا: الضوابط التنظيمية لممارسة سلطة التعديل الإفرادي
67	ثالثا: آليات ممارسة سلطة التعديل لشروط الاتفاقية
68	رابعا: تطبيقات سلطة التعديل للشروط التنظيمية بالإرادة المنفردة للهيئة المفوضة
69	المطلب الثاني: جزاءات الإخلال بالالتزامات التنظيمية المتعلقة بتفويض المرفق العام

70	الفرع الأول: تحديد الشروط التنظيمية لأنواع الجزاءات
70	أولاً: الجزاءات المالية
72	ثانياً: الجزاءات الضاغطة
74	الفرع الثاني: خصائص الجزاءات الإدارية
74	أولاً: سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة
75	ثانياً: سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاء دون الحاجة إلى نص يقره
75	ثالثاً: سلطة الهيئة المفوضة في إختيار موعد توقيع الجزاء
75	رابعاً: سلطة الهيئة المفوضة في توقيع الجزاءات دون ضرر من المفوض له
76	الفرع الثالث: خضوع الهيئة المفوضة إلى قيود عند توقيع الجزاءات
76	أولاً: إعدار المفوض له
77	ثانياً: خضوع الجزاءات المطبقة على المفوض له لرقابة القضاء
78	ثالثاً: عدم توقيع الهيئة المفوضة للجزاءات الجنائية
79	المبحث الثاني: مكانة الشروط التنظيمية في إطار سلطة الإدارة في إنهاء إتفاقية تفويض المرفق العام
80	المطلب الأول: سلطة الفسخ تعزز الشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام
80	الفرع الأول: الفسخ الإفرادي هو تعزيز للشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ الإتفاقية
82	أولاً: شروط ممارسة الهيئة المفوضة لسلطة الفسخ الإفرادي لدواعي المصلحة العامة
83	ثانياً: آثار المترتبة عن فسخ عقد التفويض بالإرادة المنفردة
84	الفرع الثاني: الفسخ الجزائي هو تعزيز للشروط التنظيمية في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام
85	أولاً: تحديد الشروط التنظيمية لأنواع الفسخ الجزائي (الإسقاط)
86	ثانياً: شروط ممارسة الهيئة المفوضة للفسخ الجزائي (الإسقاط)
88	ثالثاً: الآثار القانونية للفسخ الجزائي
89	المطلب الثاني: سلطة الهيئة المفوضة في استرداد المرفق العام
89	الفرع الأول: نحو تعزيز مكانة الشروط التنظيمية في إجراء الإسترداد

90	أولاً: أهمية عملية الاسترداد
91	ثانياً: الطبيعة القانونية للإسترداد و ما يترتب عليه من نتائج
91	الفرع الثاني: الإسترداد التعاقدى
92	أولاً: شروط ممارسة الإسترداد التعاقدى
93	ثانياً: آثار الإسترداد التعاقدى
93	ثالثاً: طرق تسديد التعويض للمفوض له في حالة الاسترداد التعاقدى
94	الفرع الثالث: الإسترداد غير الإتفاقي
95	الفرع الرابع: الإسترداد القانونى (التشريعى)
	خاتمة
	قائمة المراجع
	الفهرس

مكانة الشروط التنظيمية في عقود تفويض المرفق العام

ملخص

تعتبر تقنية تفويض المرافق العامة من الأساليب الحديثة لإدارة المرفق العام عن طريق الأشخاص العامة أو الخاصة، ولقد نظم المشرع الطرق المقررة لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، و أوجب الهيئة المفوضة بتباعها، كما بيّن الإجراءات التنظيمية المتبعة لإختيار و انتقاء أحسن عرض لضمان استمرارية سير المرفق العام وفقا لاحتياجات ومقتضيات المصلحة العامة. كما زود المشرع الهيئة المفوضة بامتيازات السلطة العامة، في مرحلة تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام، وسعى لتعزيزها من خلال منحها عدة سلطات لجبر المفوض له بتنفيذ التزاماته التعاقدية على أحسن وجه، لغرض المحافظة على المال العام و المصلحة العام.

La valeur des conditions réglementaires dans les contrats de la délégation de service public.

Résumé

La délégation de service public est considérée comme une technique moderne pour la gestion des services publics par des personnes publiques et privées.

Le Législateur a réglementé les modes de conclure l'accord de la délégation de service public, impose à l'autorité déléguée de suivre ce règlement, et éclaire les procédures à suivre pour choisir et sélectionner la meilleure offre pour assurer la continuité du service public selon les besoins et les exigences d'intérêt public.

Le législateur accorde à l'autorité délégataire des privilèges de l'autorité publique dans l'exécution de l'accord du service public, pour la renforcer en lui donnant un certain pouvoir, et pour forcer le délégateur à exécuter ses obligations contractuelles de la meilleure façon possible afin de préserver les fonds et l'intérêt publics.