

الإطار القانوني المرجعي لتفويض المرفق العام المحلي

سيهوب سليم استاذ محاضراً

جامعة ابن خلدون تيارت

University of Ibn Khaldoun Tiaret

seihoubsalim@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2021/10/23

تاريخ القبول: 2021/04/04

تاريخ الإرسال: 2020/12/04

ملخص:

إن تفويض المرفق العام المحلي هو أحد الآليات الواعدة في يد السلطات المحلية من أجل تحقيق التنمية فهو يتيح لها إمكانية استخدام الاستثمار الخاص لإدارة خدماتها العامة دون إثقال ميزانيتها. بعد فترة طويلة من تجاهل هذه التقنية من قبل القانون الجزائري أي طوال فترة الإشتراكية وحتى بعد الانتقال إلى اقتصاد السوق بسنوات وإلى غاية صدور المرسوم التنفيذي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و المرسوم التنفيذي 18-199 واكتمال النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام وهو ما يفتح المجال لإعمالها من أجل تنمية محلية حقيقية .

الكلمات المفتاحية: الجماعات المحلية - المرفق العام - تفويض المرفق العام - المنافسة

The reference legal framework for the mandate of a local public facility

The delegation of public service is one of the promising procedures in the hands of local authorities in order to achieve the development of their territories. It allows them to use private investment to manage their public services without increasing their budgets. Long neglected, the delegation of public service finds its place, especially after the adoption of Executive Decree 18-199 which complements the legal regime established by Decree 15-247. Thus the legal framework of the delegations is completed.

Key words: Local groups - public utility - public utility mandate - competition

مقدمة:

يعتبر تسيير المرافق العامة أحد الانشغالات الهامة التي تتكفل بها الجماعات المحلية، ذلك انه السبيل نحو تحقيق التنمية على الصعيد المحلي، وهو محدد أساسي يمكن الاعتماد عليه من أجل الحكم على مدى نجاح الهيئات المسيرة للشأن المحلي. ولقد اهتم المشرع من خلال قوانين الادارة المحلية المتتالية بهذا الموضوع بما في ذلك القانونين الحاليين المتعلقين بالبلدية والولاية قانون 10-11 و 07-12، بحيث وضعا الاطار القانوني المرجعي الذي تعتمد عليه الجماعات المحلية في تسييرها مرافقها. ومن بين الأساليب التي نص عليهما هذين القانونين أسلوب تفويض المرفق العام الذي يمكن أن يكون آلية هامة موضوعة بيد الادارة المحلية من أجل بناء شراكة مع القطاع الخاص. وبذلك قد يكون بديلا عن التسيير العمومي الذي ينهك ميزانية الجماعات المحلية خصوصا في ظل الازمة الاقتصادية التي تعيشها الجزائر حاليا.

إن دراستنا لهذا الإطار المرجعي لتفويض المرفق العام المحلي تقتصر على دراسة مفهوم تفويض المرفق العام المحلي وعن ما تقتضيه من إجراءات في الإبرام. ولن نتناول الجوانب الأخرى لأن المقال لا يتسع لها ولأن دقة القواعد المتعلقة باللجوء الى هذا النوع من العقود هو السبيل الى نجاح هذه الأخيرة في تحقيق التنمية المحلية. بناء على ما تقدم فإننا نطرح الإشكال التالي: هل يمكن اعتبار الاطار القانوني المتعلق باللجوء الى تفويض المرفق العام المحلي مكتملا أم أنه بحاجة الى المزيد من الايضاح والتصويب؟

المبحث الاول: مفهوم تفويض المرفق العام المحلي

قبل الحديث عن تقنية تفويض المرفق العام من حيث تعريفه وعناصره المميزة وصوره (المطلب الثاني)، فإنه من الأهمية بمكان الإشارة الى المرفق العام المحلي الذي هو الهدف الذي يصبو التفويض الى تحقيقه (المطلب الأول).

المطلب الاول: المرفق العام المحلي

لا يختلف المرفق العام المحلي في جوهره عن المرافق العامة الوطنية، ومع ذلك سنظهر بعض ما يميزه (الفرع الثاني) بعد أن نذكر بتعرف للمرفق العام (الفرع الأول)

الفرع الأول: تعريف المرفق العام

يعتبر المرفق العام احد أعمدة القانون الاداري وأحد اهم مظاهر خصوصيته وعلى أساسه شيدت نظرية المرفق العام التي شيدها الفقه والقضاء الفرنسيين في فترة تاريخية معينة من أجل تحديد خصوصية القانون الاداري .

ولقد انقسم الفقه في تعريفه الى اتجاهين وهما الاتجاه العضوي الذي يرى فيه مؤسسات وهيكل إدارية ثم انشاؤها من أجل تحقيق المصلحة العامة ، ولقد عيب على الرأي ربط المرفق العام بوجود مؤسسات وهيكل ادارية بينما يمكن ان يدار المرفق من قبل الخواص .

ويرى الاتجاه الموضوعي بان المرفق العام هو عبارة عن نشاط يستهدف تحقيق المصلحة العامة . اما الرأي الفقهي الراجح هو الذي يعرف المرفق العام من خلال الدمج بين الاتجاهين وبالتالي يكون المرفق العام مشروع يستهدف تحقيق المصلحة العامة وتحت إشراف الإدارة وبالتالي يفتح المجال امام التسيير الخاص¹ .

الفرع الثاني : عناصر المرفق العام المحلي

إذا كان هذا هو تعريف المرفق العام عموما فما الذي يميز المرفق العام المحلي عن المرافق العامة ذات البعد الوطني ؟

إن المرافق العامة تقوم على ثلاثة اسس وهي (اولا) وجود مصلحة عامة وهذه الاخيرة في حالة المرفق العام المحلي ذات بعد محلي اي انها تتميز عن المصلحة الوطنية التي تجسدها المرافق العامة الوطنية ، فمرافق مثل الصحة والتعليم والقضاء هي عبارة عن مرافق عامة وطنية .ومن أجل معرفة ما إذا كان المرفق العام ذو طابع محلي ام لا فانه يجب الرجوع الى مصدر انشائه فإذا أنشأ من قبل الجماعة المحلية فانه يكون ذو طابع محلي .

ثانيا) يكون المرفق العام مرتبطا بالسلطة العامة التي تنشاه وتشرف عليه سواء كان الاشراف مباشرا ام غير مباشر . وبخصوص المرفق العام المحلي فان الإدارة التي تشرف هي إدارة محلية أي إدارة لامركزية ، وبالرجوع الى الدستور نجد ان هذه الاخيرة ممثلة في هيئتين وهما البلدية والولاية ، وعليه نصت المادة 16 من الدستور المعدل في 2016 بان الجماعات الاقليمية للدولة هي البلدية والولاية وان البلدية هي الجماعة القاعدية . يعتبر هذا التحديد ذو طابع حصري بمعنى ان اي مرفق عام محلي لا بد من ان يرتبط اما بالبلدية والولاية² .

ولكن قد يطرح التساؤل حول انشاء المقاطعات الادارية بموجب المرسوم الرئاسي 15-140 بمعنى هل يمكن الحديث عنها كجماعة محلية جديدة يرتبط بها المرفق العام المحلي . الاجابة هي بالنفي كما يرى الاستاذ فريجات إسماعيل الذي يعتبر بانها " لا تتعدى كونها قسم او جزء من مصالح الولاية، وهي ليست من نظام الادارة المحلية"³ .

إن المرفق العام المحلي إذن يتميز بخضوعه سلطة محلية منتخبة فبالنسبة للبلدية فان الهيئة هي المجلس الشعبي البلدي الذي ييبث في القرارات المتعلقة بالمرفق العام كما هو الحال بالنسبة لجميع

اختصاصاتها من خلال مداوات ، ويلاحظ بان انشاء المرفق يخضع الى الرقابة الوصائية المسبقة اذ ان الميزانية المخصصة لذلك تندرج ضمن احدى حالات المصادقة المسبقة المنصوص عليها في قانوني البلدية والولاية .ويمكن ايضا يثار حيال انشاء المرفق البطلان المطلق او النسبي اذا ما توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في هذين القانونين بخصوص البطلان المطلق والنسبي ولكن ما يميز البطلان هنا عن قانون البلدية هو انه يتم من خلال دعوى يرفعها الوالي امام المحكمة الادارية⁴ .

ثالثا) وفي الأخير يخضع المرفق العام المحلي الى مجموع القواعد الكبرى التي تخضع لها سائر المرافق العامة .

المطلب الثاني مفهوم تفويض المرفق العام

ظل هذا المفهوم مبهما في القانون الجزائري رغم وروده في بعض النصوص القانونية وذلك الى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁵ . ولقد جاء هذا النص عاما بحيث ينطبق على عقود الجماعات المحلية، ولذلك وجب الرجوع الى هذا المرسوم لمعرفة النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام التي تقوم بها هذه الأخيرة . سنتعرف الى الخصائص القانونية الأساسية التي تميز هذا العقد الإداري (الفرع الأول) وبعدها نتعرض الى الصور التي يكتسبها تفويض المرفق العام (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: خصائص تفويض المرفق العام

بإصدار المرسوم 15-247 فإن المشرع تبني مفهوما واضحا ودقيقا للتفويض المرفق العام وأزال الغموض الذي كان سائدا قبل ذلك بحيث ان مصطلح التفويض ورد في نصين قانونيين وهما القانون 05-12 والقانون 11-10 ولكن دون تعريف دقيق له .

استنادا على المادة 207 من المرسوم السالف الذكر فإنه يمكن لنا تحديد الشروط أو الخصائص التي يقتضيها تفويض المرفق العام والتي ترد على العناصر المتمثلة في الجهة المفوضة - موضوع التفويض - اسلوب التفويض - تمويل التفويض .

أولا) الجهة المفوضة :

حدد المشرع الجهة التي يمكن لها التفويض وهي " الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام" وهو ما يعني جميع الاشخاص المعنوية العامة وهي الدولة -الولاية -البلدية - المؤسسات العامة سواء كانت إدارية أو تجارية وصناعية . وهذا على خلاف نظام الصفقات العمومية الذي لا يخص سوى الدولة - الولاية - البلدية - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بينما المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري فلا تخضع له إلا كانت مكلفة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من قبل الدولة أو من الجماعات الإقليمية .

إن هذه الخاصية التي ميز بها المرسوم 15-247 عقود تفويض المرفق العام عن عقود الصفقات العامة ثم التراجع عنها من قبل المرسوم التنفيذي 18-199⁶ الذي من المفترض أن يجسد أحكام المرسوم

الرئاسي لكون هذا الأخير أعلى منه مرتبة في سلم تدرج القواعد القانونية ولا يخالف أحكامه بهذا التقييد الذي يحرم المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي من الاستفادة من شراكة مع القطاع الخاص من أجل تطوير خدماتها وتوسيع نشاطاتها. لم يخالف المرسوم التنفيذي 18-199 فقط المرسوم الرئاسي بل أيضا القانون 05-12 المتعلق بالمياه الذي أجاز للمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي تفويض الخدمة العمومية المكلفة بها⁷

ثانيا) موضوع التفويض

بخلاف العنصر السابق فإن موضوع عقد تفويض يميز بشكل واضح تفويضات التعاقدية للمرفق العام عن العقود المشابهة لها. يستدعي هذا العنصر التطرق الى مسالتين وهما تعلق التفويض المرفق العام بمرفق عام والقيود الواردة على عملية التفويض.

أ) تعلق التفويض بتسيير مرفق عام

يتعلق موضوع عقد تفويض المرفق العام بتسيير مرفق عام وهو ما يميزه هذا النوع من العقود عن العقود الأخرى وبالخصوص عقود الصفقات العامة وعقود الامتياز الواردة على الأملاك الوطنية. ففي عقود الصفقات العامة لا يعتبر المتعاقد مع الإدارة مسيرا للمرفق العام بل فقط مزودا لها بما تحتاجه من وسائل وإمكانات وتظل الإدارة مسؤولة عن عملية تسيير المرفق العام وهي ... وأما بالنسبة لعقود امتياز الأملاك الوطنية فإن صاحب الامتياز يستغل الأملاك الوطنية دون أن يكون مكلفا بالضرورة بتسيير المرفق العام. وهو ما تبناه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر والذي اعتبر بموجبه بان "نشاط مطعم المسعى ب يساهم في استقبال السياح وتطوير الجذب السياحي ولكن هذا الدور لا يكفي نظرا لأساليب اسلوب تسيير المؤسسة ومصالحتها الخاصة لإضفاء صفة المرفق العام". وعليه فإن مجلس الدولة اعتبر عقد الامتياز محل النزاع لا يشكل تفويض مرفق العام وبالتالي لا تنطبق عليه أحكام القانون 93-المسمى قانون صابن⁸ Sapin.

أما إذا اوكلت الى صاحب الامتياز مهمة مرفق عام فإننا نكون امام عقد امتياز أملاك عمومية مقترن بتفويض المرفق العام وهي الحالة التي نصت عليها المادة 64 مكرر عند تعريفها لعقد الامتياز بقولها بأنه ذلك العقد الذي تمنح بموجبه جماعة عمومية صاحب الامتياز طبيعي أو معنوي حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز الى السلطة صاحبة حق الامتياز⁹. وهو ما اقره ايضا المشرع الفرنسي في القانون المتعلق بالجماعات المحلية في المادة 5-1311 L من مدونة الجماعات الإقليمية¹⁰.

استنادا على ما سبق فإن الجماعات المحلية ممثلة في البلدية والولاية باستطاعتها أن تقوم بتفويض مرافقها العامة من خلال صورتين إما ان تبرم عقد تفويض المرفق العام دون الترخيص بشغل الاملاك العمومية في إطار عقد الامتياز الوارد في المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية وإما ان تلجأ الى هذا العقد وتقوم بتحويل مهمة استغلال المنشأة العمومية.

ب) الحدود الواردة على تفويض المرفق العام المحلي

أوردت المادة من 207 المرسوم 15-247 شرطا مقيدا لعملية التفويض بقولها " مالم يوجد حكم تشريعي مخالف" وهو شرط بديهي بما أن السلطة المفوضة ملزمة باحترام القيود التشريعية الواردة على التفويض ومن بين هذه القيود ما أورده المرسوم 18-199 في مادته الثانية فيما يخص منع تفويض المهام الغير السيادية. لا ينصرف هذا المنع الى جميع المرافق العامة الادارية بل فقط الى تلك المهام السلطوية مثل بوليس الاداري الخاص بالطرقات¹¹. ويلاحظ بان عدم جواز تفويض يستند الى مبدأ عام نظرا لطبيعة هذه المهام التي هي حكر على السلطات العمومية.

هناك بعض المرافق المحلية التي لا تعتبر غير قابلة للتفويض بسبب طبيعتها بل نظرا لمانع تشريعي كما في حالة مرفق المياه والتطهير الذي لا يجوز تفويضه من قبل البلديات بل يمكنها اما تسييره مباشرة أو منحه في إطار عقد الامتياز .

ثالثا) اسلوب التفويض

يجب أن يتم التفويض من خلال عقد وهو ما يعني استبعاد ما يسمى التفويض النظامي او الغير التعاقدية حتى ولو توافرت فيه الشروط الأخرى لتفويض المرفق العام. ولقد تم النص على هذا الشرط من قبل المادة 207 من المرسوم 15-247 التي اشترطت اتفاقية وكذلك المرسوم 18-199 الذي استخدم مصطلح الاتفاقية.

إن وجود هذا الشرط إذن يحول دون اضعاف صفة تفويض المرفق العام على جميع النشاطات المفوضة من خلال قرارات إدارية مثل الرخص في مجال البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وأيضا في مجال انتاج الكهرباء حتى ولو تم تحويل مهام مرفقية الى صاحب الترخيص.

رابعا) تمويل التفويض

يكون المقابل المالي مرتبطا بنتائج الاستغلال وهو ما فسر فقها وقضائيا بتحويل خطر مالي للمتعاقد، وهو ما يميز عقود التفويض بشكل جذري عن عقود الصفقات العامة¹². ولقد أكدت اللجنة الأوروبية على هذا المعيار كحد فاصل بين الصفقات العامة وتفويضات المرفق العام في رسالتها التفسيرية في سنة 2005 حول عقود الامتياز¹³.

بناء على ما تقدم فإنه على الإدارة أن لا تضمن للمتعاقد معها المقابل المالي وإلا كنا أمام تفويض مزيف وهو ما قد يؤدي الى إعادة تكييفه من قبل القاضي الإداري في حالة الطعن في قرار التعاقد .

رغم أهمية هذا الشرط ووضوحه إلا أننا نرى انحراف المرسوم التنفيذي 18-199 عن المرسوم الرئاسي 15-247 بحيث أنه نص على الحالة التي لا يتحمل فيها المتعاقد مع الإدارة اي خطر مالي (المادة 50 فقرة 02) وهو ما يعتبر مخالفة صريحة لقاعدة قانونية اسمى في سلم تدرج القوانين. أمام هذا الانحراف فإنه يجب تطبيق القاعدة الاسمى وهي تقرر وجوب تحميل نسبة من الخطر المالي للمتعاقد. هذا ما ينبغي ان تنهجه الإدارة المحلية الى حين استدراك هذا الخطر من قبل الحكومة وتعديل المرسوم التنفيذي .

الفرع الثاني : صور تفويض المرفق العام

بعد أن بيننا النموذج العام الذي يستند عليه تفويض المرفق العام فإننا سنتعرض الى مختلف الصور التي يكتسبها مع الملاحظة أن هذه الصور لا تعتبر حصرية بل نص عليها المشرع نظرا لأهميتها

أولاً) عقد الامتياز ورد تعريفه بشكل واضح وأشتمل على صورتين وهما عقد الامتياز المقترن بالاشغال العامة وعقد الامتياز البسيط . وفي الحالتين فان المفوض اليه يقوم باستغلال المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت رقابة السلطة المفوضة ويتقاضى اتاوات من المستخدمين وعنى ذلك أن تكون له علاقة مباشرة بهم ، وهو المسؤول على الانجاز واقتناء الممتلكات بنفسه . ولذلك فان الخطورة المالية تظهر في عقد الامتياز بشكل لا مثيل له في عقود التفويض الأخرى .

تكون الصورة الأولى من الإمتياز أكثر أهمية وتجعل من الشراكة مع المتعاقد أكثر عمقا بما أن المتعاقد سيقوم في البداية ببناء المنشآت والممتلكات الضرورية لاقامة المرفق العام ثم يقوم بعدها باستغلاله وهو ما يتطلب إذن مدة أطول للعقد حتى يتمكن المتعاقد من استرداد تكاليف الانجاز وتحقيق الأرباح .

إن هذه الصورة من الامتياز قد تمكن الجماعات المحلية من تطوير بنيتها التحتية دون أن تخصص اعتمادات مالية مرهقة لميزانيتها ولكن من أجل ذلك عليها ان تشجع المستثمرين الخواص لإقبال على هذه العقود .

أما بخصوص الصورة من الثانية من الامتياز فإنها لا تحقق للإدارة سوى التسيير الجيد فهي تتعاقد مع شخص تكون له الامكانيات التي تؤهله لتسيير أحد المرافق العامة .

ثانيا) ايجار المرفق العام

يتكفل المفوض اليه بمهمة تسيير المرفق وصيانته ،مقابل اتاوة سنوية يدفعها لها . وعلى خلاف عقد الامتياز فان السلطة المفوضة هي التي تتكلف بإقامة المرفق العام او انه تمت اقامته من قبل صاحب الامتياز ،ويدفع اجر المفوض له من خلال تحصيل اتاوى من مستعملي المرفق العام .ان الخطر المالي الذي يتحمله المتعاقد اقل من ذلك الذي يتحمله صاحب الامتياز .

إن هذا العقد يمكن ان يكون استمرارية لعقد الامتياز بحيث يتحول موضوع التفويض الى عملية التسيير فقط . وهو ما حدث فعلا في فرنسا في مجال المياه مع شركة العامة للمياه التي تحولت من عقد الامتياز الى التاجير، ولقد ثم ذلك منذ سنة 1948 بحيث أعادت المؤسسة التفاوض من أجل اعادة صياغة عقودها¹⁴ .

ثالثا) الوكالة المحفزة وعقد التسيير

ان هذين العقدين هما اقل اهمية من الامتياز وتسيير المرفق العام نظرا للخطر المالي المحدود الذي يتحمله المتعاقد مع الإدارة

أ) تتمثل الصورة الثالثة في الوكالة المحفزة وهي تتفق مع الايجار في كون السلطة المفوضة هي التي تمول بنفسها اقامة المرفق العام وان المفوض اليه يقوم بعملية التسيير او التسيير والصيانة، وتختلف معه في كون السلطة المفوضة تحتفظ بعملية الادارة وأيضا في كون المقابل المالي لا يتلقاه من قبل المستخدمين بل من السلطة المفوضة .

ب) تتمثل الصورة الرابعة في عقد التسيير وهو لا يختلف عن الوكالة المحفزة إلا من حيث تمويل الذي يقتصر على نسبة مئوية من رقم الاعمال و منحة انتاجية دون حصة من الارباح .

المبحث الثاني: تكوين عقود تفويض المرفق العام

بعد ان بيننا مفهوم تفويض المرفق العام المحلي الذي يخضع للإطار القانوني الذي وضعه المرسومين 247-15 و 199-18 فإننا ننتقل الى مسألة هامة وهي تكوين عقود تفويض المرفق العام المحلي وهنا مرة أخرى نلجأ الى الاطار القانوني السالف الذكر بحيث نبدأ بالمبادئ العامة التي وردت في المرسوم الرئاسي (المطلب الاول) ثم نبين كيف جسدها المرسوم التنفيذي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: المبادئ العامة لإبرام عقود تفويض المرفق العام

أحالت المادة 209 من المرسوم الرئاسي الى المادة 05 من نفس المرسوم لمعرفة المبادئ التي تخضع لها تفويضات المرفق العام وهي المتمثلة في حرية الوصول - المساواة - الشفافية .

الفرع الاول: مبدأ المساواة

نبدأ بمبدأ المساواة نظرا لأهميته وكونه يجد اساسه في النص الدستوري وبالتحديد في المادتين 32 و33 من الدستور . لقد نصت المؤسس الدستوري في هذين المادتين تباعا على مايلي " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه الى المولد أو العرق (...) أو اي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي " و" تستهدف المؤسسات ضمان المساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الانسان وتحول دون مشاركة الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية" .

إن إقرار المساواة بهذا الشكل الجازم يفرض نفسه على مجال المرافق العامة وهو ما يستدعي مساواة المتعاملين الاقتصاديين في فرص الظفر بعقود مع الإدارة، ومن بينها عقود تفويض المرفق العام¹⁵ وعليه فإنه لا يجوز للجماعات المحلية تقييد مبدأ المساواة إلا استناداً على مبررات قانونية. وليس لجوء الإدارة إلى إجراء اختيار المباشر لتعاقد في إطار التراضي إلا إجراء استثنائياً ولا يعتبر تمييزاً له عن غيره بل إجراء تقتضيه الضرورة إما بسبب الوضعية الاحتكارية للمعني وإما بسبب حالة الاستعجال.

ومقتضى المساواة هو أنه يلقي على الجماعات المحلية التزام معاملة جميع المترشحين وعروضهم معاملة متساوية وذلك عن غض النظر عن الأسلوب الذي يتم اختياره لإبرام عقد تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: حرية الوصول إلى عقود تفويض المرافق العامة المحلية

تأتي هذه الحرية شديدة الصلة بالمساواة بما أن جميع الأشخاص يستفيدون بشكل متساوي من الحق في الوصول إلى عقود تفويض المرفق العام المحلي ولكن هذه الحرية ترد عليها بعض القيود كما هو بالنسبة للصفقات العمومية وهو ما نصت عليه المادة 47 من المرسوم 18-199 حينما أحالت إلى المادة 75 من المرسوم 15-247 التي بينت بشكل حصري حالات المنع من المشاركة ونذكر منها ما يلي:

- "الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح"

الفرع الثالث: مبدأ الشفافية

تأتي الشفافية متأخرة عن المبدأين السابقين لأنه يمكن اعتبارها نتيجة لهما فإقرار المساواة والحرية في الوصول إلى عقود تفويضات المرفق العام يقتضي بالضرورة تكريسا للشفافية التي تتيح من خلال الأشهر والحق في الاطلاع على المعلومات لأكثر عدد ممكن من الأشخاص من المشاركة في إجراء اختيار المتعاقد مع الإدارة. ولذلك فإن محكمة العدل الأوروبية جعلت من مبدأ الشفافية أحد مقتضيات مبدأ عدم التمييز¹⁶.

المطلب الثاني: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام المحلي طبقاً للمرسوم التنفيذي 18-199

بعد أن وضعنا المبادئ التي تسري على عقود تفويضات المرفق العام المحلي فإننا نتساءل عن القواعد التي تجسد هذه المبادئ والتي جاء المرسوم التنفيذي 18-199 وهنا نتطرق إلى الإجراءات المقررين وهما طلب العروض وأسلوب التراضي.

الفرع الأول : طلب على المنافسة

بعد تعريف هذا الإجراء فإننا نبين المراحل التي يمر عبرها الى غاية اختيار المترشح .

أولاً) عرفت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 18-199 الطلب على المنافسة بأنه " إجراء يهدف الى الحصول على أفضل عرض ، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقاءهم وشفافية العمليات وعد التحيز في القرارات المتخذة يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض".

إن مثل هذا التعريف بحاجة الى بعض الملاحظات وهي

إن اجراء طلب على المنافسة لا يختلف في جوهره عن إجراء طلب العروض المقرر بالنسبة للصفقات العمومية والذي يعرف بأنه إجراء يستهدف للحصول على عدة عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إستنادا الى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء" وبالتالي فإنه كلاهما خلق حالة تنافسية بين المتعاملين من أجل تحفيزهم على تقديم أفضل العروض .

يعتبر إجراء طلب المنافسة على غرار طلب العروض في الصفقات العامة القاعدة العامة نظرا لما يمثله من أهمية في تحقيق المبدأ الوارد في المادة 05 من المرسوم 15-247 وهو ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام".

يجب الإشارة الى أنه وعلى خلاف طلب العروض في مجال الصفقات العامة فإن طلب على المنافسة لا يمكن أن يكون إلا وطنيا وهو ما يعني بأن الجماعات المحلية تحرم من الاستفادة من الاستثمار الاجنبي رغم ان تفويض المرفق العام يحتاج الى شركاء ذوي إمكانيات قد لا يتواجدون وطنيا .

ثانيا) مراحل إجراء الدعوة الى المنافسة

تمر هذه العملية بمرحلتين اساسيتين

أ مرحلة الاعلان إن الاشهار في مجال العقود الادارية هو الذي ي"ضع المنافسة الحرة موضوع التطبيق الفعلي لأنه هو الذي يؤدي الى إثارة المنافسة داخل مناخ المساواة والشفافية"¹⁷. ولذلك فإن المرسوم 18-199 لم يتجاهل هذا الالتزام فيما يخص عقود تفويض المرفق العام بحيث كرسه بشكل واضح في المادة 25 " يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة ويجب إشهاره على الاقل في جريدتين يوميين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية".

ولقد خففت المادة 26 من المرسوم السالف الذكر من حدة الالتزام بالنسبة لبعض المرافق العمومية نظرا الى حجمها ونطاق نشاطاتها من فلم تجبرها على النشر في جريدتين وطنيتين ولكن شريطة ضمان إشهار واسع وبكل وسيلة أخرى وينبغي عليها تعليل عدم النشر .

بينت المادة 27 من المرسوم 18-199 مضمون اعلان الطلب على المنافسة الذي يجب ان يتضمن البيانات التالية

تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها -صيغة طلب على المنافسة -موضوع وشكل تفويض المرفق العام -المدة القصوى للتفويض - شروط التأهيل والانتقاء الاولي -قائمة الوثائق المكونة لملف المترشح -مكان ايداع ملف الترشح - مكان سحب دفتر الشروط -دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح للاظرفة *كيفية تقديم ملف الترشح الذي يجب ان يقدم في ظرف مغلق ومهم (...)-يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة الى آخر يوم, آخر ساعة لايداع الملفات وساعة فتح الاظرفة .

ب) مرحلة اختيار المتعاقد

بعد الانتهاء من عملية الاشهار وانتهاء مهلة لإيداع العروض بحسب الشروط المقررة في المادة 28 من المرسوم 18-199 فان ملفات الترشح تدرس من قبل من قبل لجنة اختيار وانتقاء العروض في جلسة علنية ويتم إعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقا للجزء الاول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة (المادة 31 من نفس المرسوم) وبعدها تقوم بدراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وتقييمها حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط وتقوم بعدها بترتيب تفاضلي للعروض .

بعد ذلك تتم دعوة المترشحين المقبولين بكل وسيلة ملائمة لسحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم ويدعون الى كتابيا وعلى حدى الى المفاوضات حول العرض أو العروض ويحرر محضر وتقرح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة الذي ثم انتقاؤه وقدم أحسن عرض .

الفرع الثاني: التراضي

عرفت المادة 41 المرسوم 15-247 التراضي بشكل واضح ودقيق بقولها أنه " اجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الى الشكلية الى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة ، وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة

الملائمة " بينما لم يعرف المرسوم 18-199 التراضي بصفة عامة بل اكتفى بالنص على أنه إجراء استثنائيا و عرف نوعيه وهما التراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة واللذان سنتعرض لهما تباعا

يأتي التراضي بعد الإستشارة كنتيجة لعدم جدوى الدعوى الى المنافسة للمرة الثانية بحيث يتم اختيار المفوض له من بين ثلاثة من المترشحين على الاقل الذين شاركوا في الطلب على المنافسة وكذلك هو مقرر بالنسبة لبعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء طلب على المنافسة كما نصت المادة 19 .

يلاحظ بأن هذا النوع من التراضي مبرر نظرا لضرورة إيجاد الإدارة للمتعاقد معها لتسيير المرفق العام وعدم تعطل المصلحة العامة وهذا على خلاف التراضي البسيط الذي يعتبر مساسا بحرية المنافسة بحيث تختار الإدارة مباشرة الشخص الذي تتعاقد معه ولذلك فإن قيد اللجوء اليه بحالتين إما في حالة الخدمات التي لايمكن أن تكون محل تفويض غلامترشح واحد يحتل وضعية احتكارية وإما في الحالات الاستعجالية .

الخاتمة

اتضح لنا بشكل جلي بان المشرع الجزائري قد وضع نظاما قانونيا متكامللا للاستخدام تقنية تفويض المرفق العام من قبل الجماعات المحلية بشكل مماثل تقريبا الى نظام الصفقات العمومية ولكن هناك بعض التناقض بين المرسوم 19-199 وبين المرسوم 15-247 وبالتحديد فيما يخص عنصر الخطر المالي ولذلك وجب على الجماعات المحلية تركز هذا الخطر في عقود التفويض التي تبرمها لما في ذلك من أهمية في إقامة شراكة حقيقة مع القطاع الخاص في مجال تطوير البنى التحتية والمرافق العامة .

المراجع :

أولا) النصوص القانونية :

القانون رقم 08-14 المعدل للاملاك الوطنية 90-30 المؤرخ ف20 يوليو 2008 ، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 03 غشت 2008.

القانون 10-11 المتعلق بالبلدية المؤرخ في 22 يونيو 2011 ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 03 يوليو 2011.
القانون 07-12 المتعلق بالولاية المؤرخ في 21 فبراير 2012 ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 29 فبراير 2012.

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام المؤرخ في 02 أوت 2018 ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 05 أوت 2018 .

ثانيا) الكتب

ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، دار المجدد ، الطبعة الرابعة، 2010.
COLSON et P.IDOUX, Droit public économique, LGDJ ,7ème éd ,2014

ثالثا) المقالات

فريجات إسماعيل ، مركز المقاطعة الإدارية في التنظيم الإداري الجزائري ، دفاتر السياسة والقانون ، العدد 18 ، جانفي 2018

عميري أحمد ، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات ابرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الانسانية ، عدد 18 سنة 2017.
Dominique lorrain, la naissance de l'affermage :coopérer pour exister ,entreprises et histoires ,n 50 ,année2008.

رابعا) الأحكام القضائية :

قرار رقم 02 /ق.أ/م د/2000 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1420 الموافق 27 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 24 محرم عام 1418 الموافق 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى.

CE, 1er avril 1994, Commune de Menton, Req. n° 144152, 144241

Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc (15 avril 1996 ; J-P

CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH Telefondress GmbH et Télécom Austria AG ,aff C324/98 Rec p I -10745 ,AJDA 2001 ,p 106

Décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012 disponible sur le site <https://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2012/2012651dc.htm> تاريخ الاطلاع 2020/07/13 ساعة 1953

التهميش :

¹ ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، دار المجدد ، الطبعة الرابعة، 2010 ، ص 193.

² نص قرار المجلس الدستوري واعتبارا أن المؤسس الدستوري حين أقر في المادة 15 (الفقرة الأولى) من الدستور أن " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية و الولاية" فإنه يقصد حصر التقسيم الإقليمي للبلاد في هاتين الجماعتين الإقليميتين دون سواهما" قرار رقم 02 /ق.أ/م د/2000 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1420 الموافق 27 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ في 24 محرم عام 1418 الموافق 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى.

³ فريجات إسماعيل ، مركز المقاطعة الإدارية في التنظيم الإداري الجزائري ، دفاتر السياسة والقانون ، العدد 18 ، جانفي 2018 ، ص 232

⁴ القانون 10-11 المتعلق بالبلدية المؤرخ في 22 يونيو 2011 ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 03 يوليو 2011 والقانون 07-12 المتعلق بالولاية المؤرخ في 21 فبراير 2012 ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 29 فبراير 2012 .

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

⁶ المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام المؤرخ في 02 أوت 2018 ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 05 أوت 2018 .

⁷ بالرجوع الى المادتين 101 و 104 من قانون 05-12 المتعلق بالمياه نرى ان المشرع أجاز ان يتم منح خدمات امتياز خدمات العمومية لمياه والتطهير الى أشخاص معنويين خاضعين للقانون العام دون إقصاء للمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي.

⁸ Voir loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ,loi précitée .Voir sur le principe de l'égal accès des candidats à l'octroi de la concession

⁹ القانون رقم 08-14 المعدل للملك الوطنية 90-30 المؤرخ ف20 يوليو 2008 ، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 03 غشت 2008.

¹⁰<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633>

ساعة الاطلاع 08.19 تاريخ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633&idArticle=LEGIARTI000030927832&categorieLien=id2020/07/15>

¹¹ **CE, 1er avril 1994, Commune de Menton, Req. n° 144152, 144241**

¹² Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc (15 avril 1996 ; J-P. COLSON et P.IDOUX, Droit public économique, LGDJ ,7ème éd ,2014 , p351.

13

¹⁴ Dominique lorrain, la naissance de l'affermage :coopérer pour exister ,entreprises et histoires ,n 50 ,année2008 ,p 68

¹⁵ يجب الإشارة الى أن المجلس الدستوري الفرنسي قد جعل من مبدأ المساواة في مجال الطلبات العمومية مبدأ دستوري

Décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012 disponible sur le site <https://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2012/2012651dc.htm> تاريخ الاطلاع 2020/07/13 ساعة 19:53

¹⁶ CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH Telefondress GmbH et Télécom Austria AG ,aff C324/98 Rec p I -10745 ,AJDA 2001 ,p 106

¹⁷ عميري أحمد ، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الانسانية ، عدد 18 سنة 2017 ، ص 227.