تاريخ استقبال المقال: 2018/5/07 تاريخ قبول نشر المقال: 2018/12/05 تاريخ نشر المقال: 2018/12/31

أحكام عقد الوكالة المحفزة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15

Les dispositions du contrat de la régie intéressée conformément au décret présidentiel 15/247

فاضل إلهام
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة 8 ماي 1945 – قالمة - الجزائر
fadelilhem@yahoo.fr

الملخّـص:

لقد عرف التسيير العمومي للمرفق العام في الجزائر، عدة نقائص ومشاكل أثرت على نجاعة وفعالية المرفق في تادية مهامه، فاضطرت الدولة للبحث عن بدائل أخرى، تمثلت بالخصوص في استخدام آلية تفويض المرفق العام التي كرسها المرسوم الرئاسي 247/15، عن طريق عدة صيغ منها عقد الوكالة المحفزة، والذي ياخذ طابع خصوصي من حيث أن التسيير يكون لحساب السلطة المفوضة، ولا يتحصل المفوض له على المقابل المالي من تعريفات المنتفعين بل يدفع له في شكل أجر محدد، بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق العام مباشرة من الجماعة العمومية، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح، لحمله على التسيير الجيد للمرفق العام.

الكلمات المفتاحية: المرفق العام، الوكالة المحفزة، التسيير، المفوض له التعريفات، المنافسة.

□ **Résumé :**

La gestion publique en Algérie a connu plusieurs lacunes et problèmes, qui ont affecté l'efficience et l'efficacité du service public dans l'exercice de ses fonctions, l'État a été contrainte de chercher d'autres alternatives, représentées notamment dans l'utilisation de la délégation du service public consacrée par le décret présidentiel 15/247 à travers plusieurs formats, y compris le contrat de régie intéressée. Ce dernier prend un caractère particulier, car le régisseur gère le service public, pour le compte de la personne publique délégante et qui sera rémunéré directement par la collectivité publique (garantie de recettes). Et afin de mieux gérer le service public, cette rémunération est dédiée d'une prime de productivité, et d'une partie du bénéfice.

Mots clés : service publique, régie intéressée, gestion, délégataire tarifs, concurrence.

Abstract :

The public management in Algeria was experienced several shortcomings and problems, which have affected the efficiency and effectiveness of public service on completing their duties perfectly ,this leads the state to look for another alternatives, which represented particularly on the use of the delegation of the public service mentioned in Presidential Decree 15/247, through several formats, including the relevant public service ,management involvement, which takes a particular character due to that the administrator manages the public service on behalf of the delegating public entity and will paid directly by the public authority (revenue guarantee).As well as for bringing it to a good public service management, this remuneration is accompanied by a productivity bonus and profit sharing .

Keywords: public service, management involvement, management delegate, tariffs, concurrence.

مقدمة :

عرف المرفق العام في الجزائر، قبل التسعينات أسلوبين في التسيير هما الأسلوب الكلاسيكي ويتمثل في التسيير المباشر، وأسلوب المؤسسة العامة؛ بسبب أن الدولة في ظل النظام الاشتراكي، تتكفل بمعظم النشاطات التي اعتبرت مرافق عامة، وبالنتيجة تقليص دور المبادرة الخاصة.

ولكن بفعل تطور الحاجيات العامة وتجددها، وزيادة التكلفة المالية التي يتطلبها التسيير العمومي، عجز المرفق العام على توفير خدمات في مستوى تطلع المواطنين، مما استلزم الأمر على الدولة اللجوء إلى القطاع الخاص، لإدارة وتسيير بعض المرافق العامة، بالخصوص المرافق العمومية الاقتصادية، والتي يمكن أن تكون مجالا للمنافسة.

بهدف تخفيف العبء على الخزينة العمومية من جهة، والاستفادة من قدرات الخواص الفنية وكفاءتهم في التسيير، من حيث امتلاكهم للتقنيات والتكنولوجيات الحديثة، في توفير الخدمات التي تعجز الدولة عن التحكم فيها من جهة أخرى[1].

إن هذا التوجه الجديد يتماشى مع سياسة الانفتاح التي تبنتها الجزائر بعد سنة 1989، من حيث تطبيق قواعد اقتصاد السوق، لمسايرة التحولات الاقتصادية التي يشهدها العالم[2]، تحت تأثير فكرة العولمة، من خلال تقليص دور الدولة خاصة في المجال الصناعي والتجاري، عن طريق آلية تفويض المرفق العام لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص، يتولى تسييره واستغلاله دون التنازل كلية على المرفق العام، بغرض الرقي بالخدمة العمومية، وهو أحد عناصر اكتمال وجود المرفق العام.

تم تكريس هذه التقنية الجديدة، صراحة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويكون بذلك المشرّع الجزائري حذا حذو التشريعات الأخرى[3]، وفي هذا الصدد نصت المادة 210 من هذ المرسوم، على الأشكال التي يمكن أن يتخذها تفويض المرفق العام، منها عقد الامتياز والايجار وعقد التسيير والوكالة المحفزة.

ولقد وقع الاختيار على عقد الوكالة المحفزة كموضوع لهذا المقال، بسبب أنه أدرج لأول مرة في المنظومة القانونية الجزائرية، مقارنة ببقية أشكال التفويض الأخرى، فكان الدافع الرئيسي لمعالجة هذا الموضوع، هو تسليط الضوء عليه لتوضيح معالمه.

واستنادا إلى ما سبق ذكره يمكن صياغة الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفّق المشرّع الجزائري في ضبط أحكام عقد الوكالة المحفزة بما يحقق النجاعة في تسيير المرفق العام؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة، قمنا بتقسيم الموضوع إلى مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: يتعلق بعقد الوكالة المحفزة كأسلوب جديد لتسيير المرفق العام.
أما المبحث الثاني: خصص لإجراءات إبرام عقد الوكالة المحفزة.

المبحث الأول: عقد الوكالة المحفزة أسلوب جديد في تسيير المرفق العام

يعتبر المرفق العام من أهم أوجه تدخل الدولة في حياة الجماعة من خلال تقديم خدمات للمواطنين بأشكال متعددة، وبما أن الدولة هي المكلفة بإنشاء المرافق العامة وتنظيمها، فهي الأقدر على تسييرها، غير أن زيادة حجم تدخل الدولة وزيادة المرافق العامة، جعلها مسيّرة فاشلة خاصة وأن هدفها الوحيد كان البحث عن المردودية الاجتماعية، أي ضمان الخدمة العمومية التي يفشل الأفراد عن تقديمها، مما أثقل كاهل الخزينة العامة، بحجم النفقات العامة المتزايدة بفعل تدخل الدولة في جميع الميادين[4]، وبذلك اقتضت ضرورة توفير خدمات في المستوى المطلوب، البحث عن وسائل أخرى في التسيير، منها آلية تفويض المرفق العام عن طريق الوكالة المحفزة.[5]

المطلب الأول: مفهوم عقد الوكالة المحفزة: régie intéressée

بداية نشير إلى أن المشرّع الجزائري لم يضبط بدقة المصطلح الذي أطلقه على هذا العقد[(6)]، لأن تسميته بالوكالة لا يعبر عن جوهره، بما أن هذا النوع الجديد من العقود يتعلق **بتسيير واستغلال المرفق العام**، في حين نجد أن موضوع الوكالة في إبرام العقد الإداري ليس محصورا في هذا المجال، وإنما يمكن أن يمتد إلى مجالات أخرى كالأشغال العامة،[7] ثم إن الوكيل يتقاضى المقابل المالي في صورة ثمن محدد يدفعه إليه الشخص العام الذي وكله، أما في ظل عقد الوكالة المحفزة، **فإن المقابل المالي يرتبط**

بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق العام، كما يمكن للشخص العام إنهاء عقد الوكالة في أي وقت يراه مناسبا، وفقا لأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، أما في ظل عقد الوكالة المحفزة، فلا يحق لمانح التفويض إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا تحقيقا للمصلحة العامة، أو عند ارتكاب صاحب التفويض لخطأ جسيم أو في حالة حدوث قوة قاهرة، تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية.

وللإحاطة بمفهوم عقد الوكالة المحفزة، لا بد من التطرق إلى تعريفه ثم التطرق إلى العناصر الأساسية الواجب توافرها لقيامه.

الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة المحفزة:

أولا: التعريف الفقهي:

عرف البعض عقد الوكالة المحفزة بأنه: "العقد الذي من خلاله تفوض السلطات العمومية، تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح"[8].

وعرفه البعض الآخر بأنه:" عقد بموجبه يعهد شخص عام مرفق عام إلى شخص خاص، نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة، وفقا لحسن سير الاستغلال، على أن تتحمل الإدارة المخاطرة المالية للمشروع."[9]

ثانيا: التعريف التشريعي:

عرف المشرّع الجزائري عقد الوكالة المحفزة، في الفقرة الثالثة من المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 بأن: " تعهد السلطة المفوضة

للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة الإنتاجية وحصة من الأرباح، عند الاقتضاء.

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

الفرع الثاني: العناصر الأساسية التي يقوم عليها عقد الوكالة المحفزة

من خلال ما ورد في التعريف التشريعي المذكور أعلاه، يمكن استنتاج العناصر الأساسية لقيام عقد الوكالة المحفزة وهي:

أولا: من حيث أطراف العقد:

تتمثل أطراف عقد الوكالة المحفزة، في الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام والمسؤول عن المرفق العام، أي **السلطة المفوضة** من جهة، والمتعامل الاقتصادي وهو **المفوض له**، والذي سيأخذ على عاتقه مسؤولية تسيير واستغلال وإدارة المرفق العام من جهة أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 15/ 247 السالف الذكر، لم يفسر عبارة **المفوض له** بحيث جاءت عامة، ومن ثمة يفتح باب التأويل حول قصد المشرّع، هل أراد تفويض تسيير المرفق العام إلى المتعاملين الخواص فقط. خاصة وأن ظروف استقبال هذا النص جاءت في هذا المسار، وهو تحديث دور الدولة الجزائرية في تسيير مرافقها العمومية، بالتفتح على القطاع الخاص لغرض تقديم خدمات ذات جودة عالية للجمهور[10]، أم أنه

سوى بين المتعامل العمومي والمتعامل الخاص منتهجا نفس موقف المشرّع الفرنسي.[11]

ثانيا: من حيث محل العقد:

ينصب موضوع عقد الوكالة المحفزة على **تسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام (أعمال الصيانة العادية)**، لحساب الشخص المعنوي العام الذي يمول بنفسه إقامة المرفق العام، وكل المنشآت العائدة له ويحتفظ بإدارة المرفق العام. كما يحدد المفوض له بالاشتراك مع السلطة المفوضة، التعريفات التي يدفعها المستفيدين من خدمات المرفق العام، ويتولى تحصيلها عن طريق الوكالة المحفزة ويحولها إلى الشخص العام مانح التفويض.[12]

أما بخصوص نوعية المرافق العامة القابلة للتفويض، فإن المشرّع الجزائري لم يحدد نوعها وبقيت بالتالي عامة، أي ترك السلطة التقديرية للهيئة العمومية لتحديد طبيعة المرافق العامة التي تود تفويضها. لكن الأمر سوف لن يتعلق بالمرافق العامة التقليدية، على غرار مرافق التعليم والصحة والأمن والعدالة، بقدر ما سينصب على المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، لأنها سبب وجود تفويض المرفق العام.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري، حظر اللجوء إلى التفويض بوجه عام في حالة وجود نصوص تشريعية تمنع ذلك.

ثالثا: من حيث المقابل المالي:

يحصل المفوض له على أجر يدفع له **مباشرة من السلطة المفوضة** وهو يتكون من عنصرين:

1-عنصر ثابت "**مضمون**": وهو مبلغ من المال محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، يتقاضاه المفوض له، سواء كان المرفق ناجحا في نشاطه أم خاسرا.

2-عنصر متغيّر: وهو عبارة عن مكافأة إضافية ترتبط بنتائج استغلال المرفق وتقدر إما على أساس الربح الصافي للمشروع، أو على أساس الدخل الإجمالي.[13]

وبالنظر لكيفية تحصيل المقابل المالي، اعتبر جانب من الفقه في فرنسا أن عقد الوكالة المحفزة أو مشاطرة الاستغلال، لا يدخل ضمن عقود تفويض المرفق العام.[14] إلاّ أن مجلس الدولة الفرنسي كيف هذا النوع من العقود على أنها عقود تفويض المرفق العام، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 30 جوان 1999 في قضية Smitom، **حيث أكد على ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال** على الرغم من أن الجزء الذي يدفعه الشخص العام إلى المفوض إليه يقدر بحوالي 70 % في حين أن القسم المتغير والمرتبط بنتائج الاستغلال لا يتجاوز 30 %.[15]

يفهم من هذا القرار أن مجلس الدولة، لم يربط قيام تفويض المرفق العام بنوع معين من المقابل المالي (كالرسوم التي يدفعها المنتفعين)، وإنما يمكن أن يأخذ المقابل المالي أشكال متعددة، بشرط أن تكون متصلة بالنتائج المالية والاقتصادية للاستغلال. كما لا يعني ارتباط المقابل المالي بالكامل بنتائج الاستغلال، بمعنى أنه قد يشمل المقابل على أكثر من مصدر، بعضها مرتبط بنتائج الاستغلال والبعض الآخر يمكن أن يحصل عليه من الإدارة، وهو ما ينطبق بالضبط على عقد الوكالة المحفزة.[16]

رابعا: من حيث تحمل المسؤولية والمخاطر:

إن مخاطر الاستغلال تتحملها الهيئة العمومية (السلطة المفوضة)، ويتحمل المسيّر جزءا منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، وفي بعض الأحيان وكضمان للمفوض له، فإن هناك حدا أدنى مضمون يحدد جزافيا في العقد.[17]

وتجدر الإشارة إلى أن استقلالية المفوض له محدودة، مقارنة بالصلاحيات الواسعة التي تملكها السلطة المفوضة في هذا العقد.

خامسا: من حيث مدة العقد:

لم يحدد المرسوم الرئاسي 15/ 247 مدة عقد الوكالة المحفزة، على غرار بقية عقود التفويض الأخرى، ولكن على الغالب هو **عقد قصير المدة**، ويرجع ذلك إلى أن الاستثمارات التي يكرسها المسيّر أو المفوض له، محدودة طالما أن السلطة المفوضة هي من تتولى إقامة المرفق العام والمنشآت العائدة له، في حين يتحمل المفوض له نفقات التشغيل فقط.[18]

المطلب الثاني: التمييز بين عقد الوكالة المحفزة وأساليب أخرى في التسيير:

نميز في هذا الإطار بين عقد الوكالة المحفزة والتسيير المباشر، من جهة باعتباره أقدم الطرق في التسيير[19]. وبين عقد الوكالة المحفزة وعقد الامتياز الذي يعتبر أهم شكل من أشكال تفويض المرفق العام من جهة أخرى.

الفرع الأول: التمييز بين عقد الوكالة المحفزة والتسيير المباشر:

يختلف عقد الوكالة المحفزة عن أسلوب التسيير المباشر، في أن الشخص العام لا يتولى بنفسه تسيير المرفق العام، وإنما يتولى شخص قد يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص هذا التسيير، ومع ذلك فإن المفوض له يتولى التسيير لحساب السلطة المفوضة التي تتحمل مخاطر المشروع.

يتماشى التسيير المباشر أكثر مع المرافق العامة الإدارية، والتي لا تستطيع الدولة التخلي عنها نظرا لخصوصيتها، فهي تعتبر مرافق سيادية. في حين يتماشى عقد الوكالة المحفزة، خاصة مع المرافق العامة ذات الطابع

الصناعي والتجاري، لأنها بطبيعتها تستهدف تحقيق الربح، وهو ما يجذب الخواص إليها.

يتميز أسلوب التسيير المباشر بالبطء والروتين، وتراكم العمل وكثرة الإجراءات وتعقيدها، مما يوثر ذلك في نوعية الخدمات المقدمة، أكثر من ذلك انعدام المصلحة الشخصية والدافع الشخصي، لدى العاملين والقائمين على المرفق العام. على خلاف عقد الوكالة المحفزة، الذي يجعل التسيير في الغالب بيد جهة خاصة مما يخفف العبء على السلطة المفوضة، ويحرر بذلك المرفق العام من الأساليب الإدارية والمالية الي يعرفها التسيير المباشر، ثم إن ربط المقابل المالي بنتيجة تسيير واستغلال المرفق العام، من شأنه تشجيع المسيّر لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية وترقيتها.

الفرع الثاني: التمييز بين عقد الوكالة المحفزة وعقد الامتياز:

يختلف عقد الوكالة المحفزة عن امتياز المرفق العام، من ناحية أن الملتزم هو من يتولى من حيث المبدأ، **إقامة المنشآت والأبنية اللازمة للمرفق واستغلاله على نفقته الخاصة**،[20] أما في الوكالة المحفزة، فالمفوض له لا يقدم رأس المال ولا يقوم بإعداد المرفق العام، وإنما يقوم فقط بمهمة الإدارة والاستغلال.

يختلفان أيضا من حيث اقتضاء المقابل المالي لتسيير المرفق العام، فالملتزم يحصل **على المقابل المالي لإدارة المرفق من المنتفعين مباشرة**، خلاف للقائم بالتسيير في الوكالة المحفزة، الذي يحصل على المقابل المالي، من السلطة المفوضة مقدرا على أساس النتائج المالية لاستغلال المرفق العام.

وتجدر الإشارة إلى أن الوكالة المحفزة تجنب بعض سلبيات أسلوب الامتياز ولا سيما غاية تحقيق الأرباح، مع إرهاق المنتفعين والاستئثار

بالأرباح التي يحققها المرفق العام، وربما إهمال الملتزم المرفق العام، عند قرب انتهاء مدة عقد الامتياز.[21]

المبحث الثاني: إجراءات إبرام عقد الوكالة المحفزة

إن المرسوم الرئاسي 15/ 247 لم يحدد الإجراءات المتبعة في إبرام عقود تفويض المرفق العام ومنها عقد الوكالة المحفزة، وبما أن المشرّع جمع في مرسوم واحد تنظيم الصفقات العمومية وتنظيم المرفق العام، قد يفهم من ذلك ضمنيا أنه أخضع اتفاقيات عقود تفويض المرفق العام، للإجراءات المتبعة في مجال الصفقات العمومية، خاصة في ظل غياب المراسيم التنفيذية له، وبالتالي لم يراعي في ذلك خصوصية عقود تفويض المرفق العام.

وما يؤكد ذلك أن المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15، أخضعت إبرام عقود تفويض المرفق العام، لنفس المبادئ التي تخضع لها إجراءات إبرام الصفقات العمومية، المحددة في المادة الخامسة، والتي جاء فيها ما يلي: " **لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.**"

ويمكن حصر هذه الإجراءات في مرحلتين أساسيتين:

المطلب الأول: مرحلة الإعلان المسبق والدعوة للمنافسة:

استجابة لمتطلبات النزاهة والشفافية، لابد من فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة، لتقديم عروضهم للهيئات المؤهلة قانونا لإبرام عقد الوكالة المحفزة، دون منع الإدارة لأحد

منهم أو حرمانه من حقه في التنافس، للوصول إلى اختيار أفضل عرض من الناحية المالية والتقنية.

الفرع الأول: الإعلان المسبق

يعتبر الإعلان إجراء ضروري لتكريس مبدأ الشفافية، ولضمان منافسة أكبر بين المترشحين، على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة بصفة مسبقة.[22]

وبالنسبة لمضمون الإعلان، فإنه يجب على الهيئة الإدارية أن تحدد المدة المحددة لتقديم عروض الترشيح.

ويجب أن يتضمن الإعلان كيفية تقديم العروض ومحتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، كالتسيير فقط أم التسيير وتحمل أعمال الصيانة العادية، الضمانات المهنية والتقنية، المقابل المالي الذي تدفعه الإدارة مع تحديد نسبة الأرباح وتسعيرة الخدمة المدفوعة من المنتفعين، وتحديد مدة العقد.

ولقد أوجبت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15، أن يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني. كما يمكن أيضا اعتماد الإشهار الإلكتروني بعد تبني المشرع إمكانية التعامل عن طريق الوسائط الإلكترونية حيث تنص المادة 204 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه:" تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني...، يرد المتعهدون أو المترشحون على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية."

الفرع الثاني: الدعوة للمنافسة

إن المقصود بالمنافسة هو حق الأشخاص سواء كانت طبيعية أو معنوية بالتقدم بعطاءاتهم، دون منع الإدارة لأحدهم أو حرمانه من حقه في التنافس وذلك باستثناء بعض الطوائف الممنوعة، لأسباب قانونية أو تقنية.[23]

كما تقتضي المنافسة أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز اعطاء ميزة لأحدهم لم تعطى لبقية المرشحين أو على حسابهم، ويجب أن تكون الشروط في الاشتراك واحدة للجميع.[24]

إن مبدأ المنافسة من شأنه أن يحافظ على النزاهة في عملية إبرام العقد ويمنع شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها، الذي يتولون عملية الإبرام لأن فتح باب السلطة التقديرية أمام الهيئة العمومية، لأجل اختيار متعاقديها، قد يؤدي إلى الكثير من الفساد. كما أن المنافسة تجعل السلطة المفوضة ملمة بكل معطيات السوق، مما يفسح لها المجال للاختيار الدقيق والسليم، **لأن التسيير الفعال للمرفق العام، يبدأ أولا بالاختيار العقلاني والأحسن للمفوض له.**

وقياسا على القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية[25]، فإن المبدأ العام في إبرام عقود تفويض المرفق العام، ومنه عقد الوكالة المحفزة، هو طلب العروض أو استدراج العروض، والذي عرفته المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 بأنه: " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء".

غير أنه ولأسباب موضوعية وعلى سبيل الاستثناء، يمكن للسلطة المفوضة أن تختار المفوض له، دون الدعوة الشكلية للمنافسة، وهذا ما يطلق عليه بأسلوب التراضي، المحدد في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15.

المطلب الثاني: احترام مبدأ المساواة واختيار العرض الأمثل

نتعرض أولا الى احترام مبدأ المساواة ثم الى اختيار العرض الأمثل.

الفرع الأول: احترام مبدأ المساواة

لقد كرس المرسوم الرئاسي 247/15، مبدأ المساواة في **المادة 78 منه** والتي تنص على أنه: " يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبط بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة...".

ويقتضي مبدأ المساواة بين المترشحين، ألا تنطوي معايير اختيار المفوض له على طابع تمييزي، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية. وتلتزم الهيئة العمومية بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا بـــــــــ :

– شروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات تفويض المرفق العام .

– معايير تقييم وآليات إرساء العقد.

الفرع الثاني: اختيار العرض الأمثل

إن الجهة المختصة باختيار العرض الأمثل حسب المرسوم الرئاسي 247/15 هي **الجهة الإدارية المكلفة أصلاً بمسؤولية هذا المرفق**، على خلاف الوضع في فرنسا بحيث أنشأ المشرع هيئة تفويض المرفق العام: **"la commission de la délégation de service public"**، وهي هيئة

مستقلة تتولى مهمة الإشراف على الإجراءات التي تتطلبها عملية اختيار المتعاقد المناسب.[26]

أما عن الإجراءات المتبعة لاختيار المفوض له، فهي تقريبا مطابقة للإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مادام المشرع الجزائري لم يكن واضحا بوضع نظام قانوني إجرائي، يضم فيه كل ما يتعلق بتفويض المرفق العام، وفي هذا الإطار نصت المادة 46 من المرسوم الرئاسي 247/15، بأن تتم دعوة المترشحين الذين تم انتقاهم الأولي في مرحلة أولى، لتقديم عرض تقني ومالي وفي مرحلة ثانية تقوم فيها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بانتقاء المترشح أو صاحب العرض الأفضل، أي بعد اختيار المتعاقد ، يتم منح الوكالة المحفزة وبذلك يبرم العقد.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى أن المشرعّ الجزائري، قام لأول مرة بالنص على عقد الوكالة المحفزة في المرسوم الرئاسي 247/15، والذي ميزه عن بقية أشكال التفويض الأخرى، بأنه عقد يضمن فيه المسير استغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة دون تحمله لعبء البناء والتجهيز، ويتلقى نتيجة تسييره المقابل المالي من السلطة المفوضة، بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصة من الأرباح، وهذا لتشجيع المسيّر لبذل كل الجهود للنهوض بالخدمة العمومية، وترقيتها والزيادة من فعالية وانتاجية المرفق العام.

رغم أهمية هذا العقد إلاّ أن المشرّع الجزائري، لم يوفه بالتنظيم الكافي الذي يتطلبه، خاصة ما يتعلق بالجانب الإجرائي، بحيث سكت المشرّع عن تحديد القواعد العامة التي تطبق على مختلف عقود تفويض المرفق العام،

فيما يتعلق بإجراءات اختيار صاحب التفويض، مما يفتح مجال التلاعب والاحتيال والتأثير على نزاهة إجراءات إبرام هذا النوع من العقود. كما أن الإحالة الضمنية على القواعد التي تحكم الصفقات العمومية، غير مقبولة، لعدم مراعاة خصوصية عقود تفويض المرفق العام، ومنها عقد الوكالة المحفزة.

من هذا كله يمكننا أن نخرج بمجموعة من الاقتراحات تتمثل فيما يلي:

– ضرورة الإسراع بإصدار النصوص التطبيقية المشار إليها في المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15، والتي تبين كيفيات تطبيق أحكام الباب المتعلق بتفويضات المرفق العام، حتى لا تبقى نصوصه معطلة التنفيذ.

– يجب أن يراعي النص التطبيقي، التمييز بين أشكال عقود تفويض المرفق العام عند ضبط إجراءات وطرق منح التفويض وكذا تحديد مدة التفويض.

– ضبط المرافق العامة القابلة للتفويض وغير القابلة للتفويض ووضع معايير للتفرقة بينهما.

– تعديل المرسوم الرئاسي 247/15 فيما يتعلق بتوسيع صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العمومية، إلى الإشراف على الإجراءات التي تتطلبها عملية اختيار المتعاقد المناسب، ضمانا لنزاهة وشفافية عملية إبرام عقود التفويض، إذ تعد أهم وأخطر مرحلة، لأن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني والأحسن للمفوض له. وتمتد رقابتها لتشمل أيضا كيفية تنفيذ العقد حماية لمستعملي المرفق العام.

الهوامش:

(1)- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص4.

([2])- بإتباع النهج الليبرالي والتخلي عن النهج الاشتراكي انسحبت الدولة من الحقل الاقتصادي وفتحت المجال والمبادرة للخواص، قطاعات كانت حكرا عليها، كما تنازلت عن ملكية بعض من المرافق المسيرة من طرفها عن طريق الخوصصة، فتغير دور الدولة من متدخلة إلى دولة ضابطة.

(3) - نظّم المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام:

- Code général des collectivités territoriales،Version consolidée au 16 octobre 2015, sur, www.legifrance.fr

_ Et la loi nº 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. JO nº 25 du 25 janvier 1993، sur, www.legifrance.fr

- قام **المشرع المغربي** بسن **قانون التدبير المفوض للمرافق العامة** رقم 05/ 54 لسنة 2006: انظر الجريدة الرسمية عدد 5404 المؤرخة في: 16 مارس 2006، ص744.

- و**في تونس** أيضا تبنى المشرع ضمن اتجاه الدولة نحو إشراك القطاع الخاص في إنشاء وتسيير المرافق العامة **قانون نظام اللزمات رقم 23 لسنة 2008**، المؤرخ في: 01 أفريل 2008، بحيث يستوعب هذا القانون أساليب تفويض المرفق العام.

- أما بالنسبة **للمشرع الجزائري** فقد نظم لأول مرة عقود تفويض المرفق العام في إطار قانوني موحد في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

([4]) - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010 ص14.

([5]) - يقصد بتفويض المرفق العام حسب المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 أنه:" يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام والمسؤول عن مرفق عام، أن

يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام."

(6) - يطلق عليه البعض اصطلاح: مشاطرة **الاستغلال:** ضريفي نادية، المرجع السابق ص 157. وأبو بكر محمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 115. والبعض الآخر **يسميه الإدارة بالشراكة:** أنظر مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز- الشركات المختلطة- البوت- تفويض المرفق العام)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص457. في حين تطلق عليه تسمية **الاستغلال غير المباشر:** أنظر عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1993، ص 213، وسليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري الكتاب الثاني، نظرية المرافق العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص118.

(7) - للتفصيل أكثر حول هذه الجزئية راجع: عبد المقصود سليم مصطفى، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص30.

(8) - Stéphane Braconnie, Droit Des Services Public, 2e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, p440.

(9) - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 83.

(10) - أرزيل كاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، العدد الثالث، جوان، 2017 ص18.

(11) - Article 1411-1 du Code Général des Collectivités Territoriales, op.cit: "Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé".

(12) - مروان محي الدين القطبي، المرجع السابق، ص458.

(13) - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 115.

(14) -Stéphane Braconnier, op.cit. p 442.

(15) - Conseil d'Etat, section du contentieux, 30 juin 1999, SMITOM: AJDA 20 Septembre1999, P 714. «Il ressort des pièces du dossier que la part des

recettes autres que celles correspondant au prix payé, par le SMITOM devait être d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant du SMITOM ; que, dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée, par le résultat de l'exploitation du service; que dès lors, le contrat envisagé devant être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public».

(16) - Berbari Mireille Et Autres, op.cit. p11.

(17) - ظريفي نادية، المرجع السابق، ص 158.

(18) - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 459.

(19) - يقصد بالتسيير المباشر للمرفق العام بأن تقوم الدولة أو الجماعات المحلية بإدارة المرفق بنفسها، مستعينة بأموالها وموظفيها ومستعملة في ذلك وسائل القانون العام، فلا يملك المرفق شخصية معنوية مستقلة وما يترتب عن نشاطه ينسب إلى الهيئة التي يتبعها.

(20) - عرفت المادة 1/210 من المرسوم الرئاسي 247/15 السابق الذكر الامتياز بأن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام. يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه."

(21) - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 116.

(22) - أحمد عميري، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 18 جوان 2017، ص227.

(23) - مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق 2007–2008، ص54.

(24) - نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، المجلد 25، علم الشريعة والقانون، العدد 2، ديسمبر، 1998، ص453.

(25) - تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 على أن: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي،"

(26) - En application des articles L.1411-5 et suivants du code général des collectivités territoriales précité, La commission de délégation de service public intervient dans les procédures de passation de délégations de service public. Elle a un rôle consultatif et a pour mission de donner un avis sur les candidatures et les offres des candidats et de donner un avis sur les avenants à un contrat de délégation de service public entrainant une augmentation du montant global supérieure à 5% .