

قراءة في صيغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام على ضوء المرسوم التنفيذي رقم 18-199

A Reading of the forms for concluding public service delegation agreements in light of executive decree no.18-199

ط. د. علي باديس⁽¹⁾ * د. إدريس بوزاد⁽²⁾

⁽¹⁾ كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، الجزائر

⁽¹⁾ali.badis@droit.univ-bejaia.dz⁽²⁾ idris.bouzzad@univ-bejaia.dz

تاريخ الاستلام: 2025/09/13؛ تاريخ القبول: 2025/10/23؛ تاريخ النشر: 2025/12/30

ملخص:

ضمن إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، تبنت السلطة التنظيمية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، منهج ثنائي لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، قائم على أساس التفريق بين الطلب على المنافسة الذي يعد القاعدة العامة، والتراضي بنوعيه الاستشاري والبسيط الذي يشكل الاستثناء.

أمام هذا التنوع في صيغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام؛ فإن السلطة المفوضة ملزمة بضمان مبادئ المنافسة، والشفافية، والمساواة في إبرام هذه الاتفاقيات، لا سيما في حالة تفويضها للمرفق العام بواسطة التراضي الذي يجعلها تتمتع بقدر من السلطة التقديرية في اختيار المفوض له، على خلاف الطلب على المنافسة، والذي يمكن السلطة المفوضة من انتقاء أفضل العروض من خلال تقييدها بجملة من الضوابط القانونية في إطار المشروعية الإدارية.

كلمات مفتاحية: الطلب على المنافسة؛ التراضي؛ التراضي بعد الاستشارة؛ التراضي البسيط.

Abstract:

Within the framework of public-private partnerships, the regulatory authority, under executive decree no. 18-199 concerning the delegation of public services, adopted a dual approach for concluding public service delegation agreements. This approach is based on the distinguishing between competitive tendering, which is the general rule, and negotiated procedures, in their two forms negotiated procedure after prior consultation and simple negotiated procedure which constitute exceptions.

In light of the diversity of procedures for awarding public service delegation contracts, the delegating authority is obligated to ensure the principle of competition, transparency, and equality in the contracting process, especially in cases where the delegation is awarded through negotiated procedures, which grants it a degree of discretionary power upon the delegating authority in selecting the service provider. In contrast, competitive tendering which allows the best offers by adhering to a set of legal controls within the framework of administrative legality.

Keywords : Competitive tendering; negotiated procedure; negotiated procedure after consultation; simple negotiated procedure.

مقدمة:

استجابةً للتطورات التي يعرفها القانون الإداري في الجزائر، الناتجة عن التغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والتي فرضت ضرورة تنازل الجماعات المحلية عن تسيير بعض نشاطاتها الإدارية لمصلحة أشخاص آخرين، ظهرت تقنية تفويض المرفق العام كأحد أهم الأساليب الاستراتيجية المستحدثة التي تهدف إلى تحديث تسيير المرفق العام، وجعله أكثر مرونة في تقديم الخدمات العمومية التي عرفت عجزاً في ظل التسيير الكلاسيكي للمرفق العام الذي أهمل مبدأ الشراكة في تسيير الشؤون العمومية المحلية.

تُمكن تقنية تفويض المرفق العام الإدارة المحلية من إشراك أشخاص معنوية عامة أو خاصة في تسيير المرفق العام، وذلك تحت رقابتها وإشرافها، ودون التنازل عن سلطتها في إدارة المرفق المفوض، ذلك أن تفويض المرفق العام لا يعني التنازل عن المرفق العام، وإنما يعني التنازل عن مهمة تسيير المرفق العام لمصلحة أشخاص آخرين، وفي إطار الشراكة في

تسيير المرفق العام، ضمن إطار قانوني تعاقدى قائم على الوفاء بالالتزامات المحددة في بنود العقد مقابل الحصول على حقوق مالية.

وفي هذا الصدد، أصدرت السلطة التنظيمية نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته، يتعلق بتفويض المرفق العام⁽¹⁾، والذي ضببطت من خلاله صيغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، وفقاً لصيغتين، وهما الطلب على المنافسة الذي يشكل القاعدة العامة، والتراضي في حدود استثنائية، باعتباره إجراء يمكن أن يؤدي إلى السرعة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام.

ومع ذلك، تثير مسألة تنوع صيغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام تساؤلات حول مدى قدرة السلطة التنظيمية في ضبط صيغ إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في ظل تحقيق توازن كامل بين احترام القيود القانونية، وضمان تسيير فعال وشفاف للمرفق العام؟ خاصة في ظل إمكانية توسع السلطة التقديرية للسلطة المفوضة في اختيار المفوض له عن طريق التراضي متجاوزة بذلك القاعدة العامة مما قد يفرغ المنافسة من محتواها؟

هذا ما سنقوم بالإجابة عنه في هذا البحث؛ حيث سنعالج إجراء الطلب على المنافسة، الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، باعتباره آلية توفر بيئة تنافسية تضمن شفافية الإجراءات، والمساواة بين المترشحين (مبحث أول). ثم نتناول إجراء التراضي، الذي يُعد استثناءً في إبرام عقود تفويض المرفق العام، لكون مبادئ المنافسة، والشفافية، والمساواة، تتأرجح في هذا الإجراء (مبحث ثان).

المبحث الأول: الطلب على المنافسة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

يستند الطلب على المنافسة على تطور مفهوم الاعتبار الشخصي، الذي أصبح يقيد إرادة السلطة المفوضة بقواعد الشفافية والمنافسة في اختيار المفوض له من بين مختلف المترشحين⁽²⁾. وفي مقابل ذلك، تنقلص سلطتها التقديرية الناتجة عن تمتعها بامتيازات

(1) مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 02 أوت سنة 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج. ر. ج. ج. العدد 48، الصادر في 05 أوت 2018.

(2) أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 124.

السلطة العامة في اختيار المفوض له، وهو النهج الذي سارت عليه الإرادة التنظيمية، من خلال المادة 01/11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام⁽³⁾.

ويعد الطلب على المنافسة القاعدة العامة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك تكريساً لمبادئ الشفافية، والمساواة، وتكافؤ الفرص بين المترشحين. ويهدف هذا الإجراء إلى ضمان اختيار المفوض له وفقاً لأسس قانونية موضوعية، تحقق نجاعة وجودة الخدمة العمومية، انسجاماً مع التوجهات الحديثة لتسيير المرفق العام، التي جعلت إجراء الطلب على المنافسة قاعدة عامة تسعى لضمان التوازن بين متطلبات المنتفعين من خدمات المرفق العام والانفتاح الاقتصادي⁽⁴⁾. وبالنظر إلى هذه الأهمية، فإن دراسة الطلب على المنافسة تقتضي الوقوف عند تأصيل مفهومه (مطلب أول)، ثم معالجة ضوابطه القانونية التي تبين كيفية تطبيقه (مطلب ثان).

المطلب الأول: تأصيل مفهوم الطلب على المنافسة

يتطلب تأصيل مفهوم الطلب على المنافسة التوقف عند فصاحة المنظم الجزائري في تعريفه لهذا الإجراء وفق مقاربة الحوكمة الرشيدة (فرع أول)، ثم إبراز المقومات التي يقوم عليها تفويض المرفق العام من خلال حرية المنافسة (فرع ثان).

الفرع الأول: فصاحة تعريف الطلب على المنافسة

تباشر السلطة المفوضة الطلب على المنافسة قبل إبرام عقد التفويض، بهدف توفير أرضية تنافسية بين مختلف المترشحين، قصد اختيار أفضل عرض، وفقاً لمعايير موضوعية محددة مسبقاً في دفتر الشروط. ويعد هذا الطلب آلية فعالة تجسد مبدأ المنافسة على أرض الواقع، بما يضمن الكفاءة في تسيير المرفق العام، والنجاعة والجودة في الخدمة العمومية، وحماية أوسع للمال العام.

(3) حيث يعكس هذا التوجه إرادة السلطة التنظيمية في ترسيخ الرشادة الإدارية في تسيير المرفق العام، بما ينسجم مع القواعد الدستورية والقانونية المنظمة للشؤون العمومية. وقد أخذ المنظم الجزائري بهذا النهج أسوة بالمشرع الفرنسي، والذي جعل المنافسة أولوية إجرائية في تفويض المرفق العام. راجع في ذلك: محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 117 وما بعدها.

(4) شمس الدين بشير الشريف، سميحة لعقابي، قانون المرفق العمومي، دار الهدى، الجزائر، 2023، ص 239-

يعرف إجراء الطلب على المنافسة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-199 بأنه: "الطلب على المنافسة إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة.

يمنح تفويض المرفق العام للمترشح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط..."⁽⁵⁾.

من الملاحظ في تعريف الطلب على المنافسة أن المنظم الجزائري أفصح عن مقومات الحوكمة الرشيدة في تفويض المرفق العام، وبين ذلك حرصه على جعل الطلب على المنافسة قائما على إجراءات تدعو إلى الحصول على عدة عروض من مختلف المترشحين، ومعاملتهم بالتساوي، مع وضع معايير موضوعية تتعلق بانتقائهم، إضافة إلى ضمان شفافية جميع إجراءات إبرام العقد، والحد من التعسف، وترسيخ الحياد في اتخاذ القرارات في تفويض المرفق العام، والذي يظهر من خلال إرساء المنظم لمبدأ عدم تحيز السلطة المفوضة في اتخاذ القرارات المتعلقة بتفويض المرفق العام⁽⁶⁾، وهي خطوة تؤكد صراحة على نية السلطة التنظيمية في توسيع فكرة حوكمة عقود تفويض المرفق العام عن طريق إجراء الطلب على المنافسة.

وحرصا على حماية فكرة حوكمة عقود تفويض المرفق العام، والتي تبناها المنظم الجزائري صراحة، يستوجب وجود استراتيجيات حماية أكثر فعالية، تشمل إلى جانب وجود إرادة سياسية، وجود بدائل تسيير حديثة، أبرزها الانتقال إلى فكرة الحوكمة الإلكترونية في مجال تفويض المرفق العام⁽⁷⁾، ذلك أن تجربة الصفقات العمومية بالرغم من إحاطتها بمنظومة قانونية متكاملة جسدت فكرة حوكمة الصفقات العمومية بالمفهوم

(5) المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

(6) المقصود بها القرارات المنفصلة في عقود تفويض المرفق العام، ويفصل فيها القضاء الإداري إذا شأها عيب من عيوب القرار الإداري.

(7) راجع حول آثار الحوكمة الإلكترونية: مريزق عدلمان، التسيير العمومي بين الاتجاهات الكلاسيكية والاتجاهات الحديثة، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2018، ص 89 وما بعدها.

التقليدي، إلا أنها عرفت انتشارا رهيبا لأزمة الفساد ، والتي لم يكن لها مثيل من قبل في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: مقومات تفويض المرفق العام عن طريق الطلب على المنافسة

يرتكز تفويض المرفق العام عن طريق الطلب على المنافسة على مجموعة من المقومات، التي تهدف إلى إرساء مقاربة الإدارة الرشيدة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، الأمر الذي يضمن تحقيق قدر عالٍ من الشفافية والكفاءة (أولاً)، ما يسهم في تحسين أداء الخدمة العمومية، من خلال رفع مستوى نجاعتها وجودتها، بما يتماشى مع حاجات المرتفقين وتطلعاتهم (ثانياً).

أولاً: إرساء مقاربة الإدارة الرشيدة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

يوفر الطلب على المنافسة بيئة تنافسية محكمة، تدعو إلى تعددية المترشحين وتكافؤ الفرص بينهم؛ حيث يكون أساس الترشح هو الحرية وعدم التحيز في قبول المترشحين⁽⁸⁾. كما يقوم هذا الإجراء على مبدأ المساواة بين المترشحين، والذي يقتضي معاملتهم معاملة متساوية، دون أي تحيز أو تمييز بينهم، إلا إذا أقر القانون أو العقد خلاف ذلك⁽⁹⁾. وأخيراً، فإنه إجراء يضفي طابع الشفافية، الذي يجعل الإدارة أكثر إنسانية⁽¹⁰⁾، باعتباره مبدأ قائم على العلانية والوضوح، ويجعل الإدارة من زجاج، ومن أبرز أمثلته في نطاق إجراءات تفويض المرفق العام: الإعداد المسبق لدفتر الشروط، والإعلان الواسع للطلب على المنافسة الذي يجب أن يكون وطنياً⁽¹¹⁾، وكذا تمكين المترشحين من ممارسة حقوقهم المتعلقة بالطعن⁽¹²⁾.

وإلى جانب ذلك، فإن تفويض المرفق العام عن طريق إجراء الطلب على المنافسة، يضع كلاً من السلطة المفوضة والمفوض له أمام تحديات ضرورية أثناء تنفيذ الخدمات

(8) شمس الدين بشير الشريف، سميحة لعقابي، المرجع السابق، ص 240.

(9) راجع: حسام الدين بركيبة، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، شركة الأصاله للنشر، الجزائر، 2021، ص 223-224.

(10) TAIB Essaid, « Le service public constitutionnel », *Idara*, vol. 33, n° 1, 2023, p. 21.

(11) المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

(12) المادتين 42 و63 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

العمومية، تتمثل في الالتزام بالمساواة في تقديم هذه الخدمات للمتفعين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية للاستفادة من خدمات المرفق العام⁽¹³⁾، دون أي تمييز ديني أو سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي، وكذا الحرص على استمرارية المرفق العام في تقديم خدماته دون انقطاع، نظرا إلى أن السلطة المفوضة بإمكانها اختيار أفضل عرض، بناء على قدراته المهنية والمالية والتقنية، والذي تقع على عاتقه مهمة تسيير المرفق العام مقابل حقوق والتزامات⁽¹⁴⁾، وأخيرا يلزم هذا الإجراء السلطة المفوضة⁽¹⁵⁾، بتكليف المرفق العام مع الطلبات المتغيرة، وتحسين أساليب إدارتها⁽¹⁶⁾، بالأخص مراعاة تطورات العصر الحديث في تسيير المرفق العام، كالتسيير الإلكتروني للمرفق العام⁽¹⁷⁾.

ثانيا: إضفاء طابع الجودة والنجاعة على الخدمة العمومية

تسهم حرية المنافسة في القضاء على سوء استغلال المرفق العام، الناتج عن اختيار أشخاص غير مؤهلين لتسييره، بسبب اختيارهم بطرق ملتوية قائمة على المحسوبية والمحابة، وتهمل مبادئ الشفافية، والمساواة، والمنافسة التي تسمح بانتقاء أفضل المترشحين. ولهذا، فإن إجراء الطلب على المنافسة يمكن السلطة المفوضة من فسح المجال أمام جميع المترشحين الذين تتوافر فيهم شروط الترشح، ومن ثم يتسنى لها اختيار أفضل العروض، استنادا إلى قدراتهم المهنية والتقنية والمالية. وهو ما يجسد فعليا مبدأ الكفاءة في تسيير المرفق العام، ويؤدي حتما إلى تجويد الخدمة العمومية، والتي تنعكس إيجابا على التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومنه تحقيق أحد الأهداف الأساسية لتفويض المرفق العام، والمتمثل في تحقيق جودة الخدمة العمومية بما يشبع حاجات المتفعين بكفاءة وفعالية.

وفي هذا السياق، أضفى المنظم الجزائري على المرفق العام، معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، رغبة منه في تحسين أدائه⁽¹⁸⁾، إلا أنه لم يعتبر الجودة والنجاعة في

(13) BOUSSOUMAH Mohamed, Le service public, Pages Bleues Internationales, Alger, 2023, p. 220-221.

(14) حسام الدين بركيبة، المرجع السابق، ص 229.

(15) BOUSSOUMAH Mohamed, Op. Cit, p. 230.

(16) TAIB Essaid, Op. Cit, p. 19.

(17) راجع لالو، المقدمات الأساسية في القانون الإداري، بيت الأفكار، الطبعة الثانية، الجزائر، 2024، ص 179.

(18) المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

الخدمة العمومية مبدأ قائما بذاته⁽¹⁹⁾، وإنما جعلهما أداة يقاس عليها أداء المرفق العام، من أجل تحسين الخدمات العمومية⁽²⁰⁾.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لإجراء الطلب على المنافسة

ينفذ الطلب على المنافسة تبعا لبنية إجرائية، تشمل تلك المراحل القانونية التي تضبط عملية تفويض المرفق العام بطريقة تضمن تحقيق المساواة بين المترشحين (فرع أول). ومع ذلك، لم تغفل الإرادة التنظيمية عن إقرار حالات استثنائية تبرر تجاوز هذا الإجراء (فرع ثان).

الفرع الأول: مراحل الطلب على المنافسة

يتم اللجوء للمنافسة في تفويض المرفق العام وفق مرحلتين أساسيتين، تضمنان تنظيم عملية اختيار المفوض له، بما يكفل احترام مبادئ الشفافية والمساواة، حيث تتمثل المرحلة الأولى في مرحلة اختيار المترشحين أوليًا (أولا)، تليها المرحلة الثانية المتمثلة في مرحلة دعوة المترشحين المؤهلين في المرحلة الأولى لسحب دفتر الشروط (ثانيا).

أولا: مرحلة اختيار المترشحين

بعد انتهاء السلطة المفوضة من الإجراءات التحضيرية لتفويض المرفق العام، تقوم لجنة اختيار وتقييم العروض، بالاختيار الأولي للمترشحين، بناء على تقييم ملفات ترشحهم، وفق المعايير المحددة مسبقا في دفتر الشروط، وبالتحديد في دفتر ملف الترشح.

وقد أحسن المشرع التنظيمي الجزائري فعلا بإلزام السلطة المفوضة على إشهار الوثائق المكونة للملفات الترشح في لوح الإعلانات الرسمية عن العروض، وهو الذي يعد تجسيدها فعليا للعلانية في إجراءات تفويض المرفق العام عن طريق الطلب على المنافسة⁽²¹⁾.

(19) راجع حول اعتبار الجودة مبدأ في الخدمة العمومية: باسمينة ضياف، إصلاح إيرادات الجماعات المحلية، دار المتنبى للطباعة والنشر، الجزائر، 2023، ص 250 وما بعدها.

(20) ADMANE Merizek, GACHI Khaled, « Vers une nouvelle vision pour mesure la performance locale en Algérie: L'approche par résultats », Mâaref, vol. 11, n° 20, 2016, p. 45.

(21) المادة 01/12 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

ثانيا: مرحلة دعوة المترشحين لسحب دفتر الشروط

تدعو السلطة المفوضة⁽²²⁾، المترشحين الذين تم قبولهم أثناء مرحلة الاختيار الأولية لسحب دفتر الشروط⁽²³⁾، والذي يتعين أن يبين كيفيات إبرام وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام من خلال بنوده التنظيمية والتعاقدية، ويتكون دفتر الشروط من دفتر ملف الترشح (01)، ودفتر العروض(02).

01-دفتر ملف الترشح: يتضمن دفتر ملف الترشح البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين، والوثائق المكونة لملفات الترشح، وكذا كيفيات تقديمها، كما يحدد أيضا معايير اختيار المترشحين قصد تقديم عروضهم لا سيما العروض المتعلقة بالضمانات المهنية والتقنية والمالية.

02-دفتر العروض: يحدد دفتر العروض البنود الإدارية والتقنية، والتي تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له، وكذا البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام، وأيضا البنود المالية المحددة للمقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض له أو السلطة المفوضة أو الذي يدفعه المنتفعين من خدمات المرفق العام المعني بالتفويض عند الاقتضاء⁽²⁴⁾.

ولقد ضبظت السلطة التنظيمية الإطار التطبيقي لدفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام، وذلك من خلال إلزام السلطة المفوضة بإعداد دفتر شروط بمناسبة كل عملية تفويض، حسب طبيعة العقد، وفقا لنموذج دفتر الشروط، المرفق بموجب التعليمات رقم 006 المتعلقة بتجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرفق العام⁽²⁵⁾.

(22) تبعا للمادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، لم يحدد المنظم الوسائل التي يتم بموجبها دعوة المترشحين الذين تم قبولهم في المرحلة الأولى، تاركا السلطة المفوضة تختار كل الوسائل التي تراها ملائمة لدعوة المترشحين، بناء على سلطتها التقديرية.

(23) المادة 02/12 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

(24) المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

(25) راجع: نموذج دفتر الشروط الخاص باتفاقيات تفويض المرفق العام، نموذج مرفق بموجب التعليمات رقم 006 مؤرخة في 09 جوان 2019 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: حالات عدم جدوى الطلب على المنافسة

يمكن أن يعترض طريق الطلب على المنافسة في إطار إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام جملة من الحواجز، التي قد تحول دون تنفيذ الإجراء وفقا للأحكام القانونية المعمول بها، مما يؤدي بالسلطة المفوضة إلى إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة. وقد نظم المرسوم التنفيذي رقم 199-18 حالات عدم جدوى الطلب على المنافسة من جانبين: الأول يتعلق بعدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى (أولا)، والثاني يتعلق بعدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية (ثانيا).

أولا: حالات عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى

تعلن السلطة المفوضة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى إذا لم يقدم المترشحين أي عرض أو في حالة استلام السلطة المفوضة لعرض مترشح واحد أو في حالة عدم مطابقة عروض المترشحين لدفتر الشروط⁽²⁶⁾. وإن تحققت إحدى هذه الحالات الثلاث، تباشر السلطة المفوضة مباشرة إجراءات إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى، وتعلن الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وبنفس الإجراءات التي تمت في الطلب على المنافسة في المرة الأولى التي كانت محل عدم جدوى⁽²⁷⁾.

ثانيا: حالات عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية

عند عدم تقديم المترشحين لأي عرض أو في حالة عدم مطابقة عروضهم لدفتر الشروط⁽²⁸⁾، تقوم السلطة المفوضة بإعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وتلجأ مباشرة إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة لتفويض المرفق العام⁽²⁹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة استلام عرض مترشح واحد عن طريق الطلب على المنافسة للمرة الثانية، واتضح أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، فإنه يعتبر عرضا مطابقا للقانون، ويتم قبوله، وتتم إجراءات الإبرام وفقا لإجراء الطلب على المنافسة⁽³⁰⁾.

(26) المادة 01/15 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

(27) المادة 14/فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

(28) المادة 2/15 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

(29) المادة 14/فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

المبحث الثاني: التراضي في إبرام عقود تفويض المرفق العام

يعود إجراء التراضي إلى الاتجاه التقليدي في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، والذي يقوم على أساس مبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المفوض له، حيث يجعل السلطة المفوضة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المفوض له دون المرور بالإجراءات التنافسية⁽³¹⁾. وعليه، فإن التراضي في تفويض المرفق العام قوامه الثقة بين المفوض والمفوض له⁽³²⁾.

لكن ينبغي أن يفهم أن تمتع السلطة المفوضة بالسلطة التقديرية في اختيار المفوض ليس مطلقاً، وإنما تكون في إطار القانون طبقاً لمبدأ المشروعية الإدارية. وهذا ما نسعى لتوضيحه من خلال تحديد تأصيل مفهوم التراضي في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام (مطلب أول)، ثم الحالات القانونية التي تسمح باللجوء إلى التراضي استثناءً (مطلب ثان).

المطلب الأول: تأصيل مفهوم التراضي في إبرام عقود تفويض المرفق العام

بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199، نجد أن المشرع التنظيمي لم يعرف مصطلح التراضي في تفويض المرفق العام كمصطلح مستقل، تاركاً مسألة تعريفه للباحثين المهتمين بهذا المجال (فرع أول)، وفي المقابل، نجده يعرف التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط، أي تبعاً للشكل الذي يكون عليه التراضي (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف التراضي في إبرام عقود تفويض المرفق العام

يعرف إجراء التراضي بأنه: "...اتفاق مباشر بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث تتحرف فيه السلطة المفوضة من تلك القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة"⁽³³⁾.

(30) المادة 3/15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

(31) أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 120.

(32) محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 116.

(33) سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون إداري، جامعة المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020/2021، ص 163.

بالتالي، فإن إجراء التراضي طريق استثنائي لإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام في الحالات المحددة بمقتضى القانون، ويتم كإجراء بديل عن الطلب على المنافسة الحرة، التي تشكل القاعدة العامة في تفويض المرفق العام.

الفرع الثاني: أشكال التراضي في إبرام عقود تفويض المرفق العام

تسند السلطة المفوضة مهمة تسيير مرفق عام إلى المفوض له عن طريق إجراء التراضي وفقا لشكلين، حددهما المرسوم التنفيذي رقم 199-18⁽³⁴⁾، الأول يتمثل في التراضي بعد الاستشارة، الذي بموجبه يتم استشارة عدد من المترشحين قبل اختيار المفوض له (أولا)، والثاني يتعلق بالتراضي البسيط، الذي تلجأ إليه السلطة المفوضة مباشرة دون استشارة مسبقة (ثانيا).

أولا: التراضي بعد الاستشارة

يعرف إجراء التراضي بعد الاستشارة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 199-18 بأنه: "...إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين، على الأقل"⁽³⁵⁾.

يتضح أن المشرع التنظيمي اشترط على السلطة المفوضة عند لجوئها إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة لاختيار المفوض له وجود ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل. وفي مقابل ذلك، لو نرجع للمادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، التي تسمح باللجوء السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة، نجدها اشترطت اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة⁽³⁶⁾، هنا يثار إشكال كبير في حالة عدم تأهيل السلطة المفوضة لأي مترشح؟ ففي هذه الحالة كيف يمكن للسلطة المفوضة اختيار مفوض له عن طريق إجراء التراضي بعد الاستشارة من بين المترشحين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة، دون وجود أي مترشح مؤهل؟ وفي السياق ذاته، نجد إشكالية أخرى، تتمثل في حالة عدم بلوغ نصاب المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في

(34) المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

(35) المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

(36) انظر: المادة 01/19 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

الطلب على المنافسة، فيمكن أن تتصادف السلطة المفوضة بوجود أقل من ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين، ففي هذه الحالة لا يمكن لها اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة لعدم بلوغ النصاب القانوني لاختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل؟

للإجابة عن هذا الإشكال، وغيرها من الإشكالات الأخرى التي يثيرها هذا المرسوم التنفيذي، ينبغي وجود نصوص تطبيقية تفسر كفاءات تطبيق أحكامه، والتي لم تصدر بعد باستثناء إصدار التعلية رقم 006 التي تضمنت تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199-18، دون أن تفسر أو توضح كفاءات تطبيق مواده القانونية. وعليه، فإن مثل هذه المسائل القانونية تبقى عالقة إلى حين إصدار النصوص التطبيقية التي تزيل الغموض عن تطبيق أحكامه القانونية.

بالعودة إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 199-18، نجد أن إجراء التراضي بعد الاستشارة ينطوي على حد أدنى من الشفافية، ولكنها لا ترقى لمستوى الشفافية الكاملة أي شفافية جد مقلصة، ويظهر هذا جليا في اشتراط المنظم حداً أدنى من المترشحين حتى تتمكن السلطة المفوضة من اختيار مفوض له، والمقدر ب ثلاثة (3) مترشحين على الأقل، بالإضافة إلى ذلك؛ نجد أن إجراء التراضي بعد الاستشارة أخضع أيضا إلى إجراء الإشهار في حالة قرار المنح المؤقت لتفويض المرفق العام، ويكون هذا الإشهار بكل الوسائل القانونية المتاحة⁽³⁷⁾.

ثانيا: التراضي البسيط

يعرف المرسوم التنفيذي رقم 199-18 إجراء التراضي البسيط بأنه ""...إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية""⁽³⁸⁾.

يظهر من هذا التعريف أن إجراء التراضي البسيط إجراء ميسر الإجراءات، حيث أنه لا يستند إلى القواعد الشكلية للمنافسة الحرة، وبموجبه تقوم السلطة المفوضة باختيار

(37) المادة 41 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

(38) المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 199-18، السالف ذكره.

مفوض له بإرادتها المنفردة، شريطة التأكد من تأهيله ماليا ومهنيا وتقنيا. وتتمتع الإدارة المفوضة بسلطة تقديرية أقل ما يقال عنها أنها واسعة أثناء وضع معايير التأهيل في دفتر الشروط.

وعلى عكس إجراء التراضي بعد الاستشارة، فإن إجراء التراضي البسيط قوامه سلطة الإدارة المفوضة في اختيار المفوض له، دون المرور بالقواعد والإجراءات الشكلية التي تضفي مبدأ الشفافية الذي يكون شبه منعدم في هذا الإجراء.

لذا؛ فإن إجراء التراضي البسيط لا يقوم على قواعد المنافسة النزهاء في تفويض المرفق العام، ويجعل مهمة تسيير المرفق العام قائمة على تطابق إرادتي السلطة المفوضة والمفوض له⁽³⁹⁾.

المطلب الثاني: الحالات القانونية للجوء إلى إجراء التراضي

بما أنه يوجد نوعين لإجراء التراضي في تفويض المرفق العام، وهما: التراضي بعد الاستشارة، والتراضي البسيط، فإنه من الضروري أن يكون لكل منهما حالاته الخاصة تبرر اللجوء إليه، وقد حصر المنظم الجزائري حالات لجوء السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة (فرع أول)، وكذا حالات لجوئها إلى إجراء التراضي البسيط (فرع ثان).

الفرع الأول: حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة

تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة في تفويض المرفق العام في حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية (أولا)، أو في حالة المرافق العامة التي لا تحتاج طبيعتها اللجوء إلى إجراء الطلب على المنافسة (ثانيا).

أولا: حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية

إذا أعلنت السلطة المفوضة عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، بسبب عدم تقديم المترشحين لأي عرض أو في حالة عدم مطابقة عروضهم لدفتر الشروط⁽⁴⁰⁾، تلجأ مباشرة إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة لاختيار مفوض له من بين المترشحين

(39) سمية سلامي، المرجع السابق، ص 164.

(40) المادة 2/15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة.

لكن ينبغي الإشارة إلى أن اشتراط المنظم اختيار مفوض له من بين المترشحين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة عن طريق إجراء التراضي بعد الاستشارة⁽⁴¹⁾، يعتبر عائقاً كبيراً أمام المنافسة من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه شرط محتمل الوجود وقد لا يتحقق إذا لم تؤهل السلطة المفوضة أي مترشح أو أن يتحقق دون اكتماله كلياً، وذلك من خلال وجود مترشحين مؤهلين، لكن لم يبلغوا النصاب القانوني المقدر ب ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل.

ثانياً: حالة المرافق العمومية التي لا تحتاج طبيعتها اللجوء إلى إجراء الطلب على المنافسة

توجد بعض المرافق العامة لا تستدعي طبيعتها القانونية أو حجم نشاطها الإداري، اللجوء إلى تفويضها بواسطة إجراء الطلب على المنافسة، ويمنح تسييرها مباشرة إلى المفوض له عن طريق إجراء التراضي بعد الاستشارة، ودون الحاجة إلى الدعوة للمنافسة، وتحدد هذه المرافق بمقتضى قرار وزاري مشترك بين وزير المالية ووزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية.

وتقوم السلطة المفوضة في هذه الحالة باختيار مفوض له، ضمن قائمة تعدها مسبقاً، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية⁽⁴²⁾.

الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي البسيط

يجوز للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى إجراء التراضي البسيط في تفويضها للمرفق العام إلى المفوض له، إذا توفرت إحدى الحالات التالية:

- وجود مترشح واحد يحتل وضعية احتكارية، ولا يمكن للسلطة المفوضة أن تفوض مرفق عام لمترشح آخر سوى هذا المترشح،
- حالات الاستعجال⁽⁴³⁾، والتي أوردتها الإدارة التنظيمية على سبيل الحصر لا المثال،

(41) المادة 01/19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

(42) المادة 02/19 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

والمتمثلة في الحالات الآتية:

- إذا تم فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام، وهي سارية المفعول، وسواء كان الفسخ من جانب السلطة المفوضة أو باتفاقها مع المفوض له.
- عدم قدرة المفوض له على ضمان استمرارية المرفق العام، والتي تكون غالبا في حالة إرهاقه ماليا، وتجعله غير قادر على الوفاء بالتزاماته التعاقدية.
- رفض تعديل بنود العقد من طرف المفوض له من خلال رفضه إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل.

جعل المشرع التنظيمي كل هذه الحالات الاستعجالية في مصف الاستعجال العادي؛ ولم يعتبرها حالات استعجالية ملحة، لكنه في مقابل ذلك، أرغم السلطة المفوضة على اتخاذ كافة الإجراءات التي تراها ضرورية لضمان استمرارية السير الحسن للمرفق العام المفوض⁽⁴⁴⁾.

خاتمة:

الأصل العام في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام هو إجراء الطلب على المنافسة، باعتباره إجراء يقوم على الإفصاح، والعلانية، وإجراءات تنافسية، وقواعد شفافة، والمساواة بين المترشحين. واستثناءً على ذلك، اعتمد المنظم الجزائري إجراء التراضي كاستثناء في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، على الرغم من أنه محل انتقاد فقهي كبير، باعتباره إجراء يمس بقواعد المنافسة النزهة بين المترشحين، إضافة إلى أنه يجعل الإدارة المفوضة في مركز قوي يمكنها من اختيار أي مترشح تراه مناسبا دون مراعاة مبدأ الكفاءة في تسيير المرفق العام، ويكون هذا الاختيار بناءً على معايير تحددها السلطة المفوضة وفق سلطتها التقديرية الناجمة عن تمتعها بامتيازات السلطة العامة.

وينبغي أن نشير إلى أنه على الرغم من تمتع السلطة المفوضة بالسلطة التقديرية في اختيار المفوض له، عن طريق إجراء التراضي، فإن ذلك ليس مطلقا، لأن كل سلطة مطلقة

(43) المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

(44) المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، السالف ذكره.

هي حتما مفسدة مطلقة. ولذلك؛ تبقى السلطة التقديرية للسلطة المفوضة في اختيار المفوض له خاضعة للقانون، فلا يمكن للسلطة المفوضة اللجوء إلى إجراء التراضي إلا في الحالات المحصورة قانونا، وفي مقابل ذلك، لا يمكن لها إثارة معايير انتقاء مترشحين من تلقاء نفسها.

لهذا؛ نجد أن المنظم الجزائري سعى إلى توسيع إجراء الطلب على المنافسة على أكبر قدر ممكن، وذلك من خلال إلزام السلطة المفوضة بإعادة الطلب على المنافسة للمرة الثانية في حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة في المرة الأولى، ومن جهة أخرى حصر كل حالات عدم جدوى الطلب على المنافسة، وأيضا الحصر الكلي لحالات اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط، وهذا ما يفيد بتقليص سلطة الإدارة المفوضة في اللجوء إلى إجراء التراضي في تفويض المرفق العام، وهو ما يشكل ضمانا أساسية لعدم تعسف الإدارة في اختيار المفوض له، وإضفاء كبير لشفافية تفويض المرفق العام حماية لمبدأ المشروعية الإدارية.

وختاما لبحثنا، توصلنا إلى جملة من التوصيات التي من شأنها أن تدعم فكرة حوكمة اتفاقيات تفويض المرفق العام، والمتمثلة في:

- إصدار النصوص التطبيقية التي تفسر كيفية تطبيق أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.
- تقييد سلطة الإدارة المفوضة في اختيار المفوض له بواسطة إجراء التراضي، لا سيما التراضي البسيط.
- إلغاء شرط المشاركة المسبقة في الطلب على المنافسة في حالة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام.
- الاهتمام المتزايد والمستمر بدفتر الشروط، باعتباره عصب تفويض المرفق العام، خاصة الاهتمام بكفاءة العنصر البشري المشرف على إعدادة.
- إنشاء بوابة إلكترونية لعقود تفويض المرفق العام، والتي تعتبر ضمانا أساسية لشفافية إجراءات تفويض المرفق العام.
- ضرورة اعتماد الإدارة الإلكترونية في إبرام وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام.

قائمة المراجع:

أولا. المراجع باللغة العربية:

01. الكتب:

- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
- حسام الدين بركبيه، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، شركة الأصالة للنشر، الجزائر، 2021.
- رابح لالو، المقدمات الأساسية في القانون الإداري، بيت الأفكار، الطبعة الثانية، الجزائر، 2024.
- شمس الدين بشير الشريف، سميحة لعقابي، قانون المرفق العمومي، دار الهدى، الجزائر، 2023.
- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- مريزق عدلمان، التسيير العمومي بين الاتجاهات الكلاسيكية والاتجاهات الحديثة، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2018.
- ياسمينه ضياف، إصلاح إيرادات الجماعات المحلية، دار المتنبى للطباعة والنشر، الجزائر، 2023.

02. أطروحات دكتوراه:

- سمية سلامي، النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون إداري، جامعة المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2021/2020.

03. النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 18-199 مؤرخ في 02 أوت سنة 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج. ر. ج. ج، العدد 48، الصادر في 05 أوت 2018.
- تعليمية رقم 006 مؤرخة في 09 جوان 2019 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام.

ثانيا. المراجع باللغة الفرنسية:

I. OUVRAGES

- BOUSSOUMAH Mohamed, Le service public, Pages Bleues Internationales, Alger, 2023.

II. ARTICLES

- ADMANE Merizek, GACHI Khaled, «Vers une nouvelle vision pour mesure la performance locale en Algérie: L'approche par résultats» , Maaaref, vol. 11, n° 20, 2016, pp 44-62.
- TAIB Essaid, « Le service public constitutionnel», Idara, vol. 33, n° 1, 2023, pp103-134.