

المبحث الأول: طرق أو صيغ إبرام عقود تفويض المرفق العام

بالرغم من اختلاف أشكال تفويض إلا أنها تخضع لنفس القواعد القانونية التي تضبط طرق إبرامها، وباستقراء نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18، نجد أن اتفاقية تفويض المرفق العام تبرم وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين: الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة والتراضي، الذي يمثل الاستثناء

المطلب الأول: الطلب على المنافسة كقاعدة عامة

الفرع الأول: تعرف الطلب على المنافسة

هي تعبير الإدارة عن نيتها في تفويض المرفق العام، حيث عرفتها المادة 11 من المرسوم التنفيذي 199/18 كما يلي: «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.» كما حدد المرسوم التنفيذي 199/18، عدة شروط يجب أن تتوفر في المفوض له وهي:

- 1- التفويض لا يكون إلا للأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري.

- 2- إعطاءها الأولوية في منح التفويض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

- 3- القدرة على تحمل مسؤولية التفويض، لذا لا بد من مراعاة قدراتهم المهنية والمالية والتقنية في انتقائهم.

- 4- التزام المفوض له بالتنفيذ الشخصي، وذلك استنادا لفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، وقد نص المشرع في هذا الصدد أنه: «لا يمكن للمفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام، أن يقوم بتفويضه إلى شخص آخر. غير أنه، إذا فرضت ذلك متطلبات التسيير، يمكن المفوض له اللجوء إلى مناولة جزء من المرفق العام المفوض، بعد الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة. ولا يمكن، في جميع الحالات، أن يكون المرفق العام الذي خصّ به المفوض له، موضوع مناولة بصفة كلية.»¹

- 5- أن لا يكون المترشح للمشاركة في عقد التفويض في حالة من حالات الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة، والتي أحالت المادة 47 من المرسوم التنفيذي 199/18 إلى الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الفرع الثاني: حالات الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة

إن تقييم العروض يتم على أساس "أفضل عرض" وذلك من حيث الضمانات المهنية والمالية والتقنية وتعلن عن عدم الجدوى في ثلاث (3) حالات:

1- المادة 07 من المرسوم التنفيذي 199/18.

1- عدم استلام أي عرض (أي ملف)،

2- استلام ملف أو عرض وحيد،

3- عدم تأهيل أي ملف لعدم المطابقتة مع دفتر الشروط.

وبالتالي نجد أن المشرع في تفويضات المرفق العمومي أعطى أهمية أكبر لموضوع المنافسة فحتى استلام عرض وحيد هو سبب كاف لعدم جدوى المنافسة وبالتالي نلجأ إلى إعادة الإجراء وهذا للحصول على بدائل أكبر وممكن بتكلفة أقل. وتبين الفقرة الثانية من المادة 15 حالات عدم الجدوى للمرة الثانية هي:

1- عند استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية يتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات.

2- عدم استلام أي ملف أو أي عرض.

3- عدم تأهيل أي ملف أو عدم مطابقة لدفتر الشروط.

المطلب الثاني: التراضي كاستثناء

لجوء السلطة إلى التراضي يحررها من تلك الإجراءات الصارمة التي تحكم الطلب على المنافسة، حيث تقوم السلطة المفوضة بكل حرية باختيار المفوض له مباشرة، إلا أن هذه الحرية لا تمنع من إخضاع أسلوب التراضي.

أولاً: تعريف التراضي

هو اتفاق مباشر بين السلطة المفوضة والمفوض له، حيث تتحرر فيه السلطة المفوضة من تلك القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة.

بالرجوع إلى أحكام المادة 08 من المرسوم التنفيذي 199/18 اعتبر المشرع الجزائري إجراء التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام عقود تفويض المرفق العام، كنتيجة لعدم جدية إجراء المنافسة، وبموجبه تتحرر الإدارة من تلك القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب الطلب على المنافسة، وهذا الإجراء (التراضي) يفتح المجال للسلطة المفوضة باختيار المفوض له مباشرة وبكل حرية.

ثانياً: أنواع التراضي

ويأخذ أسلوب التراضي صورتين حددتهما المادة 16 من المرسوم التنفيذي 199/18 بنصها: «يمكن أن يأخذ التراضي صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.»

1- التراضي بعد الإستشارة

عرفته المادة 17 على أنه: «التراضي بعد الاستشارة، إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين، على الأقل.» على عكس التراضي البسيط الذي تنعدم فيه المنافسة.

فالتراضي مزج بين مبدأ حرية السلطة المفوضة في اختيار المفوض له وبين مبدأ المنافسة، ويظهر ذلك في دعوة ثلاثة (03) مترشحين مؤهلين على الأقل لاستشارتهم ووضعهم في منافسة فيما بينهم قصد اختيار المتنافس الأفضل لتسيير المرفق العام.

المادة 17 قيدت نوعاً ما حرية السلطة في اختيار المفوض له، بإلزامها بإجراءات قصد منح الاتفاقية لصالح مفوض له يختار ضمن عدة متنافسين، هذا ما يكرس مبادئ المنافسة عن طريق الشفافية والمساواة.

2- التراضي البسيط

يعتبر التراضي البسيط استثناء عن الاستثناء، حيث تقوم السلطة المفوضة بإبرام اتفاقية التفويض مع مفوض له وحيد بمجرد تطابق إرادتهما على محل العقد، طبقاً لدفتر الشروط دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة للمنافسة. وقد عرفته المادة 18: «التراضي البسيط إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية.» فالمشرع استند على مبدأ الاعتبار الشخصي في المفوض له مما يملكه من قدرات مالية، تقنية ومهنية تجعله المتعامل الوحيد والكفء في تسيير والاستثمار في المرفق العام مع مراعاة ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية.

الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي

أولاً: حالات التراضي بعد الاستشارة

وهي حالات محددة، وهي الحالات التي نص عليها المرسوم التنفيذي 199/18 في المادة 19 (إرجع لنص المادة):

1- حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية

هو إجراء تقوم به السلطة المفوضة عند عدم تحقيق غاية الطلب على المنافسة، تلجأ السلطة المفوضة إلى أسلوب

2- حالة تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة:

إن المرافق التي لا تستدعي الطلب على المنافسة لتفويضها يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، إلا أنه يعاب على المشرع عدم تحديد المعايير الدقيقة في إظهار المرافق العامة المعنية بهذا الإجراء، وهذا ما يفسح المجال لمستخدمي ومسؤولي السلطة المفوضة في تفضيل المترشحين عند إعداد القائمة.

ثانياً: حالات التراضي البسيط

ولقد قيد المشرع السلطة المفوضة عند لجوئها إلى أسلوب التراضي البسيط بحالات محددة نص عليها في المادة 20:

1- الوضعية الاحتكارية

هي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ خدمات المرفق العام إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية الاحتكار. أي بمثابة المبرر للجوء إلى التراضي البسيط، اعتباراً أن الخدمة التي تطلبها السلطة المفوضة لا يلبيها إلا مترشح واحد يحتل وضعية احتكارية تسمح له القيام بالخدمة المطلوبة من طرف السلطة المفوضة، وقد أحسن المشرع تحرير السلطة المفوضة من الخضوع إلى إجراءات الطلب على المنافسة، طالما يوجد مترشح وحيد يحتل وضعية الاحتكار.

2- حالة الاستعجال

تنص المادة 21 من المرسوم التنفيذي 199/18 على: «تعتبر حالات استعجالية، الحالات الآتية (ارجع لنص المادة)

ضماناً لاستمرارية وديمومة المرفق العام، حصر المشرع صور الاستعجال في الحالات الآتية:

أ- حالة فسخ اتفاقية تفويض المرفق العام السارية المفعول: وهي انحلال الرابطة التعاقدية لعدم قيام أحد طرفي العقد بالتزاماته.

ب- استحالة ضمان استمرارية المرفق العام من طرف المفوض له: في حالة عدم إمكانية المفوض له ضمان استمرارية وديمومة المرفق العام وتسييره وعدم تمكنه من أداء الخدمة الموكلة له.

ج- رفض المفوض له إمضاء الملحق الذي يكون موضوعه تمديد الأجل: إذا كان موضوع الملحق تمديد الأجل، تكون السلطة المفوضة أمام إلزامية فسخ العقد وتفويضه بموجب إجراء التراضي البسيط.

ما يلاحظ عن الحالات الاستعجالية الواردة في نص المادة 21 أعلاه، أن هدف المشرع من اللجوء إلى التراضي البسيط رغم تعارضه مع المبادئ التي تقوم عليها المنافسة هو ضمان لاستمرارية المرفق العام والسرعة في التفاوض، بعيداً عن الإجراءات الشكلية التي تطلبها الطلب على المنافسة التي تستغرق مدة طويلة.

المبحث الثاني: إجراءات ومراحل إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام مثلها مثل باقي العقود الإدارية التي تستلزم مجموعة من المراحل والإجراءات التي يجب إتباعها قبل البدء في التنفيذ، بدءاً بالمرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام إلى آخر مرحلة إتمام إجراءات الإبرام.

المطلب الأول: المرحلة التحضيرية لإبرام عقد تفويض المرفق العام

إن العملية العقدية هي عملية مركبة تمر بمراحل عدة تبدأ بالإجراءات التمهيدية أو التحضيرية، التي تمهد لإبرام العقد الإداري كاتخاذ قرار اعتماد تقنية التفويض (الفرع الأول)، وإعداد دفاتر الشروط قبل نشر الإعلان والدعوى للمنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مرحلة إتخاذ قرار اعتماد تقنية تفويض المرفق العام

يعد اختيار الإدارة لأسلوب التفويض أول إجراء لإبرام عقد التفويض، حيث تقوم السلطة المختصة بوضع تقرير تبين فيه رغبتها في تفويض المرفق العام والتعريف به وتقديم معلومات عنه، وعلى ذلك يتعين على السلطة المفوضة أن تحدد الطريقة المناسبة لتفويض المرفق العام في ضوء دراسة مجموعة من الاعتبارات تتمثل في:

- إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام: فتلجأ السلطة إلى اختيار أسلوب الإمتياز، أما إذا كان تحقيق المرفق العام لا يتطلب بناء منشآت عامة فيمكنها أن تختار طريقة إيجار المرفق العام أو الوكالة المحفزة أو التسيير.

- تغطية تكاليف الاستغلال: إذا كان المرفق يحقق إيرادات كافية لتغطية تكاليف الاستغلال، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار طريق الإمتياز، أما إذا كانت إيرادات استغلال المرفق غير كافية لتغطية التكاليف، فيختار الشخص العام مانح التفويض طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير، إذ يحصل المفوض إليه مقابل تشغيله للمرفق على أجر مقطوع يغطي نفقات تشغيل المرفق ويحقق له الأرباح، فضلاً على علاوات تعطى له ترتبط بنتائج الاستغلال كمحفز له لتحسين جودة الخدمة. أما إذا كانت إيرادات المرفق العام ضخمة تكفي لتغطية تكاليف التشغيل وتزيد عليها، فإن الشخص العام مانح التفويض يختار في العادة طريقة الإيجار، إذ يلتزم المفوض إليه بدفع بدلات إيجار لمانح التفويض مقابل استغلاله للمرفق.

- نطاق رقابة الشخص العام: إذا كان الشخص العام مانح التفويض يرغب في ممارسة رقابة أكثر شمولية وشدة فيختار طريقة الإمتياز أو الإيجار، أما إذا أراد ممارسة رقابة محدودة فيختار في هذه الحالة طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير.

- نطاق مسؤولية الشخص المفوض إليه وتحمله المخاطر: في الحالات التي يرغب مانح التفويض بتحميل المفوض له القسم الأعظم من مسؤولية المرفق والمخاطر التي تترتب على إدارته، فإنه سيختار طريقة الإمتياز أو الإيجار. أما إذا أراد تقاسم مسؤولية المرفق ومخاطره مع المفوض إليه، فيختار طريقة الوكالة المحفزة أو التسيير.

- العنصر المالي: يقتضي دراسة إمكانية تحقيق المرفق العام لإيرادات ذاتية تكفي لتغطية الاستثمارات التي يتكبدها المفوض له عند إدارته للمرفق العام.

بعد دراسة كل هذه العناصر والتحقق من جدوى عملية التفويض والتأكد من قدرة شخص آخر غير الشخص العام من تشغيل المرفق العام المعني وتحقيق استمراريته، تصدر الجهة الإدارية المختصة –الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها- قراراً باعتماد تقنية التفويض تكون قد اختارت فيه صورة أو نوع تفويض المرفق العام

الفرع الثاني: الإعداد المسبق لدفتر الشروط

تعتبر دفاتر الشروط حجر الأساس في إبرام العقود الإدارية، سواء كانت صفقات عمومية أو عقود تفويض مرفق عام، إذ تعتبر بمثابة المرجع الذي يستند عليه في كل مرة إلا أن المرسوم التنفيذي 199/18 لم يحدد الأجل الذي

يجب أن يتم فيه دراسة مشروع دفتر الشروط من قبل لجنة تفويضات المرفق العام، عكس المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 178 الذي حددها في غضون 20 يوما.

ثانياً: مضمون دفتر الشروط (البنود التنظيمية و التعاقدية)

يتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها. ويشمل دفتر الشروط جزأين².

- الجزء الأول: وعنوانه "دفتر ملف الترشيح"، يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كيفيات تقديمها. ويحدد هذا الجزء معايير اختيار وانتقاء المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص بما يأتي:

* القدرات المهنية: وهي الشهادات المؤهلة المطلوبة .

* القدرات التقنية: وهي الوسائل البشرية من قائمة العمال، كالمهندسين و البياطرة في المدايح....

أما فيما يخص الوسائل المادية، فهي قائمة المعدات والأدوات والآلات المطلوبة والكافية لتغطية حجم العمل.

* القدرات المالية: ك رأس مال الشركة، الدفاتر المحاسبية والميزانيات الجبائية، والمراجع المصرفية والكشوفات البنكية.

- الجزء الثاني: وعنوانه "دفتر العروض" ويتضمن قسمين هما:

البنود الإدارية والتقنية: تتمثل في كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض.

البنود المالية: التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة، حسب الشكل الذي تم تحديده من طرف السلطة المفوضة، سواء كان منحة بنسبة مئوية أو إتاوات من مستعملي المرفق العام. وكذلك المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض، حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابه.

المطلب الثاني: مرحلة الإعلان والانتقاء الأولي للمترشحين على أساس ملفات الترشيح

الفرع الأول: نشر إعلان الطلب على المنافسة

يؤدي الإعلان المسبق إلى السماح بتقديم عدة طلبات ترشيح، ومن شأن ذلك أن يخلق مناخاً تنافسياً ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين العروض. وهذا يهدف تكريس مبدأ الشفافية ولضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير موضوعية تضعها الإدارة، مما يجعل الطلب على المنافسة بمثابة فرصة أكيدة تضمن مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، وتجسيد مبدأ العلنية.

² - المادة 13 من المرسوم التنفيذي 199/18.

تقوم السلطة المفوضة بنشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة. ويجب إظهاره على الأقل، في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية³. والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور، خاصة مقرات الهيئات المحلية والمركزية التي تقوم بتقديم خدمات مرفقية، ويجب أن يتضمن الإعلان مدة تقديم العروض مع بيان الوثائق المطلوبة في العروض وكيفية التقييم، ويمكن أيضا اعتماد الإشهار الإلكتروني طبقا للمادة 204 من المرسوم 247/15. فأوجبت المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18 على السلطة المفوضة إعلان الطلب على المنافسة، وذلك من خلال النشر والإعلان الواسع، وبكل وسيلة مناسبة لذلك. ويجب أن يتضمن على البيانات التالية:

- تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي إن وجد، - صيغة الطلب على المنافسة، - موضوع وشكل تفويض المرفق العام، - المدة القصوى للتفويض، - شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، - قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح، - آخر أجل لتقديم ملف الترشيح، - مكان إيداع ملف الترشيح، - مكان سحب دفتر الشروط، - دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة، - كيفية تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض).

كما يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة إلى آخريوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة، مع الأخذ في الحسبان مدة تحضير العروض، وفسح المجال أمام مشاركة أكبر عدد من المتنافسين، ولا تؤخذ بعين الاعتبار الملفات التي يتم استلامها بعد فوات الأجل المحددة في الإعلان. - يترتب على عدم احترام السلطة المفوضة للأشكال الجوهرية المتعلقة بالإعلان المنصوص عليها في المادة 27 البطلان.

هذه أهم البيانات التي تسمح بتقديم عرض من طرف المتنافسين، وهذا الإعلان يكون مرفقا بدفتر الشروط الذي سيسحبه المتنافسون الذين يودون تقديم عروض، لهذا يجب أن يكون دفتر الشروط في أيدي كل من يرغب بتقديم عرض تنافسي.

الفرع الثاني: تحضير وإيداع العروض

بعد نشر الإعلان، وبعد حصول المتنافسين على دفتر الشروط وتمكينهم من الوثائق والمعلومات الضرورية. يتعين على كل المترشحين تقديم عروضهم المتمثلة في ملف الترشيح.

أولا: مدة إيداع العروض (أجل إيداع العروض)

بالرجوع إلى نص المادة 28 من المرسوم التنفيذي 199/18 نجد أن المشرع نص على وجوب أن يأخذ تاريخ إيداع العروض في الحسبان مدة تحضير العروض، وذلك لفتح المجال أمام أكبر عدد من المتنافسين، إذ يتم تحديد آجال تحضير العروض من طرف السلطة المفوضة، وهو بذلك ترك السلطة التقديرية للسلطة المفوضة.

³ - المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18.

كما نص المشرع على تمديد تاريخ إيداع العروض، فإذا صادف تاريخ الإيداع يوم عطلة أو يوم راحة رسمية يمدد الأجل إلى اليوم الموالي للعمل، على أن يتم تمديد المدة المحددة لإيداع العروض مرة واحدة، سواء كان ذلك بناء على مبادرة من السلطة المفوضة أو على طلب معلل من أحد المترشحين، وفي حالة التمديد فإن تاريخ إيداع العروض يخضع إلى قواعد الإشهار المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم التنفيذي 199/18. ولا تؤخذ بعين الاعتبار الملفات التي يتم استلامها بعد التاريخ أو الساعة القصوى المحددة في إعلان الطلب على المنافسة.

ثانيا: محتوى العروض

نصت المادة 30 من المرسوم التنفيذي 199/18، على أن ملف الترشيح يحتوي على الوثائق الآتية:

-تصريح بالتزاهة، - القانون الأساسي للشركة، - مستخرج السجل التجاري، - رقم التعريف الجبائي فيما يخص المترشحين الخاضعين للقانون الجزائري أو المترشحين الأجانب الذين سبق لهم العمل في الجزائر، - كل وثيقة تسمح بتقديم القدرات المذكورة في دفتر الشروط.

لأجل حماية المنافسة بين المتعهدين، أوجب المشرع أن يكون الإيداع في مكان واحد تكريسا للشفافية والمساواة، ويجب أن يقدم الملف في ظرف مغلق ومهم تكتب عليه عبارة: "لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض"، وفقا للأجل المعلن عنه، وإذا صادف تاريخ إيداع العروض يوم عطلة أو يوم راحة رسمية، فإنه يتم تمديده إلى يوم العمل الموالي.

المطلب الثالث: فتح الأظرفة وانتقاء العروض وإعداد قائمة للمترشحين المقبولين

تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض والمنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم التنفيذي 199 / 18 في جلسة علنية وفي مرحلة أولى بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين. ويحضر هذه الجلسة أصحاب العروض، وذلك تكريسا لمبدأ الشفافية.

تقوم بعدها نفس اللجنة في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة بدراسة ملفات الترشيح ابتداء من اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة.

يقصى مؤقتا أو نهائيا من المشاركة في إجراء تفويض المرفق العام، المتعامل الذي ارتكب فعلا أو عملا محل إجراء ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

تعد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط، مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب النقاط المتحصل عليها، وذلك بعد دراسة العروض المقدمة من المترشحين المقبولين وتقييم الضمانات المالية والمهنية والتقنية، وكذا كفاءاتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق.

وفي حالة عدم جدوى الطلب على المنافسة في المرحلة الأولى 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 الطلب على المنافسة، أما في حالة استلام عرض واحد فقط، وتبين أن العرض مطابق لدفتر الشروط فإنه يقبل لمتابعة الإجراءات. ويتم إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض.

المطلب الرابع: مرحلة دعوة المترشحين المقبولين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى إلى سحب دفتر الشروط واطمام الإجراءات

وتمر هذه المرحلة بالخطوات الآتية:

الفرع الأول: استدعاء المترشحين المقبولين لسحب دفتر الشروط وتقديم العروض

تقوم السلطة المفوضة بدعوة المترشحين المقبولين، بكل وسيلة ملائمة، إلى سحب دفتر الشروط للجزء الثاني عنوانه: "دفتر العروض" المتضمن: البنود الإدارية والتقنية و البنود المالية، وتقديم عروضهم في الآجال المحددة والتي تحددها السلطة المفوضة تبعاً لحجم ونطاق نشاط المرفق.

وبعدها تقوم لجنة الاختيار وانتقاء العروض بإعداد قائمة المترشحين المؤهلين لتقديم عروضهم وإرسال نسخة من دفتر الشروط لكل مترشح، أين يتبين له عرضاً دقيقاً حول المرفق العام وكذا الخصائص الكمية والنوعية وشروط فرض المبالغ المالية على المنتفعين مقابل الخدمة المقدمة وذلك دون انحياز، وعلى كل مترشح ورد اسمه في القائمة واستلم نسخة من دفتر الشروط أن يقدم عرضاً دقيقاً وفق ما هو مبين سابقاً.

والسلطة المفوضة ملزمة بذكر كل المعايير التي اعتمدت عليها من أجل اختيار المفوض له في دفتر الشروط، ومن بين هذه المعايير: الضمانات المالية والتقنية، السعر والنوعية ومدة التنفيذ، شروط التمويل، وكل العوامل الأخرى اللازمة.

في حالة التراضي بعد الاستشارة، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة ثلاث (03) مترشحين مؤهلين على الأقل، يتم اختيار المفوض له من بين المترشحين المؤهلين الذين شاركوا في الطلب على المنافسة، بعد الإعلان عن عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، من أجل تقديم عروضهم وفقاً لدفتر الشروط. وقد ألزم المشرع في المادة 38 من المرسوم التنفيذي 199/18 السلطة المفوضة باعتماد نفس دفتر الشروط الذي اعتمده في الطلب على المنافسة للمرة الثانية، والذي كان نتيجته عدم الجدوى للمرة الثانية⁴. وهذا ما يجب على المشرع تداركه بإعطاء إمكانية تعديل بعض الشروط المرهقة للأطراف المترشحة وذلك لضمان إستمرارية سير المرفق العام.

الفرع الثاني: إجراء المفاوضات

⁴ - أنظر المواد 17، 19، 37، 38 من المرسوم التنفيذي 199/18

على خلاف ما هو متعارف عليه في عقود الصفقات العمومية فيما يخص اختيار المتعاقد، فإن هذا الاختيار في عقود تفويض المرفق العام، يتسم بفضاء أكبر من الحرية والمرونة من حيث التفاوض بين السلطة المانحة ومختلف المترشحين المقبولين الذين قدموا عروضهم، فعلى السلطة المفوضة ضمان تأمين المرفق العام للمتفعين باستمرار واطراد لمدة نوعا ما طويلة، هذا ما يفرض عليها فتح حوار مع المترشحين المقبولين للتأكد من قدرتهم على تسيير المرفق العام.

ومن المبادئ الموجهة للمفاوضات والضابطة لها والتي على السلطة المانحة احترامها:

- مبدأ المساواة، مبدأ السرية، بحيث يمنع على الإدارة تسريب معلومات تضر بالمنافسة أثناء جلسات الحوار.

- مبدأ التعقب، بالبحث على الأدلة ووقائع الإجراءات وتتبع مختلف القرارات التي تتخذها.

المطلب الخامس: الإعلان عن المنح المؤقت لتفويض المرفق العام

يتخذ مسؤول السلطة المفوضة قرار المنح المؤقت وفقا لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي 247/15، ويتم إشهار هذا القرار بنفس الكيفيات التي تم بها الإعلان عن المنافسة. وفي حالة المنح المؤقت الخاص بصورة التراضي بعد الاستشارة، فأشهار هذا القرار يكون بكل الوسائل المتاحة حسب حجم ونطاق نشاط المرفق العام⁵. وذلك تكريسا لمبدأ الشفافية والعلانية في الإجراءات.

وقرار المنح المؤقت كغيره من القرارات الإدارية يجوز الطعن فيه، ويمكن الاحتجاج على المنح المؤقت لكن ذلك مقتصر على من شارك في الطلب على المنافسة، ويكون ذلك بموجب طعن أمام لجنة تفويضات المرفق العام خلال أجل عشرين (20) يوما تحتسب من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت، وهنا تبرز لنا أهمية تحديد كيفية الإشهار وسهولة الاطلاع عليه لممارسة هذا الحق، وتتولى هذه اللجنة دراسة الطعن وتتخذ القرار المعلن في أجل لا يتعدى 20 يوما من تاريخ استلام الطعن، وتبلغه للسلطة المفوضة وصاحب الطعن⁶.

وفي حالة ما إذا رفض المترشح المستفيد من المنح المؤقت للتفويض ورفض استلام إشعار بتبليغ الاتفاقية أو رفض توقيع الاتفاقية، تقوم السلطة المفوضة بإلغاء المنح المؤقت لهذا المترشح واللجوء إلى المترشح الموالي الوارد في قائمة العروض المسجلة في محضر المفاوضات وتقييم العروض الذي أعدته لجنة اختيار وانتقاء العروض.

ومهما يكن من أمر فإنه يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض، مع إخضاع إشهار قرار الإلغاء إلى نفس قواعد الإشهار المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 199/18 المتعلق بتفويض المرافق العامة.

⁵- المادة 41 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

⁶- المادة 42 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

ما يعاب على المشرع أنه لم ينص على أي أساس يتم إلغاء إجراء تفويض المرفق العام، أو الأسباب التي تؤدي بالسلطة المفوضة إلى إلغاء هذا الإجراء،

المطلب السادس: إعداد إتفاقية تفويض المرفق العام

- بعد استنفاد مدة الطعون، يجب مباشرة إجراءات المرحلة الأخيرة والأهم المتمثلة في تجسيد وتنفيذ هذه الاتفاقية على أرض الواقع، أين تقوم السلطة المفوضة بإعداد إتفاقية التفويض مكتوبة ويتم توقيعها من الطرفين، وتسلم نسخة منها للمترشح المقبول⁷. وحسب المادة 48 من المرسوم التنفيذي 199/18 يجب أن تشير كل إتفاقية تفويض مرفق عام إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص، البيانات الآتية:
- تعيين الأطراف المتعاقدة وكذا هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لإمضاء الإتفاقية وهدفهم، أي المفوض والمفوض له والصفة القانونية التي يمتلكونها للتوقيع.
 - موضوع التفويض بدقة، أي تحديد النطاق الموضوعي للتفويض والمتعلق باستغلال المرفق العام موضوع التفويض، وذلك بأن يتم تحديد أي نوع من الاستغلال وهل هو كلي أم جزئي.
 - صيغة الإبرام، ما إن كانت عن طريق الطلب على المنافسة أو عن طريق التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.
 - شكل التفويض، ما إن كان في شكل امتياز أو إيجار أو وكالة محفزة أو تسيير.
 - شكل المقابل المالي الذي يدفعه مستعملو المرفق العام وكذا آليات تحيينه ومراجعتة، تحديد المقابل المالي أو الإتاوات التي يدفعها المنتفعون بخدمات المرفق العام محل التفويض مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، ناهيك عن تحديد السبل والطرق التي يمكن من خلالها تحيين ومراجعة هذه الإتاوات.
 - شروط التسديد والبنك محل الوفاء.
 - مدة التفويض، التي تختلف حسب شكل التفويض، فإذا كان في شكل امتياز فمدة التفويض تكون 30 سنة قابلة للتمديد لمدة أربع سنوات كحد أقصى، أما الإيجار فمدته تكون محددة بـ15 سنة كحد أقصى تكون قابلة للتمديد ثلاث سنوات، وأما الوكالة المحفزة فمدتها 10 سنوات قابلة للتمديد لمدة سنتين كحد أقصى، والتسيير مدته 5 سنوات قابل للتمديد سنة واحدة.
 - الإختصاص الإقليمي للمرفق العام، خاصة إذا كان المرفق إقليمي وليس مرفقي، ذلك لأن الإختصاص دائماً من النظام العام يتم تحديده بموجب نص قانوني.

⁷- المادة 44 من نفس المرسوم التنفيذي 199/18.

- حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له، تحديد حقوق والتزامات طرفي الاتفاقية السلطة المفوضة والمفوض له، كالاتزامات المتعلقة بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية الخاصة باستخدام والانتفاع بالمرفق العام، لاسيما ما يتعلق منها بالإتاوات والتعريفات وساعات العمل وطبيعة المستفيدين من خدمات المرفق، وكذا الالتزام بفتح سجل خاص لتدوين وتسجيل الشكاوى والاقتراحات ويكون مؤشر عليه من السلطة المفوضة، وهي إحدى الآليات التي تمكن السلطة المفوضة من معرفة ما إن كان هناك إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له أو وجود حالة عدم احترام للشروط المتعلقة باستخدام المرفق أو سوء استغلاله... فهذا السجل من شأنه أن يجعل السلطة المفوضة تتحرك لاتخاذ التدابير الملائمة لتدارك الوضع في حق المفوض له كفتح لجنة تحقيق.

- جرد المنشآت والمعدات المسخرة للخدمة، إنجاز واقتناء ممتلكات المرفق العام، البنود المتعلقة باستغلال منشآت وممتلكات المرفق العام، البنود المتعلقة بصيانة منشآت وممتلكات المرفق العام،

- الضمانات، تحديد الضمانات لكلا طرفي الاتفاقية، فالمفوض له عليه أن يضمن تحقيق وتكريس المبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة، كمبدأ الاستمرارية وحسن سير المرفق العام والحياد والمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق محل التفويض، في المقابل على السلطة المفوضة أن تضمن المقابل المالي والالتزامات المالية للمفوض له، وكذا الحماية من الأخطار التي قد تعترضه أثناء استغلال المرفق العام وتثقل كاهله المالي.

- حالات دفع التعويضات وآليات حسابها، التأمينات، الواجبات الواقعة على عاتق المفوض له اتجاه مستعملي المرفق العام، التكفل بالمصاريف الناجمة عن أضرار تكون قد مست بمنشآت وممتلكات المرفق العام والتي تتم معاينتها بعد الجرد الذي يتم عند نهاية اتفاقية التفويض، تدابير الأمن والنظافة والسلامة الصحية وحماية البيئة، شروط المناولة، البند المتعلق باستعمال اليد العاملة، كفييات مراقبة تنفيذ اتفاقية التفويض، كفييات تنفيذ حالات القوة القاهرة،

- كفييات حل النزاعات، تحديد كفيية تسوية النزاعات، سواء ودية وقضائية، مع تحديد الجهة القضائية المختصة في حالة نزاع.

- العقوبات المالية وكفييات تطبيقها، تحديد الجزاءات المالية المفروضة على المفوض له لعدم التزامه بتنفيذ الاتفاقية وتحديد كفييات تطبيقها.

- الرقابة البعدية وإعداد حصائل وتقارير دورية، حالات الفسخ، إبراء ذمة لفائدة المفوض له بعد نهاية اتفاقية تفويض المرفق العام.

- تحديد التعويض لصالح السلطة المفوضة الذي يلتزم به المفوض له في حال الاستعمال غير العقلاني والتعسفي لممتلكات المرفق العام.

ثم تقوم السلطة المفوضة بتسليم المرفق العام للمفوض له، ليبدأ في تنفيذ بنود الاتفاقية متمثلة في إدارة واستغلال المرفق العام والقيام بجميع الأعمال الموكلة له ضمن الاتفاقية، في إطار احترام المبادئ الأساسية للمرفق العام من مساواة واستمرارية وتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، كما جاء في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 199/18 لتحقيق الأهداف المرجوة منه.