عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في التشريع التونسي

محفوظ برحمان،أستاذ محاضر أ، ،جامعة البليدة 2، الجزائر
ملاك عراسه،طالب دكتوراه،جامعة البليدة 2، الجزائر

الملخص

تعد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص طريقاً ثالثاً يتفادى عيوب أسلوبي الخصخصة والتسيير العمومي، وآلية لتنويع مصادر تمويل المرافق العامة وإنشاء البُنى الأساسية؛ سيما عند شح الإنفاق الحكومي. نشأت فكرة عقود الشراكة في بريطانيا، واقتبسها المشرع الفرنسي من المدرسة الانجلوساكسونية، ثم صارت نهجاً توصي به الهيئات الدولية.

عقود الشراكة وفق المدرسة الفرنسية لها مفهوم وكيفية إبرام محددين بنص القانون، فهي جيلاً ثالثاً من العقود الإدارية، وإطاراً لمبادرات القطاع الخاص يختلف عن نظام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ولكنها بحاجة لإدارة قادرة على التقييم والتفاوض وقطاع خاص متمكن.

تبنت الكثير من الدول عقود الشراكة وفق النموذج البريطاني أو الفرنسي، سواء بسبب الحاجة للتمويل، أو بسبب توصيات الهيئات الدولية، ومن بين تلك الدول: مصر والمغرب والسينغال...،وقامت تونس في ديسمبر2015 بسن قانون لعقود الشراكة مستقل عن نظام الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام.

في هذا الموضوع نهدف إلى بيان مفهوم عقود الشراكة؛ وطبيعتها القانونية؛ وكيفية إبرامها، وفق التطبيق التونسي.

الكلمات المفتاحية: عقد الشراكة؛ إبرام عقد الشراكة؛ تشريع تونسي؛ العقود الإدارية.

Abstract

Public-private partnership contracts are a third way to avoid the disadvantages of privatization and public management. This type of contract allows diversification of sources of public utility funding and infrastructure construction, especially when government expenditure is scarce. The idea of partnership contracts originated in Britain, and was borrowed by the French legislator from the Anglo-Saxon school and then became an approach recommended by international organizations. The French model is the new generation of administrative contracts, in different way with delegation and the public transaction. Is a Framework for accepting private sector initiatives, but it needs an assessment and negotiation management, and able private sector. The partnership contracts British or French models, were adopted by many countries, Egypt, Morocco, Senegal, and others. Tunisia was the latest North African country to issue independent partnership law in December 2015.

In this regard, we aim at clarifying the concepts of the partnership contracts, and her legal nature, and how to conclude it in Tunisian application.

Keywords; Partnership contract, conclusion of a partnership contract, Tunisian legislation, administrative contracts.

مقدمة

برزت في السنوات الأخيرة حاجة البحث عن كيفيات جديديه لتمويل إنشاء المرافق العامة وإقامة البُنى الأساسية في ظل عجز الموازنة العامة للدولة، فانصب التفكير في بعض الدول على أموال وقدرات القطاع الخاص كمنفذ يمكن المرور منه لتلبية الحاجات العامة، فظهرت الخصخصة كطريقة للتخلص من الأعباء المالية لتسيير الحكومي ، وتوجيه أموالها لامتصاص الفجوة بين نفقات وإيرادات ميزانية الدولة، لكن الكلفة الاجتماعية لسياسة الخصخصة ومحدودية أفقها في استيعاب كل مجالات البُنى الأساسية والمرافق العامة، جعل الأنظار تتحول عنها إلى أسلوب بديل يسمى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص يجمع بين تحقيق المصلحتين العامة والخاصة ويضمن إقامة مشاريع الضرورية والمرافق العامة دون الضغط على موارد الموازنة العامة، أو التنازل عن الأسهم و الأملاك العامة لصالح الخواص[1].

عقود الشراكة هذه لا تقوم على المشاركة في الأموال أو الأسهم، ولا تتضمن تنازلاً عن الملكية العامة لصالح الخواص؛ كما يقتضينه المفهوم القانوني الضيق للخصخصة[2]، بل تقوم على الشراكة في النتائج وتحمل كل طرف من أطراف العقد للخطر القادر على تحمله وفق ما يصطلح على تسميته بتقاسم المخاطر.

تكمن أهمية عقود الشراكة في أنها تشكل بديلاً لأسلوبي الخصخصة و التسيير العمومي المباشر، باعتبارها إطاراً ومنفذاً جديداً لتلبية الطلب العمومي بواسطة الخواص؛ بعيداً عن الاقتراض أو زيادة الضرائب لتمويل عجز الموازنة العامة[3]، لذلك تعد من المواضيع ذات الأبعاد الاقتصادية والقانونية والسياسية والاجتماعية؛ بسبب محفزاتها وفوائدها العديدة[4].

ظهرت فكرة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كابتكار من مدرسة القانون المشترك الانجلوساكسونية تحت مسمى المبادرة الخاصة للتمويل Private Finance Initiative (PFI) في بداية التسعينيات ببريطانيا[5]، ثم اقتبسها المُشرع الفرنسي في سنة2004 بمسمى الشراكة العمومية الخاص Partenariat Public-Privé (PPP)، وأصبغ عليها صفة العقد الإداري[6].

انتشر هذ النوع من العقود وأصبحت توصي به المنظمات الدولية، و تبنته الكثير من الدول[7]، من بينها دول شمال إفريقيا المتأثرة تشريعياً بالمدرسة الفرنسية، حيث اعتمدته مصر في سنة 2010[8]، والمملكة المغربية في سنة2014[9]، وصادقت السلطة التشريعية التونسية في نوفمبر2015على مشروع قانون مشابه بادرت به الحكومة بعد استعانتها بخبرة دولية[10]، وأصدرت قانون عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الجريدة الرسمية[11] بتاريخ 01 ديسمبر2015 بموجب القانون عدد49 لسنة2015[12]، وحدد المُشرع تاريخ الانطلاق في تنفيذه بأجل أقصاه أول جوان2016، بينما خول للجماعات المحلية مباشرة العمل به من أول انتخابات لمجالسها.

رغم أن بعض الباحثين يشيرون إلى أن هذا القانون جاء استجابة لاشتراطات هيئات التمويل الدولية، وأثاروا جدلاً قانونيا

واقتصادياً بخصوص جدواه[13]، إلا أن المُشرع التونسي برر وضعه لقانون ينضم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بخمسة أهداف، وهي: تنويع آليات تلبية الطلب العمومي، تنويع مصادر تمويل تلبية الطلب العمومي، تطوير البنية التحتية وتدعيمها، دفع الاستثمار العمومي، والاستفادة من حرفية وخبرة القطاع، تطوير الاستثمار والبنية التحتية، والاستفادة من خبرة الخواص[14]،

فعقود الشراكة حسب المشرع التونسي آلية جديدة يمكن اللجوء إليها بجانب كل من الصفقات العمومية، وتفويض المرفق العام[15] لتحقيق عديد الأهداف.

سياق البحث عن تحقيق تلك الأهداف في ظل شح الموارد العمومية لمعظم الدول المغاربية يدفعنا إلى السؤال عن طبيعة هذا النوع من العقود وكيفية إبرامهما في التشريع التونسي باعتباره التشريع الأحدث بالمنطقة في هذا المجال إلى غاية اليوم؟

سنعتمد في بحث هذا الموضوع على المنهج الوصفي التحليلي بسبب حداثة التشريع المعني وقلة الكتابات بعد صدوره. لذلك سنعتمدً على الإطار القانوني المتكون من نص تشريعي يضم42 فصلاً، إضافة إلى ثلاثة نصوص تطبيقية صادرة عن السلطة التنفيذية[16]، صدرت كلها ضمن الحيز الزمني الممتد من ديسمبر2015الى أكتوبر2016.

للإجابة عن السؤال المطروح، سنتناول عقود الشراكة في نقطتين. النفطة الأولى نتناول فيها مفهوم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ثم نتناول في النقطة الثانية القواعد الإجرائية لإبرامها.

أولا: مفهوم عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

للإحاطة بفكرة الشراكة باعتبارها مفهوماً جديدً ونوع من أنواع العقود الحديثة[17]، سنتطرق إلى تعريف عقد الشراكة وأطرافه، وتحديد طبيعته.

أ. تعريف عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

مشروع قانون الشراكة في صيغته الأولى المعدة منذً سنة2012؛ جاء في شكل ترجمة إلى اللغة العربية حسب تقرير اللجنة البرلمانية[18]، ولم يأت كتقييم أو تقويم أو تأطير للتجربة التونسية[19] رغم أن تونس شهدت تنفيذ العديد من الشراكات قبل إصدار هذا القانون[20].

المُشرع التونسي أدرج تعريفاً لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص ضمن نصوص القانون، بنفس الطريقة المتبعة في كل من التشريع الفرنسي والمصري[21] والمغربي، حيث نص على أنه:((عقد كتابي لمدّة محددة، يعهد بمقتضاه شخص عمومي إلى شريك خاص بمهمة شاملة تتعلق كليا أو جزئيا بتصميم وإحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أو لامادية ضرورية لتوفير مرفق عام.ويشمل عقد الشراكة التمويل والإنجاز أو التغيير والصيانة وذلك بمقابل يدفع إلى الشريك الخاص من قبل الشخص العمومي طيلة مدة العقد طبقا للشروط المبينة به....ولا يشمل عقد الشراكة تفويض التصرف في المرفق العام))[22]

رغم أن المُشرع في القانون عدد49 لسنة2015 ينص في الغالب على الشراكة بصيغة الجمع "عقود الشراكة" بما يوحي بتعدد أنواع عقود الشراكة، إلا أنه عندما أورد تعريفها نص عليها بصيغة المفرد، ولم يشر إلى إمكانية تعدد أنواع عقد الشراكة في التعريف وفي سائر فصول هذا القانون.

المُشرع في تعريفه لعقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ركز على عناصر تحدد معالم العقد؛ وتميزه عن باقي التصرفات الأخرى للشخص العمومي، و من تلك العناصر نذكر:

1/ الرابطة العقدية، التصرف الموصوف بالشراكة مع الخواص، والذي يقوم به الشخص العمومي في إطار نشاطه الإداري بدافع تحقيق المصلحة العامة، يقع ضمن مجال الأعمال التعاقدية، ولا يقع ضمن تصرفات الإرادة المنفردة[23]، وبالتالي فهو عقد وليس قرار. وهو أيضا ليس تفويض بالإرادة المنفردة من السلطة المخولة بالقامة المرفق العام

2شكلية الكتابة، هذا النوع من العقود لا يسري عليه التعاقد الشفوي، فالمُشرع ألزم الشخصَ العمومي بالكتابة والتحرير، فالكتابة وإن كانت الميزة الغالبة لعقود الشخص العمومي إلا أن المُشرع أصاب في التأكيد عليها وإخراجها من دائرة الشك والتأويل في هذه العقود، والسبب في ذلك يعود للطبيعة المركبة والمعقدة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وبذلك تصير الكتابة شرطاً من شروط صحة عقد الشراكة، وهو نفس ما ذهب إليه المُشرع المصري في هذه الموضوع[24].

/3عقد محدد المدة، من ميزات عقد الشراكة أنه لا يدخل ضمن دائرة العقود الفورية، بل ينتمي إلى دائر العقود الزمنية ذات الأجل الطويل، بسبب مراعاة زمن اهتلاك الاستثمارات المتفق على إنشائها، وطرق تمويل المشروع، وتمكين الشريك الخاص من تحقيق مردود من استثماراته باعتباره المحرك الأساسي في إقدامه على الشراكة مع الشخص العمومي، لكن القانون عدد49 لسنة2015 لم يفرض سقفًا زمنياً لعقود الشراكة[25]، إلاّ أنه حدّ من صلاحية طرفي عقد الشراكة في تجديد العقد، فالمشرع جعل هذا النوع من العقود يبرم لمدة محددة غير قابلة للتجديد، إلا لمدة أقصاها ثلاث سنوات لأسباب استثنائية حددها في: القوة القاهرة، وقوع أحداث لم تكن مرتقبة، وحالة ضرورة ضمان استمرارية المرفق العام، وأضاف قيد على هذه الحالات الاستثنائية عند اشتراطه لحصول الشخص العمومي المعني بعقد على رخصة من الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص[26].

4/موضوع عقد الشراكة وصفها المشرع بالمهمة شاملة، أي مهمة إجمالية وجامعة وغير بسيطة، تتعلق بتصميم وإحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أو لامادية ضرورية لتوفير مرفق عام، هذه المهمة تشمل التمويل والإنجاز، لذلك تعد المهمة محل عقد الشراكة غريبة عن عقود الصفقات العمومية، باعتبار محل عقد الصفقة العمومية مهمة واحدة بسيطة تتعلق بإنجاز الأشغال؛ أو تقديم الخدمات؛ أو توريد اللوازم، ولا تتعلق بالتمويل. هذا النوع من التعاقد غريب أيضاً عن عقود تفويض المرفق العام لعدم ارتباط مقابله المالي بنتيجة الاستغلال[27]. خصوصية هذه المهمة الشاملة في عقود الشراكة وطبيعتها المركبة بنى عليها المجلس الدستوري الفرنسي تحفظاته واعتبرها مخالفة لقواعد إبرام عقود الأشغال العامة مما يستوجب إفرادها بضوابط خاصة[28]، وأفضى ذلك إلى إصدار قانون عقود الشراكة (PPP) في فرنسا، وتبعتها مصر والمملكة المغربية لأسباب أخرى.

5/الهدف من عقد الشراكة هو إقامة بنية أساسية أو توفير مرفق عام، حيث بين المُشرع أن إنجاز المهمة الشاملة التي يعهد بها الشخص العمومي إلى الشريك الخاص بمقتضى عقد الشراكة ضرورية لتوفير مرفق عام يسعى الشخص العمومي لإقامته، فعقد الشراكة نمط جديد من العلاقات بين الإدارة والخواص لتلبية حاجات عامة تقع على الدولة مسؤولية إشباعها كما

يذهب إليه كل الفقه[29].

/1الشريك الخاص "شركة المشروع" يقع عليه عبء التمويل و الإنجاز.

2/ المقابل المالي: في عقود الشراكة المقابل المالي يستوفيه الشريك الخاص من الشخص العمومي المتعاقد معه، كما هو الشأن في الصفقات العمومية، لكن ما يتميز به في عقود الشراكة أنه يُدفَع في شكل أجزاء طيلة مدة العقد[30]اعتماداً على عدة معايير مثل: مستوى التشغيل، حجم الخدمات، الجودة، نسب الإدماج، بينما المقابل المالي في الصفقات العمومية يدفع عند الاستلام، وهو غير قبل للتأجيل أو التجزئة، اعتماداً على معيار واحد؛ هو استلام موضوع عقد الصفقة دون تحفظ.

3/تأكيد المشرع على الفصل بين عقود الشراكة وعقود تفويض المرفق العام، رغم أن اقتضاء المقابل المالي في عقود الشراكة يكون من الشخص العمومي لا من المستفيدين من المرفق العام كما هو الحال في عقود الامتياز؛ وعقود إيجار المرافق العامة[31]، وهو فرق واضح بين العقدين، إلاّ أن المُشرِع ميز بين عقود الشراكة وعقود تفويض المرفق العام بالإشارة صراحة إلى أن عقد الشراكة لا يشمل تفويض التصرف في المرفق العام، وبذلك نزع هذا النص كل اشتباه أوشك في انتماء أي نوع من الأنواع عقود تفويض المرفق العام إلى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كعقد الوكالة المحفزة (La régie intéressée)، وعقد التسيير، هذا من جهة، ومن جهة ثانية إذا تضمن عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عملية استغلال للمرفق العام المنشأة العامة فلا تنتقل إلى نظام التفويض، وإنما تظل ضمن إطار قانون عقود الشراكة، وبذلك ميز المشرع بين عقود الشراكة وبين كل صيغ التعاقد الأخرى[32].

ب. أطراف عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

يتميز أطراف العقد في نظام الشراكة العمومية الخاصة بنوع من الخصوصية والتقييد في الطبيعة القانونية مقارنة بالعقود الأخرى، فطرفا العقد دوما شخصان غير طبيعيان ومن طبيعة قانونية مختلفة.

الطرف الأول في عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص؛ يكون دوماً شخص معنوي خاضع للقانون العام، أطلق عليه المُشرِع تسمية "الشخص العمومي"، ولا يمكن حسب النص أن يخرج عن الحالات الحصرية الآتية:الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات والمنشآت العمومية المرخص لها إبرام هذا النوع من العقود.

الطرف الثاني في عقد الشراكة يكون دوماً شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، أطلق عليه المُشرِع تسمية « الشريك الخاص» ،يسمى في العقد «شركة المشروع» طبقا لنص الفصل17 من قانون عقود الشراكة.

شركة المشروع كطرف ثاني في العقد، هي شخص معنوي يحكمه القانون الخاص، تُنشأ قبل إبرام العقد في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة؛ غرضها تنفيذ عقد الشراكة[33]، يؤسسها صاحب العرض المنتقى باعتبارها التزام ضمني ناتج عن الإجراءات التمهيدية لإبرام عقد الشراكة تسمى « اتفاق إطار العقد»[34]؛ هذا الالتزام يقع تنفيذه قبل إبرام العقد على صاحب العرض الفائز، هذا من جهة، ومن جهة ثانية الشريك الخاص المؤسس لشركة المشروع لا يمكنه التنازل عن مساهماته في رأسمالها؛ إلاّ بعد حصوله على موافقة كتابية ومسبقة من الشريك العمومي في العقد. كما أتاح المشرع للشخص العمومية إمكانية المساهمة في رأسمال شركة المشروع بشرط أن تكون مساهمته دنيا، وأن يمثل في أجهزة التسيير والمداولة

للشركة المشروع[35]، و سكت عن الإشارة إلى الزامبية خضوع شركة المشروع للقانون التونسي؛ عكس ما ذهب إليه المُشرع المصري في نصه على أن تكون: 'شركة مساهمة مصرية'[36].

ج. الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

من نص الفصل 18 من قانون الشراكة المشار إليه يتضح أن عقود الشراكة في التشريع التونسي يغلب عليها طابع التنظيم القانوني أكثر من طابع حرية الإرادة، حيث حدد النص التطبيقي ما يجب أن يشتمل عليه عقد الشراكة كحد أدنى، وهذا ما يضفي على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص نمطية وهيكل محدد يقلل من تنوع أشكالها مثلما كان عليه الحال في التجربة البريطانية(PFI).

فالقواعد المنظمة لعقد الشراكة ألزمت طرفي العقد بصورة نمطية للعقد تتكون ملامحها من البنود الآتية[37]: موضوع العقد، أطرافه، مدته، الكفالة ومدتها، كيفية تقاسم المخاطر، شروط ضمان توازن العقد، حقوق والتزامات المتعاقدين، صيغ التمويل، أهداف النجاعة وطرق تحديدها ومراقبتها، متطلبات الجودة، طرق ضبط المقابل المالي واقتضائه، طرق الرقابة، التأمينات الواجبة، النظام القانوني للممتلكات والتأمينات والضمانات، إجراءات المناولة، إجراءات تعديل العقد، شروط تأمين استمرارية الخدمة موضوع العقد في حالة فسخه، ضبط العقوبات والغرامات وتنفيذها، حالات إنهاء العقد وشروطها وإجراءاتها وما يترتب عنها من إحالة وحلول، طرق فض النزاعات، والنص وجوبا على أن القانون التونسي هو المطبق في حالة التحكيم.

النص على تلك البنود إلزامي في عقد الشراكة ولا يخضع لإرادة طرفي العقد إلا في محتواها، وهي محل رقابة إدارية من الهيئة العامة للشراكة التي يحال إليها مشروع العقد من طرف الشخص العمومي؛ لإبداء رأي مطابق في أجل شهر من تاريخ الإحالة، وعلي الشخص العمومي إحالة نسخة من العقد بعد إمضائه أيضاً إلى الهيئة، مما يعني أن هذه البنود تعد من شروط الصحة لإبرام العقد[38].

هذا ما يعطي عقود الشراكة الصفة المزدوجة مثلما هو عليه الحال في عقد الامتياز[39]، فعقد الشراكة من جهة يعد نظام قانوني حدد القانون بنوده؛ و أطرافه؛ و كيفية إبرامه، وفُرِض الرقابة المسبقة عليه ولم يتركه للإرادة الحرة لطرفيه، ومن جهة ثانية يعد عقداً لأن القانون أطلق عليه تسمية «عقد» ، وأطرافه هم من يحددون مضمون تلك البنود التي أوجب القانون إدراجها.

وفق كل المعايير المعتمدة في تصنيف العقود الإدارية يُعدُ عقد الشراكة عقداً إدارياً دون الحاجة لاستعراض النقاش الفقهي حول تلك المعايير بالنسبة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص[40]. فرغم أن المُشرع لم ينص صراحةً على الصفة الإدارية لعقد الشراكة كم فعل المُشرع الفرنسي[41]، إلاّ أنه أدرج عدة عناصر في تعريف عقد الشراكة ترجح الصفة الإداري للعقد عن أي صفة أخرى، حيث نص على أن أحد طرفي العقد هو دوما شخص عمومي، وبذلك يعد عقد الشراكة عقداً إدارياً وفقاً للمعيار العضوي[42]، كما أشار إلى أن موضوع العقد مهمة ضرورية لتوفير مرفق عام، وبذلك يعد عقد الشراكة عقداً إدارياً لارتباطه بمرفق عام وفقاً للمعيار الموضوعي، إضافة إلى معيار البند الاستثنائي الذي أشار المُشرع إلى بعض حالاته في حقوق والتزامات أطراف العقد مثل: التوازن المالي للعقد، وحق الطرف العمومي في الرقابة على تنفيذ العقد، وحق فسخ العقد من

طرف واحد،، وحق فرض الجزاء...

ثانيا: القواعد الإجرائية لإعداد وإبرام عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

المُشرع لم يترك مجالاً كبيراً كذلك لحرية الإرادة في إعداد وإبرام عقود الشراكة، و تدخل في تنظيم هذه العقود من حيث المبادئ، وكيفية التحضير، وطرق الإبرام واختيار الشريك الخاص، مثلما يجري به العمل في نظام الصفقات العمومية، ولبيان ذلك ستنطرق في هذا الجزء الثاني إلى المبادئ العامة لإعداد عقود الشراكة وكيفية التحضير والإبرام.

أ. المبادئ العامة لإعداد وإبرام عقود الشراكة

فرض المُشرع على الشخص العمومي الالتزام بعدد من المبادئ خلال تحضيره لعقود الشراكة وخلال إبرامها[43]:

1- إجباري التحديد المسبق للحاجات من طرف الشخص المعنوي العام.

2- إجبارية انسجام الحاجات المحددة مع أسبقيات أهداف التنمية على المستويين الوطني؛ والمحلي.

3- التقيد بقواعد الحوكمة الرشيدة.

4- اعتماد مبدأ المنافسة

5- التقيد بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص

6- الالتزام بشفافية الإجراءات ووضوحها

7- التقيد بالحياد وعدم التمييز بين المترشحين

8-الالتزام بمبدأ التوازن التعاقدي من خلال تقاسم المخاطر بين طرفي العقد.

رغم أن تلك المبادئ تبدو مألوفة في تعاقدات تلبية الطلب العمومي[44]، لكنها تحتاج في الحقيقة إلى توضيح وشرح لا يتسع المقام هنا لذكره ونكتفي بالإشارة إلى تقاسم المخاطر لعدم اتساع المجال لغيرها.

فكرة تقاسم المخاطر منشأها مبدأ التوزان المالي للعقد القائم على نظريات: الصعوبات المادية غير المتوقعة، والظروف الطارئة ، ونظرية فعل الأمير، ففكرة تقاسم المخاطر تعني في عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص كيفية تحمل نتائج أي وقائع مادية أو قانونية تطرأ بعد الشروع في تنفيذ العقد تتسبب في أضرارٍ لاحد الطرفي في عقد الشراكة، فمبدا تقاسم المخاطر يقضي بإلزامية تحميل الأثر أو الضرر للطرف الأقدر على تحمله لضمان توازن عقد الشراكة.

تصنيف المخاطر؛ وتحديد معايير تقاسمها بين طرفي العقد؛ يتم خلال الإجراءات التحضيرية لعقد الشراكة حسب موضوع كل عقد قبل لحظة التوقيع عليه[45]، فالمخاطر الممكن تقاسمها متعددة ولا يمكن حصرها لكن يمكن الإشارة إلى بعض أصنافها، وهي: مخاطر سياسية، مخاطر التشييد والتشغيل والصيانة، مخاطر التكلفة[46]...

عمليتا الإعداد والإبرام اللتان أوجب المُشرع خضوعهما للمبادئ المشار إليها، تشتملان على عدد من الأعمال الواجب القيام بها قبل الشروع في التعاقد مع الشريك الخاص، لذلك سنتعرف على إجراءات إعداد عقود الشراكة في النقطة الأولى بعنوان: الأعمال التحضيرية لعقود الشراكة ثم نتطرق إلى طرق الإبرام ومعايير الإسناد في النقطة الثانية بعنوان إبرام عقود الشراكة.

ب. التحضير لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

الانطلاقة الأولى لعقد الشراكة تبدا بأعمال تحضيرية فرضها المُشرع على الشخص العمومي قبل الوصول إلى مرحلة الإبرام، تلك الأعمال تتمثل في إعداد دراستين؛ سماهما المشرع «الدراسة المسبقة» و«الدراسة التقييمية المسبقة للآثار المالية».

1- الدراسة المسبقة

فرض المُشرع على أي شخص عمومي القيام بدراسة مسبقة للمشروع المزمع إنجازه وفق صيغة عقد الشراكة، وأشار إلى أن «الدراسة المسبقة» يجب أن تشمل مختلف الجوانب القانونية، الاقتصادية، المالية، الاجتماعية، الفنية، والتأثيرات البيئية، إضافة إلى ضبط الكلفة الإجمالية، والمردودية الاقتصادية للمشروع، ومقارنة مختلف الصيغ الممكن اعتمادها لإنجاز المشروع، وأيضا العناصر المبررة لتنفيذ المشروع بصيغة عقود الشراكة دون غيرها من أشكال التعاقد الأخر[47].

تدرج هذه الدراسة المسبقة في" بطاقة وصفية " إنشائية؛ تعرض التحليل المقارن ومبررات تفضيل صيغة الشراكة عن غيرها من الصيغ في ذلك المشروع، المُشرع لم يبتدع أسلوب التقييم المقارن المسبق بل سبقته إليه التجربتان البريطانية والفرنسية[48].

البطاقة الوصفية تتضمن جملة من العناصر أشار إليها الأمر الحكومي الذي يضبط شروط وإجراءات منح عقود الشراكة، ونذكر منها[49]:

- التعريف بالشخص العمومي المعني خاصة من حيث التنظيم والهيكلة والمؤهلات والنظام الأساسي.
- اطار المشروع وخصائصه والحاجات العامة المراد إشباعها.
- التكلفة الإجمالية المتوقعة للمشروع خلال مدة العقد.
- بيان تكاليف الصيانة و الاستغلال.
- روزنامة الإنجاز وهيكل التمويل وطرقه.
- قيمة مقابل المال لصيغة عقد الشراكة مقارنة بالصيغ التعاقدية الأخرى الممكنة.
- الوسائل المتاحة للشخص العمومي لضمان إنجاز المشروع ومتابعته.
- توقعات تقاسم المخاطر المرتبطة بالمشروع، كيفية توزيعها بين طرفي العقد وفق تقدير نقدي.
- الأهداف والتأثيرات المتوقعة لتحسين الأداء و تطوير جودة إشباع حاجات مستعملي المرفق العام.
- مؤشرات المشروع من حيث القدرة التشغيلية وتحقيق التنمية الجهوية والمحلية والمستدامة.
- اتساق المشروع مع مخططات التنمية.

تعرض الدراسة المرفقة بالبطاقة الوصفية للمشروع على الهيئة العامة للشراكة؛ لإبداء رأي معللاً؛ وملزماً للشخص العمومي المعني بالدراسة، وهو نفس المسار الذي انتهجه المُشرع المصري في قانون الشراكة[50].

2- الدراسة التقييمية للآثار المالية

إضافة إلى الدراسة المسبقة فرض المُشرع على الشخص العمومي إعداد دراسة ثانية متعلقة بالتقييم والتقدير المسبق لآثار إنجاز المشروع موضوع عقد الشراكة على الميزانية العمومية، وعلى الوضعية المالية للشخص العمومي؛ ومدى توفر الاعتمادات الضرورية لإنجازه؛ و قدرة الشخص العمومي على تمويل المشروع طيلة مدة العقد[51].

هذه الدراسة التحضيرية الثانية سماها الأمر الحكومي «الدراسة التقييمية للآثار المالية»[52] بينما سماها المُشرع في قانون الشراكة عدد 49 لسنة 2015 بالدراسة التقييمية لآثار إنجاز المشروع على الميزانية وعلى الوضعية المالية للشخص العمومي.

يعرض الشخص العمومي هذه الدراسة الثانية على الوزير المكلف بالمالية لإبداء رأي معلل، وحُدد أجل أبداء الرأي من الوزير بخمسة عشر يومًا ابتداءً من استلام الملف المرفقً بالموافقة على الدراسة الأولى للهيئة العامة للشراكة. من العناصر الأساسية التي يجب أن تشتملها الدراسة التقييمية للآثار المالية[53]:

- تقدير الكلفة الإجمالية للمشروع على أساس تقييم كلي لمصاريف: البرمجة؛ التصور؛ التمويل؛ الإنجاز؛ الصيانة؛ والتشغيل سواء بالنسبة للشخص العمومي والشريك الخاص، مع إبراز تطور الكلفة خلال مدة العقد.
- تقدير الإتاوات الثانوية إن وجدت؛ والمقابل المالي المحتمل الذي سيدفعه الشخص العمومي إلى الشريك الخاص.
- تقدير إجمالي لعملية التحيين على أساس الفترات والنسب المعتمدة.
- تقدير قيمة النفقة الصافية التي يتحملها الشخص العمومي بالنسبة لكل صيغة تعاقدية أخرى مقارنة بصيغة الشراكة.

نلاحظ نوعين من الآراء بخصوص الدراسات التحضيرية المتعلقة بمشاريع عقود الشراكة، الرأي الأول تصدره الهيئة العامة للشراكة بخصوص الدراسة المسبقة يتصف بإجبارية الالتزام به من قبل الشخص العمومي صاحب الدراسة، الرأي الثاني يصدره الوزير المكلف بالمالية بخصوص الدراسة التقييمية للآثار المالية، لكن القواعد التشريعية والتنظيمية أشارت إلى ضرورة تعليل رأي الوزير، ولم تشر إلى إجبارية الالتزام به وبذلك لم تعطيه صفة الرأي الملزم.

نلاحظ أيضاً في سياق الدراسات التحضيرية أن النص أشار إلى وجوب بيان العناصر المبررة لاختيار التعاقد بصيغة عقد الشراكة، أي يجب أن تهتم أن الدراسة بالعناصر التي تبرر تفضيل تنفيذ المشروع وفقاً لصيغة الشراكة عن غيرها من أشكال التعاقد الأخرى، صياغة النص لا تفيد أن اللجوء إلى ذلك هو حالة استثنائية لا تكون إلا عندما يكون موضوع العقد مركب أو مستعجل؛ كما فعل المُشرع الفرنسي حتى صار الفقه يقسم عقود الشراكة بحسب النموذج الفرنسي إلى: عقد شراكة يرد على مشروع مركب؛ وعقد شراكة يرد على مشروع مستعجل[54]، بل الصياغة تفيد أن على الشخص العمومي فقط تبرير تفضيله لهذه الصيغة دون باقي صيغ التعاقد الأخرى، نعتقد أن هذا الإلزام بالتبرير لاختيار طريقة التعاقد تفرضه طبيعة المال العام في حد ذاتها، كما يفرضه إظهار تحقق المصلحة من قرار المسير العمومي.

نلاحظ من جهة أخرى بخصوص الأعمال التحضيري، أن المُشرع لم يحدد هل يجب على الشخص العمومي أن يقوم بهذه الدراسات المتخصصة بنفسه أم يجب عليه إسنادها إلى جهة متخصصة؟ هذا السؤال يطرح خاصة في حالة الأشخاص العمومية التي لا تمتلك القدرة على القيام بمثل تلك الدراسات؛ كما هو الشأن بالنسبة للأشخاص العمومية المحلية المحدودة الإمكانات، لكن السلطة التنظيمية تدخلت وبينت ما غفل المشرع عن ذكره، فنص الأمر الحكومي المتعلق بضبط شروط وإجراءات منح عقود الشراكة على أنه يمكن للشخص العمومي إعداد الدراسة المسبقة والدراسة التقييمية بمساندة مكتب خبرة يختاره[55].

لكن السؤال الذي لم نجد له إجابة إجرائية، هو هل الشروع في الدراسة التقييمية متوقف على صدور الموافقة على الدراسة المسبقة أولاً، أم لا ؟

النصوص المنظمة لعقود الشراكة لا تقدم جواب واضح بالنفي أو الإيجاب، وترتيب ذكر الدراستين في النص لا يمكن الاعتماد عليه لرسم إجابة على هذا السؤال.

القول بمنطقية إجراء الدراسة الأولى قبل الثانية لا يمكن الاعتماد عليه في رسم إجابة للسؤال، سيما إذا كان الشخص العمومي هو من يقوم بإجراء الدراسات المطلوبة بوسائله الخاصة، كما أن الإجابة بأولوية إنجاز الدراسة الأولى وعدم الانطلاق في الدراسة الثانية إلى غاية الحصول على موافقة الهيئة العامة للشراكة بخصوص تلك الدراسة يتسبب في إطالة مدة تحضير المشروع، وهو ما يمكن أن يغير الظروف والمعطيات ويؤثر على الدراسة الأولى والمصلحة المرجو تحقيقها سيما في حالة الاستعجال؟. الإجابة بالنفي أيضاً تقودنا إلى طرح سؤال آخر: أليس رأي الهيئة العامة للشراكة كابح وعقبة لا يمكن تجاوزها؛ لذلك لا ضرورة لإنجاز الدراسة الثانية في حال رفض الهيئة العامة للشراكة للدراسة الأولى.

الخروج من هذه المشكلة يكمن في دمج الدراستين في دراسة واحد من جزئيين؛ تودع لدى جهتي الرقابة لإبداء الرأي المسبق كلُ فيما يختص به، طالما أن التشريع لم يقدم ما مبرر للفصل بين الدراستين.

ج. إبرام عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

نميز في عملية إبرام عقد الشراكة بين إجرائيين أسسين وهما طريقة الإبرام وكيفية اختيار الطرف المتعاقد معه، لذلك سنتناول في النفطة الأولى: طرق إبرام عقود الشراكة، ثم نتناول في النقطة الثانية من هذا الفرع معايير الإسناد.

1/طرق إبرام عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

تبرم العقود الإدارية إجمالاً وفق أسلوبين رئيسين؛ هما: أسلوب المنافسة، وأسلوب الأمر المباشر (التراضي البسيط)، ولا تخرج عقود الشراكة عن هاتين الطريقتين، لكن تشريع الشراكة يضفي عليهما خصوصية لا نجدها في طرق إبرام العقود الإدارية الأخرى، سواءً من حيث المصطلحات أو من حيث الإجراءات، المُشرع سمى الأسلوب الأول باسم «الدعوة إلى المنافسة»، والأسلوب الثاني «التفاوض المباشر».

1.1- الدعوة إلى المنافسة

اعتمد المُشرع أسلوب «الدعوة إلى المنافسة» كقاعدة عامة في برام عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، وحدد طريقتين لممارسته؛ هما: طريقة طلب العرض المضيق، وطريقة التفاوض التنافسي.

1-1-1 طلب العروض المضيق

الدعوة إلى المنافسة؛ عن طريق طلب العروض المضيق هو القاعدة العامة في اختيار الشريك الخاص؛ في هذا النوع من العقود[56]، يتم تنفيذ طلب العروض المضيق على مرحلتين[57]:

المرحلة الأولى: تتضمن إعلاناً عاماً للترشح وفق نظام انتقاء يضبط بدقة شروط المشاركة والمنهجية والمعايير التي يتم على أساسها انتقاء المترشحين. إعلان الترشح يصدر قبل عشرين يوماً على الأقل من التاريخ المحدد لتلقي العروض، ويشهر في الصحافة؛ وبأي

وسيلة إشهار إضافية، و يتضمن خاصة: موضوع العقد، المكان الذي يمكن الاطلاع فيه على الوثائق المكونة لنظام الانتقاء، المكان والتاريخ الأقصى لقبول الترشحات وساعة جلسة فتح الظروف، مدة التزام المترشحين بعروضهم.

عند نهاية أجل تلقي العروض؛ تتولى اللجنة الخاصة المحدثة لدى الشخص العمومي[58] فتح ملفات الترشحات في جلسة علانية. اللجنة تُحرر محضراً وتقريراً عن نتائج أعمالها ومقترحاتها بخصوص انتقاء المترشحين؛ وتحيله إلى الشخص العمومي لإبداء الرأي والمصادقة عليه، كما يتعين على الشخص العمومي رفع نسخة من التقرير إلى الهيئة العامة للشراكة للإعلام؛ في أجل أقصاه عشرة أيام عمل من تاريخ المصادقة.

المرحلة الثانية: تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم لتقديم عروضهم الفنية والمالية، مع تمكينهم من أجل لا يقل عن أربعين يوماً؛ حسب أهمية المشروع؛ لتقديم عروضهم[59].

تُحرر اللجنة محضر الجلسة العلانية لفتح العروض المقدمة من المترشحين المدعوين، ثم تعد تقريراً تبين فيه مراحل وصيغ تقييم العروض الفنية والمالية، و تفاصيل أعمالها ونتائج التقييم، وكل الإجراءات أو التدابير المتعلقة بإسناد العقد وترتيب العروض، ومقترحاتها، كما يمكن أن يشتمل التقرير على مناقشات أعضاء اللجنة وعند الاقتضاء تحفظاتهم. يُعرض التقرير على الشخص العمومي؛ الذي يتولى إعداد مذكرة بمقترحاته يرفعها مرفقة بالتقرير إلى الهيئة العامة للشراكة؛ لإبداء الرأي المعلل والملزم.

في حالة موافقة الهيئة العامة على المقترحات، يتعين على اللجنة المعينة لدى الشخص العمومي القيام بمفاوضات إبرام عقد الشراكة وإتمام جميع وثائق اختيار الشريك الخاص.

2-1-1 التفاوض التنافسي

أسلوب التفاوض التنافسي سماه المُشرع المصري "الحوار التنافسي"، جاء به المُشرع الفرنسي في2006، كإجراء احتياطي[60]، والمُشرع هنا لم يخرج عن ذلك، فالدعوة إلى المنافسة بطريقة طلب العروض المضيق هو القاعدة العامة في إبرام عقود الشراكة؛ بينما الدعوة إلى المنافسة بطريقة التفاوض التنافسي هي استثناء عن القاعدة[61]، يمكن اللجوء إليه في حالة خصوصية المشروع موضوع العقد، سيما إذا تعذر على الشخص العمومي القيام بالضبط المسبق للوسائل والحلول الفنية والمالية الكفيلة بتلبية حاجاته[62].

طريقة التفاوض التنافسي نضمها النص المتعلق بضبط شروط منح عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص[63]، سيما فيما يتعلق بإجراء الإعلان؛ نظام طلب العروض؛ دعوة المرشحين المنتقين للتفاوض، وطلب العروض النهائية.

يستشف من تلك النصوص أن الشخص العمومي يضبط برنامجاً لتنفيذ إجراءات التفاوض التنافسي، ينفذه من خلال عدة مراحل أساسية منها: مرحلة الدعوة لتلقي عروض أولية تتضمن اقتراح كيفيات وحلول للحاجات المطلوب تلبيتها، هذه المرحلة تنتهي باختيارعدد من المترشحين للتفاوض معهم. تأتي بعد ذلك مرحلة التفاوض حول العروض المقدمة مع المترشحين المُنتَقين؛ إلى غاية تحديد الحلول الكفيلة بالاستجابة للجاجات المطلوب إشباعها، تشريع الشراكة ترك الاستمرار في التفاوض لإرادة طرفي التفاوض، ولم يبين ضمانات عدم العدول عنه دون مبرر، لكن قطع التفاوض من أحد الطرفين دون سبب مشروع قد

يتسبب في ضرر بمصلحة المتفاوض معه[64]سيما في المراحل المتقدمة، وهو يترتب المسؤولية التقصيرية[65].

بعد ذلك تأتي مرحلة دعوة عدد من المتنافسين المؤهلين من الذين تم التفاوض معهم لتقديم عروضهم النهائية، وتنتهي هذه المرحلة بتقييم العروض النهائية على أساس الحلول المحددة خلال فترة التفاوض، واختيار الشريك الخاص.

2-1 التفاوض المباشر

التفاوض المباشر في إبرام عقود الشراكة؛ هو استثناء عن القاعدة العامة المسماة الدعوة إلى المنافسة؛ بمختلف طرقها وحالاتها، يمكن اللجوء إليه في الحالات الاستثنائية المحددة بنص القانون على سبيل الحصر[66]:

- أسباب متعلقة بالدفاع أو بالأمن العام.

- ضمان استمرار سير المرفق العام في الحالات الطارئة .

- استغلال حق حصري.

طريقة التفاوض المباشر تنطلق في المرحلة الأولى بتقديم تقرير إلى الهيئة العامة للشراكة من الشخص العمومي؛ يُبيّن فيه مبررات وأسباب اللجوء إلى هذا الطريقة بغرض الحصول منها على الموافقة المسبقة.

عند موافقة الهيئة العامة للشراكة على اعتماد التفاوض المباشر في إبرام العقد موضوع التقرير؛ تنطلق المرحلة الثانية بالشروع في التفاوض مع الشريك الخاص المقترح، وتنتهي بإيداع مشروع العقد والملاحق ذات الصلة لدى الهيئة العام للشراكة لإبداء الرأي في شأنها ومتابعتها[67].

نلاحظ أن المُشرِع تنقل في التعبير عن الحالات الحصرية في الفصل المتعلق بالتفاوض المباشر بين عدة مصطلحات(أسباب، حالات، موضوع النشاط)، لذلك يمكن القول أن ما أورده المُشرِع في شأن الحالات الحصرية للتفاوض المباشر؛ هو في الحقيقة عناوين يمكن أن تشمل عديد الحالات ولا تشكل حالات حصرية بذاتها، فهي أسباب ودوافع وأهداف أكثر منها حالات استثنائية.

3-1 العرض التلقائي

يمكن للشخص الخاص المبادرة من تلقاء نفسه بتقديم دراسة جدوى أولية، وعرض المشروع على الشخص العمومي لإنجازه في إطار عقد شراكة، بشرط أن تتضمن دراسة الجدوى المقدمة عدة معطيات حددها النص التنظيمي[68].

المُشرِع اشترط ألاّ يتعلق العرض التلقائي بمشروع بدأ الشخص العمومي في إعداده أو تنفيذه، كما أشار إلى حرية الشخص العمومي في القبول أو الرفض أو التعديل، وعدم تحمله للمسؤولية في كل الحالات. المشرع كفل لصاحب العرض التلقائي جملة من الضمانات؛ بدءً من إيداع المبادرة إلى غاية تقييم العروض[69]، مثل: تسليم وصل الاستلام، أعلام صابح المبادرة بالقرار ضمن أجل محدد، هامش تفضل عند التقييم.

عند قبول للعرض التلقائي على الشخص العمومي القيام بنفس الإجراءات المطلوبة في تحضير أي مشروع شراكة، كإعداد الدراسات المسبقة، والحصول على الآراء المسبقة بنفس الكيفية المشار إليها سابقاً.

العرض التلقائي المقبول يخضع بمقتضى النصوص لنفس طرق الإبرام المتمثلة في الدعوة إلى المنافسة أو التفاوض المباشر حسب الحالة، لكن مع إلزام الشخص العمومي بإعلام صاحب العرض التلقائي المقبول بإجراءات الإبرام قبل الشروع فيها،

ومنحه هامش تفضيل في مرحلة الدعوة إلى المنافسة في حدود 2% بخصوص العرض الأفضل اقتصاديا[70].لكن لا يبدو هذا الهامش حلاً لكل الحالات؛ سيما اذا تضمن العرض التلقائي ما يمكن أن يدخل ضمن الملكية الفكرية؛ مما يستوجب تعويض مالي لصاحب العرض عن جهده[71] الذي استفاد منه غيره.

ما أورده المُشرع بخصوص العرض التلقائي[72]هو بمثابة تأطير قانوني لإمكانية تقدم أحد الخواص بمبادرة للشراكة مع القطاع العام، وفتح مجال لتلك المبادرات أكثر من كونها طريقة من طرق أبرام عقود الشراكة، لان المُشرع يلزم الشخص العمومي في حالة قبول المبادرة الخاصة بالعودة إلى انتهاج إحدى طرق الإبرام المنصوص عليها في الفصول 09،08، و10، وهي طلب العروض المضيق، أو التفاوض التنافسي، أو التفاوض المباشر، لذلك نعتقد أن العرض التلقائي لا يشكل طريقة من طرق إبرام عقد الشراكة بقدر ما هي إطاراً قانونياً لتلقي مقترحات واهتمامات القطاع الخاص؛ ودراستها؛ وتشجيعه على المبادرة إلى الشراكة مع القطاع العام في مجالات أو مشاريع قد لا ينتبه إليها الشخص العمومي.

من الملاحظات العامة التي تجذب الانتباه بخصوص صياغة النصوص الشراكة موضوع هذا البحث؛ هي عملية النقل الحرفي لبعض الفقرات من فصول القانون عدد49لسنة2015 إلى النصوص التطبيقية الممثلة في الأوامر الحكومية[73]عدد771، وعدد772لسنة2016. عملية النقل من نص تشريع إلى نص تنظيمي أقل قيمة قانونية منه؛ تُخرج النص التنظيمي عن دوره المتمثل في الشرح والتوضيح للنص التشريعي، وليس النقل والتكرار لما هو منصوص عليه، وهذا ما يشكل إطناباً غير مبرر، حيث كان يمكن الاستغناء عن ذلك؛ والإشارة إلى ترتيب الفقرة بالفصل التشريعي دون إعادة نقلها ضمن النص التنظيمي.

2/ معايير الإسناد في عقود الشراكة

يعتمد اختيار الشريك في أي عقد على اعتبارات محددة بالقانون أو حسب مصلحة أطرف العلاقة العقدية، والعقود الإدارية عادة ما ينص القانون على معيار اختيار المتعاقد معه. فمنها ما يقوم على أساس العرض الأقل تكلفة مالية، أو على أساس العرض الأحسن مالياً، أو حتى على الاعتبار الشخصي كما كان معموله به في عقود الامتياز[74]، أما في عقود الشراكة فاختيار الشريك الخاص يقوم على أساس العرض الأفضل اقتصادياً.

المُشرع في عقود الشراكة بين أن المفاضلة الاقتصادية بين العروض المتنافسة تتم على أساس معايير ومقاييس مرتبطة بالجودة ونجاعة الأداء، القيمة الإجمالية والقيمة المضافة، نسب التشغيل والاندماج، والتنمية المستدامة[75].

هذه المقاييس أو القواعد يتم إدراجها و تحديدها مسبقا من طرف الشخص العمومي ضمن ملف طلب العروض، وفق ترتيب تفاضلي يقوم على قياس كمي حسب أهمية كل معيار من المعايير المشار إليها.

النصوص التطبيقية لقانون عقود الشراكة وضحت محتوى بعض تلك المعايير؛ التي أشار اليها المُشرع إجمالا دون تفصيلها، ومنها[76]:

- الجودة، أشار النص أنها تشمل الميزات الفنية؛ والجمالية والوظيفية، ومدى إتاحتها لكل مستعملي المرفق العمومي.

- نسب الاندماج و التشغيل، بين النص أنها تقاس بالأعمال الممكن إنجازها بالمناولة للمؤسسات الصغرى والمتوسطة المحلية، على أن لا تقل نسبتها عن15% في الحالات التي يمكن فيها للمنتوج المحلي القيام، وحدد التنظيم معايير المؤسسة الصغيرة

والمتوسطة، ومفهوم المنتوج التونسي ولم يتركها لاجتهادات الشخص العمومي، أو لطرفي المفاوضة.

رغم الأهمية التي أولتها القواعد المنظمة لعقود الشراكة لمعايير المفاضلة الاقتصادية بين العروض المتنافسة؛ إلاّ أنها ميزت بعض المعايير بمكانة وأهمية خاصة؛ من حيث الترجيح والفصل في حالة تساوي أفضل العروض المتنافسة، فلم تعتمد على التكلفة الإجمالية للمشروع، أو على معيار القيمة المضافة، كمعيار مرجح لاختيار العرض في حالة التساوي، بل رجحت كفة معيار الاندماج في النسيج الاقتصادي التونسي، حيث أشار النص التطبيقي إلى أن العرض المنتقى في حالة تساوي أفضل العروض هو العرض الذي يقترح أحسن النسب المتعلقة بالمناولة والتشغيل وإدماج المنتوج الوطني[77].

الخاتمة

ظهر نظام عقود الشراكة في بريطانيا في شكل برامج حكومية بسبب الحاجة لتمويل الطلب العمومي، وظهر في فرنسا لأسباب قضائية ولمساوقه التشريعات الأوربية، أما التجربة التونسية فجاءت مواكبة للتطورات التشريعية الحديثة في ميدان الشراكة بين القطاعين العام والخاص على نفس نهج المدرسة الفرنسية.

تشريع عقود الشراكة يشكل إطاراً جديداً يعدل دور الدولة، ويتيح للمسير العمومي البحث عن حلول لتمويل التنمية؛ وتلبية الطلب العمومي من مصادر أخرى حتى في حالة شح التمويل الحكومي.

تبني المُشرع لفكرة تنظيم عقود الشراكة في نظام قانوني مستقل عن قواعد الصفقات العمومية؛ وتفويض المرفق العام، ينتج عنه بالضرورة ثلاث أنواع من العقود الإدارية المستعملة لتلبية الطلب العمومي في التشريع التونسي.

تحديد القواعد التشريعية والتنظيمية لعقد الشراكة من حيث: البنود، الأطراف، المضوع، المبادئ، و كيفية إبرامه والرقابة عليه، تحسم الجدل حول الطبيعية القانونية لعقد الشراكة وصفته، فليست كل شراكة بين القطاعين العام والخاص هي عقد شراكة، وإنما هو عقد إداري يُنظمه القانون ويُعرفه؛ ويتفق أطرافه على فحوى بنوده تحت رقابة هيئة إدارية متخصصة.

آلية الدراسات المسبقة و طرق الإبرام ومعايير اختيار الشريك الخاص في نظام عقود الشراكة؛ تفرض تأهيل أداريا مناسباً للإدارات العمومية، مما يستدعي مرافقة مركزية؛ وجهد إضافي لترسيخ ثقافة جديدة لدى الإدارات الحكومية

عوامل الحسم في إعداد هذا النوع من العقود و إبرامها، هي: حُسن التقييم للدراسات المنجزة، والتفاوض الجيد من الشخص العمومي.

فكرة العرض التلقائي التي جاء بها المشرع ليست طريقة لإبرام عقود الشراكة؛ وإنما هي تأطير متميزً لمبادرات أشخاص القانون الخاص لعرض مقترحاتهم بما يثري مجالات الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

وفي الأخير إذا كانت التجربة التشريعية في تونس وضعت عقود الشراكة كأداة جديدة لتعزيز وتنويع آليات الطلب العمومي، لما لها من مزايا وانعكاسات إيجابية على المالية العمومية والتنمية، فإن السؤال يُطرح عن مدى جاهزية القطاع الخاص للعمل وفق هذه الآلية الجديدة، وعن قدرة الإدارات العمومية الحالية على التفاوض المثمر؟

الهوامش

1- أشار بعض الباحثين إلى هذا المعنى في التجربة البريطانية بالقول:

((La PFI britannique ...une politique générale en matière d'acquisition publique. L'une de ses originalités tient au fait qu'elle a constitué une alternative à la privatisation pour les domaines dans lesquels celle-ci n'était pas envisageable. Sa mise en œuvre au Royaume-Uni est indissociable de la nécessité qu'ont eu les pouvoirs publics de se doter d'instruments contractuels de gestion déléguée et de son intégration dans une réforme d'ensemble de la gestion publique.)) Frédéric Marty, Arnaud Voisin, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ?», Revue internationale de droit économique 2006/2 (t. XX, 2), pp. 131-150. DOI 10.3917/ride.202.. http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2006-2-page-131.htm

تاريخ المعاينة 15/06/2017 على الساعة 15.30

2 رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص، دار النهضة العربية. القاهرة، مصر،2010، (ص15).

3 زياد العسولي، عقود المشاركة كأداة لتجنب الاقتراض الحكومي الربوي (دراسة تحليلية)، ورقة عمل مقدمة في ندوة «عقود المشاركة(PPP) والتحكيم في منازعاتها' لمنعقدة في المنامة بالبحرين،2008، منشورات المنضمة العربية للتنمية الإدارية(أعمال المؤتمرات)، القاهرة، مصر،2008،(ص118-110).

-4 عادل محمد الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المفاهيم- النماذج- التطبيقيات)، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية(بحوث ودراسات)، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية،2007، (ص19-09).

5 صافي احمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2016، (ص ص24-22).

6 رجب محمود طاجن، مرجع سابق،(ص ص33-32).

7 عادل محمد الرشيد، مرجع سابق،(ص190).

8القانون رقم67 لسنة2010، المتضمن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، مصر، الجريدة الرسمية، العدد19 مكرر(أ)، بتاريخ18/05/2010،(ص05).

9 - القانون رقم86.12، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المغرب، الجريدة الرسمية،عدد6328، بتاريخ22/01/2015، (ص456).

10 تقرير لجنة المالية والتخطيط والتنمية لمجلس نواب الشعب حول مشروع قانون يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص،(96/2012)،بتاريخ 20/10/2015، (ص 04).(غير منشور)

11 تسمى الجريدة الرسمية في تونس» الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ‹›

12 القانون عدد49لسنة2015،مؤرخ في 27/11/2015، يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية،عدد96، بتاريخ 01/12/2015،(ص3307).

13 - للتفصيل أنظر مقال: Jihen Chandoul , Note de synthèse à propos du projet de loi sur les PPP en Tunisie,P3-7، على موقع المرصد

التونسي للاقتصاد أسفله، تاريخ الزيارة: 10/06/2017: H11.30،

www.economie-tunisie.org, 20150604_-_pp_-_jc_-_projet_de_loi_ppp_vf.

14الفصل الأول، قانون عدد49لسنة2015،مؤرخ في 27/11/2015، يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية،عدد96، مؤرخ في 01/12/2015، (ص3307).

15التفويض: يعرف في التشريع التونسي بـ «اللزمات»، واللزمة هي((العقد الذي يفوض بمقتضاه شخص عمومي يسمى» مانح اللزمة» لمدة محددة، إلى شخص عمومي أو خاص يسمى «صاحب اللزمة»، التصرف في مرفق عام أو استعمال واستغلال أملاك أو معدات عمومية وذلك بمقابل يستخلصه لفائدته من المستعملين...))الفصل الأول، قانون عدد23لسنة 2008، بتاريخ 01/04/2008، يتعلق بنظام اللزمات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية،بتاريخ04/04/2008 العدد28، (ص1260).

16 يُصطلح على تسمية اللوائح السلطة التنفيذية في التعبير القانوني التونسي ب « الأوامر الحكومية «يقابلها في التعبير القانوني الجزائري «المراسيم التنفيذية «، أما مصطلح « الفصل» فيقابله مصطلح « المادة» في التعبير القانوني الجزائري والمصري.

17 شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة و المسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2016، (ص8).

18 تقرير لجنة المالية والتخطيط والتنمية لمجلس نواب الشعب، مرجع سابق(ص13).

19 التطور التاريخي لتشريع تفويض المرفق العام والشراكة العمومية الخاصة في تونس، أنظر مقال:Jihen Chandoul،على موقع المرصد التونسي للاقتصاد ,www.economie-tunisie.org ، مرجع سابق، (ص03).

20عادل محمد الرشيد، مرجع سابق، (ص206). أنظر أيضاً: تقرير لجنة المالية لمجلس نواب الشعب، مرجع سابق(ص 13).

21 شعبان أحمد رمضان، المرجع نفسه، (ص8).

22 الفصل 3، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3307).

23 ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، (ص ص457-455).

24 حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، (ص ص145-144).

25تقرير لجنة المالية والتخطيط والتنمية لمجلس نواب الشعب، مرجع سابق(ص5).

26الفصل17، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3309).

27رجب محمود طاجن، مرجع سابق،(ص37).

28 رجب محمود طاجن، نفس المرجع، ص169-123. أيضاً: حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، مرجع سابق، (ص45).

29 حمادة عبد الرزاق حمادة، نفس المرجع، (ص ص20-17).

30 رجب محمود طاجن، مرجع سابق، (ص109).

31 رجب محمود طاجن، نفس المرجع، (ص ص127-126).

32 تقرير لجنة المالية والتخطيط والتنمية لمجلس نواب الشعب، مرجع سابق، (ص ص05-04).

33 الفصل 3، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3307).

34 حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق،(ص308).

35 الفصول20و21، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3309).

36 (... شركة المشروع: الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة...) المادة01، القانون رقم67لسنة 2010، مرجع سابق، (ص،).5

37 الفصل62، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، المتعلق بضبط شروط وإجراءات منح عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد51، بتاريخ 24 جوان 2016، (ص2312).

والتحكيم في منازعاتها' المنعقدة في بالمنامة ، البحرين، 2008، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية(أعمال المؤتمرات)، القاهرة، مصر، 2008، (ص ص147-145).

39 ثروت بدوي، مرجع سابق، (ص ص454-453).

40 للتفصيل انظر: صافي أحمد قاسم، مرجع سابق، (ص ص208-84). أيضا: حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، (ص42-25).

41 المُشرع الفرنسي أشار صراحةً إلى الصفة الإدارية لعقود الشراكة، بنصه على:

((Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels [une personne publique] confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée...)), Ordonnance n° 2004-559, du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, JORF, n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994

42 ثروت بدوي، المرجع نفسه، (ص510-496).

43 الفصول7، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق،(ص3307).

44 تقرير لجنة المالية لمجلس نواب الشعب، مرجع سابق، ص07).

45 رجب محمود طاجن، مرجع سابق، (ص281-270).

46 صافي أحمد قاسم، مرجع سابق، (ص ص194-186).

47 الفصل 7، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق،(ص3307).

48 حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، (ص122-119).

49 الفصل 4-3، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق، (ص2305).

50 شعبان أحمد رمضان، مرجع سابق، (ص71).

51- الفصل 7، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3307).

52- الباب الثاني، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق، (ص2306).

53- الفصل 5، الأمر الحكومي عدد772لسنة 2016، المرجع نفسه، مرجع سابق،(ص2306).

54- حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق،(ص45).

55- الفصل 2، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق، (ص2305).

56- الفصل 8، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3308).

57- الفصل 9، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق،(ص2306).

58- أشار النص التطبيقي إلى أن «اللجنة» يتم إحداثها وتعيين أعضائها بمقرر من الشخص العمومي، تضم من بين أعضائها وجوبا كل من :ممثل عن الوزارة المكلفة بالمالية، ممثل عن الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، مراقب المصاريف العمومية بالنسبة لعقود الشراكة التي تمنحها الدولة أو المؤسسات العمومية أو الجماعات المحلية، مراقب الدولة بالنسبة لعقود الشراكة المبرمة من قبل المنشآت العمومية أو المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية. أنظر الفصل 25، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016،مرجع سابق،(ص2308).

59- الفصول 21و22، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق، (ص2308).

60- حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، (ص ص131-127).

61- الفصل 9، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق،(ص3308).

62- الفصل 38، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق، (ص2310).

63- الفصل46-41، الأمر الحكومي عدد 772، المرجع نفسه، (ص2310).

64- شعبان أحمد رمضان، مرجع سابق، (ص ص138-134).

65- حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق،(ص300).

66- الفصل10، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3308).

67- الفصول51،ألى 54 من الأمر الحكومي عدد771 لسنة 2016، مرجع سابق، (ص2311).

68- الفصل 55، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، نفس المرجع، ص2311. بخصوص هذا الفصل اقترحت إحدى الجمعيات المهنية إعطاء صلاحيات النظر في مبادرات الشخص الخاص للهيئة العامة للشراكة عوضا عف الشخص العمومي، أنظر: تقرير لجنة المالية لمجلس نواب الشعب، مرجع سابق، (ص14).

69- الفصل11، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3308).

70- الفصول57 و58، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق، (ص2312).

71- عماد محمد ثابت حامد، مراحل عقد المشاركةPPP، ورقة عمل مقدمة في ندوة "عقود المشاركة(PPP) والتحكيم في منازعاتها' المنعقدة في بالمنامة ، البحرين، 2008، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية(أعمال المؤتمرات) القاهرة، مصر، 2008، (ص136).

72- الفصل11، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3308).

73- أنظر مثلا تطابق بعض الفقرات على الترتيب الآتي: الفصول:07، 09، 10، 11 من القانون عدد49 لسنة2015 مع الفصول:03، 38، 51، 55 من الأمر الحكومي عدد 772 لسنة2016.

74- حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق،(ص125).

75- (يقصد بالعرض الأفضل اقتصادياً، العرض الذي ثبتت أفضليته بالاعتماد على جملة من المعايير تتعلق أساسا بالجودة ونجاعة الأداء والقيمة الإجمالية للمشروع والقيمة المضافة ونسبة تشغيلية اليد العاملة التونسية ونسبة تأطيرها ونسبة استعمال المنتوج الوطني واستجابة العرض لمتطلبات التنمية المستدامة) الفصل 13، القانون عدد 49 لسنة 2015، مرجع سابق، (ص3308).

76- الفصل59، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، مرجع سابق،(ص2312).

77- الفصل61، الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، نفس المرجع، (ص2312)

قائمة المراجع والمصادر باللغة العربية

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب

1- ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

2- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود الشراكة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

3- رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي و الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،2010.

4- زياد العسولي، عقود المشاركة كأداة لتجنب الاقتراض الحكومي الربوي (دراسة تحليلية)، ورقة عمل مقدمة في ندوة "عقود المشاركة(PPP) والتحكيم في منازعاتها' لمنعقدة في المنامة بالبحرين،2008، منشورات المنضمة العربية للتنمية الإدارية(أعمال المؤتمرات)، القاهرة،مصر،2008.

5- سمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ورقة عمل مقدمة في ندوة "عقود المشاركة (PPP) والتحكيم في منازعاتها' المنعقدة في بالمنامة ،البحرين، 2008، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية(أعمال المؤتمرات)، القاهرة، مصر، 2008.

6- شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة و المسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

7- صافي احمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2016.

8- عادل محمد الرشيد، إدارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص(المفاهيم- النماذج- التطبيقيات)، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية(بحوث ودراسات)، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية،2007.

9- عماد محمد ثابت حامد، مراحل عقد المشاركةPPP، ورقة عمل مقدمة في ندوة "عقود المشاركة(PPP) والتحكيم في منازعاتها' المنعقدة في بالمنامة ، البحرين، 2008، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية(أعمال المؤتمرات) القاهرة، مصر، 2008.

ب- القوانين و الأوامر الحكومية و الأعمال التشريعية

1- القانون رقم67 لسنة2010، المتضمن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، مصر، الجريدة الرسمية، العدد19 مكرر(أ)، بتاريخ18ماي2010.

2- القانون رقم86.12، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المغرب، الجريدة الرسمية،عدد6328، بتاريخ22جانفي2015.

3- القانون عدد49لسنة2015،مؤرخ في 27نوفمبر2015، يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية،عدد96، بتاريخ 01 ديسمبر2015.

4- القانون عدد23لسنة 2008، بتاريخ 01أفريل2008، يتعلق بنظام اللزمات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد28، بتاريخ04أفريل2008.

5- الأمر الحكومي عدد772 لسنة2016، المتعلق بضبط شروط وإجراءات منح عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد51، بتاريخ 24 جوان 2016.

6- الأمر الحكومي عدد771 لسنة 2016، بتاريخ 20جوان2016، يتعلق بضبط تركيبة وصلاحيات المجلس الاستراتيجي للشراكة بين القطاعين العام والخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد51، بتاريخ 24 جوان 2016.

7- تقرير لجنة المالية والتخطيط والتنمية لمجلس نواب الشعب (التونسي) حول مشروع قانون يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص،(96/2012)،بتاريخ 20أكتوبر2015.(غير منشور)

ثانياً باللغة الأجنبية

1- Ordonnance n° 2004-559, du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, JORF, n° 141, du 19 juin 2004, p. 10994

ثالثاً: المراجع الرقمية

1- Frédéric Marty, Arnaud Voisin, Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ?», Revue internationale de droit économique 2006/2 (t. XX, 2), pp. 131-150. DOI 10.3917/ride.202. http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2006-2-page-131.htm

تاريخ المعاينة 15/06/2017 على الساعة 15.30

2- Jihen Chandoul , Note de synthèse à propos du projet de loi sur les PPP en Tunisie, P3-7, www.economie-tunisie.org, 20150604_-_pp_-_jc_-_projet_de_loi_ppp_vf.

تاريخ الزيارة: 10/06/2017على الساعة 1711.30