

4-2019

ضوابط التعاقد بالشاركة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص (دراسة مقارنة – بين القانون الإماراتي والمصري والفرنسي)

علياء سيف سالم سيف الجابري

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/public_law_theses

 Part of the [Law Commons](#)

Recommended Citation

سالم سيف الجابري, علياء سيف, "ضوابط التعاقد بالشاركة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص (دراسة مقارنة – بين القانون الإماراتي والمصري والفرنسي)" (2019). *Public Law Theses*. 28.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/public_law_theses/28

This Thesis is brought to you for free and open access by the Public Law at Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Public Law Theses by an authorized administrator of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact fadl.musa@uaeu.ac.ae.

جامعة الإمارات العربية المتحدة

كلية القانون

قسم القانون العام

ضوابط التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص
(دراسة مقارنة – بين القانون الإماراتي والمصري والفرنسي)

علياء سيف سالم سيف الجابري

أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام

إشراف د. علاء محي الدين مصطفى

أبريل 2019

إقرار أصالة الأطروحة

أنا علياء سيف سالم سيف الجابري، الموقعة أدناه، طالبة دراسات عليا في جامعة الإمارات العربية المتحدة ومقدمة الأطروحة الجامعية بعنوان " ضوابط التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص (دراسة مقارنة - بين القانون الإماراتي والمصري والفرنسي)"، أقر رسمياً بأن هذه الأطروحة هي العمل البحثي الأصلي الذي قمت بإعداده تحت إشراف د. علاء محي الدين مصطفى، أستاذ مساعد في كلية القانون. وأقر أيضاً بأن هذه الأطروحة لم تقدم من قبل لنيل درجة علمية مماثلة من أي جامعة أخرى، علماً بأن كل المصادر العلمية التي استعنت بها في هذا البحث قد تم توثيقها والاستشهاد بها بالطريقة المتفق عليها. وأقر أيضاً بعدم وجود أي تعارض محتمل مع مصالح الجهة الحكومية التي أعمل فيها بما يتعلق بإجراء البحث وجمع البيانات والتأليف وعرض نتائج و/أو نشر هذه الأطروحة.

توقيع الطالبة:  التاريخ: ٢٠١٩

إجازة أطروحة الماجستير

أجيزت أطروحة الماجستير من قبل أعضاء لجنة المناقشة المشار إليهم أدناه:

(1) المشرف (رئيس اللجنة): د/ علاء محي الدين مصطفى

الدرجة: أستاذ مشارك

قسم القانون العام

كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة


التوقيع:  التاريخ: ١٩/٢/١٤

(2) عضو داخلي: أ.د/ أسامه أحمد بدر

الدرجة: أستاذ

قسم: القانون الخاص

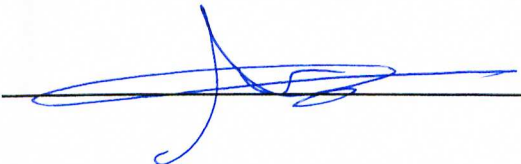
كلية: القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة

التوقيع:  التاريخ: ١٩/٢/١٤

(3) عضو خارجي : د/ أحسن رابحي

الدرجة: أستاذ مشارك

كلية القانون – جامعة الشارقة

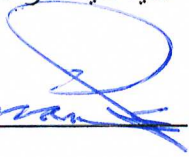
التوقيع:  التاريخ: ١٩/٢/١٤ هـ

اعتمدت الأطروحة من قبل:

(1) عميد كلية القانون: الأستاذ الدكتور / محمد حسن علي محمد

التوقيع:  التاريخ: ٢٠١٩/١٩/٢٠١٩

(2) عميد كلية الدراسات العليا بالإنابة الدكتور/ علي المرزوقي

التوقيع:  التاريخ: 18/6/2019

النسخة رقم 5 من 8

حقوق النشر © 2019 علياء سيف سالم سيف الجابري
حقوق النشر محفوظة

المخلص

تهدف هذه الدراسة إلى تقييم مدى كفاءة ضوابط دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

وذلك من خلال عرض بعض الضوابط التي أوردها الدليل الاتحادي وتلك التي أوردها التشريعات المقارنة مثل جمهورية فرنسا وجمهورية مصر العربية باعتبارها أولى الدول التي أخذت بهذا النظام، والقانون المحلي لإمارة دبي ذلك أنه القانون المحلي الوحيد الناظم لعملية الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص لدى دولة الإمارات العربية المتحدة.

وقد تم تحليل الضوابط وفق الدليل المذكور آنفاً، والمقارنة بين التشريعات أينما وجدت المفارقات، وذلك للتوجه نحو توصيات مناسبة.

وقد أظهرت نتائج الدراسة بأن المشرع الاتحادي قد سلك مسلكاً مشابهاً لذلك الذي سلكه المشرع المصري، إلا أنه توجد بعض المفارقات مع المشرع الفرنسي على النحو الذي تم إظهاره في الدراسة.

كلمات البحث الرئيسية: عقود الشراكة، عقد ال P.P.P، ضوابط التعاقد في العقود الإدارية، العقود الإدارية.

العنوان والملخص باللغة الإنجليزية

Public Private Partnership Contracting Standards

Abstract

The purpose of this study was to evaluate the efficiency of the federal guideline of the provisions and procedures of partnership contracts between government and the private sector, in respect of some controls provided by the federal legislator to enter into partnership.

This was done by presenting the controls set out in the federal guideline in addition to the local law of Dubai, and those cited by comparative legislations such as French and Egyptian legislations as the first countries that adopted this system.

The criteria was analyzed in accordance with the above-mentioned guide and the comparison of legislations wherever the discrepancies were found, in order to move towards appropriate recommendations.

The results of the study showed that the federal legislator has taken a similar course as the Egyptian legislator, but there are some dissimilarity with the French legislator as shown in the study.

Keywords: Partnership contracts, P.P.P contracts, administrative contracts controls, administrative contracts.

شكر وتقدير

الشكر لله الذي منّ علينا بسابغ فضله وأجل نعمه، حيث هدانا للعلم وبلّغنا مناهله، الحمد لله الذي وفقني لتقديم هذه الرسالة، ويسّر لي أمري ووهب لي العلم النافع ويسّره لي، اللهم لك الحمد والشكر كما أعنتني ووفّقتني.

أود أن أوجّه جزيل الشكر والتقدير والعرفان إلى الأساتذة الأفاضل والإداريين في جامعة الإمارات العربية المتحدة الذين لم يخلوا علي بتوجيه، ونصيحة، ودعم كبير خلال دراستي في برنامج الماجستير وأخص بالذكر د. علاء محي الدين مصطفى المشرف على الرسالة، فقد كان له أثر كبير في تشجيعي، وتوجيهي ومساعدتي في تذليل الصعوبات التي واجهتني.

وأتوجّه بالشكر لأعضاء اللجنة كلاً من د. أسامة بدر، و د. أحسن رابحي على مساعدتي في إنجاز هذه الرسالة، إليهم جميعاً أهدي ثمرة جهدي ونجاحي في برنامج الماجستير.

وما هذا الجهد الذي أضعه بين أيديكم إلا مساهمة أردت بها التطوير فإن وُفقت فبفضل من الله ونعمته، وإن كان عدا ذلك فحسبي أن النقص سمة أعمال البشر.

الإهداء

إلى وطني الحبيب

إلى أمي وأبي

إلى د. عبيد علي آل علي

إلى كل من ساندني وشدّ على يدي

أهدي جهدي المتواضع

"وقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا"

قائمة المحتويات

i.....	العنوان
ii.....	إقرار أصالة الأطروحة
ii.....	حقوق الملكية و النشر
iv.....	لجنة الإشراف
v.....	إجازة أطروحة الماجستير
vii.....	الملخص
viii.....	العنوان والملخص باللغة الإنجليزية
ix.....	شكر وتقدير
x.....	الإهداء
xi.....	قائمة المحتويات
xiii.....	قائمة الجداول
1.....	المقدمة
2.....	أولاً: أهمية البحث
3.....	ثانياً: إشكالية البحث
4.....	ثالثاً: منهجية البحث
4.....	رابعاً: تحديد الموضوع
4.....	خامساً: خطة البحث
	الفصل الأول: الضوابط المتعلقة بأطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية
6.....	والقطاع الخاص
7.....	المبحث الأول: ماهية عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص
7.....	المطلب الأول: مفهوم عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص
	الفرع الأول: تعريف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية
7.....	والقطاع الخاص
	الفرع الثاني: خصائص عقد الشراكة بين الجهات الحكومية
20.....	والقطاع الخاص
	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين الجهات الاتحادية
29.....	والقطاع الخاص
30.....	الفرع الأول: معيار التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني
	الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقد الشراكة بين الجهات الاتحادية
35.....	والقطاع الخاص

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بأطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص	43
المطلب الأول: تحديد أطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص	43
المطلب الثاني: أسس وضوابط اختيار الشريك	51
الفصل الثاني: صور عقد الشراكة والإطار الزمني لتنفيذها	67
المبحث الأول: صور إبرام الجهات الحكومية عقد الشراكة مع القطاع الخاص	68
المطلب الأول: صور التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص	68
المطلب الثاني: حالات التعاقد بنظام الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص	78
الفرع الأول: حالات التعاقد بنظام الشراكة المستندة إلى العوامل الاقتصادية	78
الفرع الثاني: حالات التعاقد بنظام الشراكة المستندة إلى العوامل الفنية	84
المبحث الثاني: الإطار الزمني ومقابل التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص	87
المطلب الأول: الإطار الزمني لعقد الشراكة	87
المطلب الثاني: مقابل التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص	92
الخاتمة	96
النتائج	97
التوصيات	98
قائمة المراجع	99

قائمة الجداول

جدول 1: مدة التعاقد والصلاحيات والشروط بالنسبة للشراكة في دبي ومصر.....92

المقدمة

تلجأ الإدارة للتعاقد بنظام عقود الشراكة لأسباب اقتصادية وفنية، ومن ذلك إنماء الاقتصاد في المنطقة من خلال السماح لشركات القطاع الخاص استثمار أموالها في سبيل تنفيذ المشروع، مما يساهم في زيادة الاستثمارات الموجودة على أراضي الدولة، وبالتالي إنماء واستدامة وإنعاش الاقتصاد، وأما الأسباب الفنية فهي الصعوبات الفنية التي تواجه جهة الإدارة وتكبل يدها عن تنفيذ المشروع، وقد تكون هذه الصعوبات مثل الخبرات الفنية والتكنولوجية ونقص الآلات والمعدات اللازمة لتنفيذ المشروع، بالإضافة إلى المواد والعمالة الفنية اللازمة للقيام بعملية التشغيل.

وبالاطلاع على تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، نجد أنه حتى عام 2014 لم يكن نظام الشراكة منظماً بموجب تشريع اتحادي أو محلي، وقد بدأ المشرع المحلي بتنظيم العلاقة بالشراكة بين القطاع العام والخاص بدايةً وفق قانون إمارة دبي رقم 22 لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، وبعدها اتجه المشرع الاتحادي نحو تنظيم المسألة على النطاق الاتحادي تنفيذاً لحكم المادة 48 من قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، والتي تم بموجبها إصدار دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، والمعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (1/ 1و) لسنة 2017.

يشكل نهج دولة الإمارات في تبني عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص الملاذ الآمن لجميع الأطراف في تمويل مشاريع البنية الأساسية للمرافق العامة للشراكة طويلة المدى، وذلك من خلال قيام القطاع الخاص بتمويل وإنشاء المشروعات وتشغيلها مقابل هامش

ريح، وبالتالي يفضي ذلك إلى انخفاض الأعباء المالية التي تتحملها الدولة خلال مرحلة إنشاء الأصول العامة وحتى بداية المشروع.

وبالتالي سأتناول في دراستي ضوابط التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص، وذلك بموجب الأنظمة والتشريعات الاتحادية والمحلية في الدولة بالمقارنة مع النظام المصري والنظام الفرنسي.

أولاً: أهمية البحث

1. عقود الشراكة تخفف عن كاهل جهة الإدارة الأعباء المالية والفنية في إنشاء وإدارة وتسيير المرافق العامة، فهي تهدف إلى أحد الأغراض الآتية:

أ. تمويل وإنشاء وتجهيز أحد المشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها.

ب. تمويل وتطوير أحد مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة القائمة فعلاً.

وهذا مما لا شك فيه يساهم في تطوير المرافق العامة والخدمات العامة المقدمة للجمهور في الدولة.

2. الاستفادة من خبرات القطاع الخاص ذات الطبيعة المركبة، وخصوصاً فيما يتعلق بالمشروعات ذات التكنولوجيا العالية أو المتقدمة والتي يصعب إيجاد تطبيقات سابقة لها تمكّن من إتمام التقييم بشكل كامل.

3. عقود الشراكة تؤدي إلى ألا تتحمل الإدارة بمفردها مخاطر إدارة وتشغيل المرافق العامة، بل تأخذ بمبدأ هام وهو توزيع واقتسام المخاطر، ويُقصد به مشاركة أطراف عقد الشراكة في تحمّل وإدارة المخاطر بحيث يكون كل طرف مسؤولاً عن إدارة المخاطر التي لديه خبرة في إدارتها والتعامل معها.

ولمّا كانت عقود الشراكة من العقود التي تستغرق زمناً طويلاً للانتهاء منها، فقد تتعرض لعدة مخاطر خلال التنفيذ لم تكن متوقعة من قبل الجهة الحكومية أو القطاع الخاص وقت التعاقد، فيتعيّن أن تتفق جهة الإدارة مع المتعاقد معها على كيفية اقتسام مخاطر التوقف عن التنفيذ أو تعديل التنفيذ تلبيةً لحاجات جديدة لم تكن معروفة لدى الجهة الحكومية عند التعاقد، إذ أنه ليس من مصلحتها أن يتوقف المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ وذلك مراعاةً لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ثانياً: إشكالية البحث

مدى وجود ضوابط خاصة لعقود الشراكة بضوابط خاصة من حيث الأطراف وتوزيع المخاطر بين الطرفين، والمراحل السابقة على التعاقد مثل أسس اختيار الشريك وتأهيل الشركات، ومدى نجاح المشرع الإماراتي في تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات جهة الإدارة والمتعاقد أو المستثمر الأجنبي معها.

مدى كفاية تنظيم إجراءات وأحكام الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص بموجب دليل إرشادي اعتمده مجلس وزراء الاتحاد في قراره رقم 1/1 و لسنة 2017، وهل من الأفضل أن يصدر تشريع اتحادي لهذا الأمر، أم يكفي فقط وجود الدليل الاسترشادي، خاصة وأن الدليل الإرشادي قد يضيف مرونة أكثر من ناحية اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة وكيفية توزيع واحتساب المخاطر بين الطرفين بدلاً من التقيد بوجود تشريع جامد قد يمنع الإدارة بعض الأحيان من إمكانية استقطاب الكفاءات الفنية.

الاطلاع على الأحكام التي تم تنظيمها في التشريعات المقارنة، وتقييم المسلك الأفضل مع مراعاة شكل الدولة الفريد من نوعه، وفيما لو ينبغي إعادة دراسة أحكام إجراءات الشراكة بإضافة قيود أخرى على الجهات الحكومية الراغبة في اللجوء للتعاقد بالشراكة أم أنها كانت كافية.

ثالثاً: منهجية البحث

تتبع في هذا البحث منهجية البحث التحليلي المقارن، ويرجع ذلك لما يتمتع به هذا المنهج من وضع وصف وتحليل دقيق لأحكام الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، بالإضافة إلى إجراء مقارنة بين نظام الشراكة في دولة الإمارات العربية المتحدة والنظم الأخرى ما بين النظام المصري، والنظام الفرنسي اللذين سوف يكونا أساساً لهذه المقارنة، حيث أتناول من خلال تلك المقارنة بيان أوجه الشبه والاختلاف بين هذه الأنظمة حينما يكون لذلك مقتضى.

رابعاً: تحديد الموضوع

ستقتصر الدراسة على ضوابط اختيار المتعاقد مع الإدارة وضوابط محل إبرام عقد الشراكة وطبيعتها القانونية دون الحديث عن الإجراءات السابقة على التعاقد أو اللاحقة على التعاقد، وفقاً لدليل أحكام وإجراءات التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، والقانون المصري والفرنسي.

خامساً: خطة البحث

انتهجت في تقسيم خطة البحث تقسيماً ثنائياً على النحو الآتي:

الفصل الأول: الضوابط المتعلقة بأطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المبحث الأول: ماهية عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المطلب الأول: مفهوم عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المبحث الثاني: أطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المطلب الأول: تحديد أطراف عقد الشراكة وفقاً للقانون الإماراتي والمصري

المطلب الثاني: أسس وطرق اختيار الشريك

الفصل الثاني: صور عقد الشراكة والإطار الزمني لتنفيذها

المبحث الأول: صور إبرام الجهات الحكومية عقد الشراكة مع القطاع الخاص

المطلب الأول: صور التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المطلب الثاني: حالات التعاقد بنظام الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المبحث الثاني: الإطار الزمني ومقابل التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

المطلب الأول: الإطار الزمني لعقد الشراكة

المطلب الثاني: مقابل التعاقد بالشراكة

الفصل الأول: الضوابط المتعلقة بأطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

الشراكة نهج تتبعه الدول في بناء مرافق عامة أو تأمين خدمات عامة كانت الدولة هي التي تضطلع بها كمشق الطرق وتجهيز المدارس والجامعات بتقنيات المعلومات¹، وذلك بهدف تخفيف ورفع العبء المالي عن الموازنة العامة للدولة، وإيقائه على عاتق القطاع الخاص، وبالتالي تحويل جهد الجهات الحكومية إلى أوجه إنفاق أخرى يعزف عنها القطاع الخاص².

وبالإطلاع على التشريعات المقارنة، يتضح بأن كلاً منها أورد ضوابط شكلية متعلقة بتحديد أطراف هذا التعاقد، وعليه سنعرض في فصلنا هذا أطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

حيث يُبرم عقد الشراكة بين إحدى الجهات الإدارية والشريك المتعاقد، وكان لزاماً تحديد أسس اختيار هذ الشريك وطريقة اختياره، وهو ما سنبيته بشيء من التفصيل في هذا الفصل على النحو التالي تقسيمه.

المبحث الأول: ماهية عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بأطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

¹ د. ليانه مشوح، الترجمة والتنمية الفكرية، القطاع الإداري نموذجاً، مجلة جامعة دمشق، المجلد 27، العدد الثالث والرابع، 2011، ص 793.

² د. حماد عبد الرازق حماده، عقود الشراكة، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية، 2014، ص 17.

المبحث الأول: ماهية عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

وللوقوف على ماهية عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، يتعين بداية التطرق إلى مفهوم عقد الشراكة، ومن ثم تحديد الطبيعة القانونية له، وبذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنستعرض في المطلب الأول مفهوم عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، وسنحدّد في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

المطلب الأول: مفهوم عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الأول تعريف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، وسنستعرض في الثاني خصائص عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

الفرع الأول: تعريف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

تعد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص من المفاهيم الجديدة، وقد طرحت عدة تعاريف من جهات مختلفة بهدف تحديد مفهوم شامل لها وذلك شأنها شأن أي ظاهرة جديدة يظهر فيها جدل كبير حول تعريفها حتى تستقر³.

³ محمد أشرف حمدونة، العوامل المحددة للشراكة بين القطاعين العام والخاص ودورها في نمو الاقتصاد الفلسطيني (رسالة ماجستير)، كلية التجارة – الجامعة الإسلامية، فلسطين، غزة، فلسطين، ص 47.

فالشراكة مفهوم حديث نسبياً، بدأ الحديث عنه منذ عدة سنوات، لذا فهو نمط جديد من العلاقات بين الجهات الحكومية للدولة والقطاع الخاص الذي يشارك في تقديم خدمات عامة كانت فيما مضى حكراً على الدولة وباتت عبئاً عليها.

وهو نهج تتبعه الدول في تأمين خدمات عامة كانت الدولة هي التي تضطلع بها كمشق الطرق وتجهيز المدارس والجامعات بتقنيات المعلومات⁴، وذلك بهدف تخفيف ورفع العبء المالي عن الموازنة العامة للدولة، وإلقاءه على عاتق القطاع الخاص، وبالتالي تحويل جهد الجهات الحكومية إلى أوجه إنفاق أخرى يعزف عنها القطاع الخاص⁵.

وتعتبر عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص من العقود الحديثة نسبياً، ونظراً إلى حداثةا وصعوبة إيجاد تعريف دقيق يحيط إحاطة كاملة ودقيقة بمفهومها الشامل، الذي يضم عدداً كبيراً من العناصر التعاقدية المختلفة، فقد كان هذا النوع من العقود محلاً للدراسة من جانب المعنيين، حيث عُرض عدد من التعاريف بصدد عقود الشراكة، بعضه كان مصدره المشرع والبعض الآخر وضعته المنظمات الدولية المهتمة بهذا المجال، وأخيراً لعب الفقه دوراً بارزاً في هذا المجال من خلال وضع عدد من التعاريف بهذا الصدد⁶.

1. التعريف القانوني لعقود الشراكة

بما أن أولى الدول العربية التي أخذت بنظام التعاقد بالشراكة هي جمهورية مصر العربية، ولمعرفة مفهوم التعاقد بالشراكة يتعين إيضاح المفهوم وفقاً للتشريعات المقارنة مثل جمهورية مصر

⁴ د. ليلانه مشوح، مرجع سابق، ص 793.

⁵ د. حمادة عبد الرازق حماده، مرجع سابق، ص 17.

⁶ سيف باجيس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المجلة الدولية للقانون، أبريل 2016، ص من 2-3.

<https://www.qscience.com/docserver/fulltext/irl/2017/3/irl.2017.22.pdf?>

العربية، جمهورية فرنسا، وبعدها سأطرق إلى تعريف التعاقد بالشراكة لدى دولة الإمارات العربية المتحدة وفق التشريعات الاتحادية والمحلية السارية.

- تعريف التعاقد بالشراكة وفق القانون المصري

طبقت مصر نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الآونة الأخيرة، وقد أعطت الدولة الأولوية في تنفيذ برنامج شراكة القطاعين لمشروع إنشاء 2210 مدرسة حكومية تغطي مختلف المراحل التعليمية طبقاً لاحتياجات المحافظات المختلفة، وبناء القطاع الخاص لتلك المرافق لن يؤثر على سعر الخدمة الحالي للطالب، بل سينعكس على كفاءة الخدمة المقدمة لإدارة المباني وصيانتها، على أن تظل وزارة التربية والتعليم هي الجهة المخولة بتقديم الخدمة التعليمية⁷. وبالرجوع إلى التشريعات المصرية في هذا الشأن يتضح وجود عدة تشريعات ناظمة، من ذلك القانون رقم (67) لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، بالإضافة إلى لائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2010.

ولبيان مفهوم التعاقد بالشراكة، يتعين إيضاح تعريفه، وعناصره.

وقد عرّف المشرع المصري عقد الشراكة في المادة الأولى والثانية من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (67) لسنة 2010،

⁷. سعيد حسين علي، العقد الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016، ص 174.

على أن عقد المشاركة هو: "عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون".

وبالرجوع إلى المادة (2) من ذات القانون نراها تنص على أنه: "للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد.

ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه.

ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناءً على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون، الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.

ولا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقاً لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات، أو الخدمات المتاحة".

ويتضح من المادتين الأولى والثانية أن المشرع المصري نص على حالتين للتعاقد بالشراكة، ففي الحالة الأولى تعهد جهة الإدارة للقطاع الخاص بتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها، وفي الحالة الثانية تعهد إلى القطاع الخاص بتمويل وتطوير

المرافق العامة، وفي كلا الحالتين يلتزم القطاع الخاص بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام.

وبالتالي نذهب مع البعض نذهب مع البعض أن نعرّف عقد الشراكة بأنه عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع بغرض تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها، أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة ليصبح المشروع صالحاً للاستخدام والاستغلال في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراباً⁸.

أو هو العقد الذي يُعهد بمقتضاه شخص من أشخاص القانون العام إلى شركة المشروع لتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بنظام واضطراباً طوال فترة التعاقد⁹.

- تعريف التعاقد بالشراكة وفق المرسوم الفرنسي رقم 559 الصادر عام 2004 بشأن عقود الشراكة وتعديلاته

نظّم المشرع الفرنسي تعاقدات الشراكة بين القطاعين العام والخاص بموجب المرسوم رقم 559 لسنة 2004 بشأن عقود الشراكة، وتعديلاته، ويلاحظ من أحكام المرسوم بقانون أن تعريف عقد الشراكة يتضمّن ثلاث صور وهي:

⁸ د. علاء محي الدين مصطفى، القيود الواردة على الإدارة في التعاقد بنظام PPP، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول 2014، ص 695.

⁹ د. حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 51.

1- المشروعات المركبة التي يصعب على الجهة الإدارية تحديد الوسائل الفنية اللازمة لتلبية احتياجاتها بمفردها مسبقاً، وذلك نظراً لما تتطلبه مثل هذه العقود المركبة من العديد من العلاقات المتشابكة والمتداخلة والإمكانيات الهائلة.

2- عندما يكون للمشروع طابع الاستعجال، بأن يكون ضرورياً لمواجهة أمر طارئ لا يحتمل التأخير.

3- المشروعات التي تحقق امتيازات للصالح العام لا يحققها أي بديل تعاقدى آخر لعقود الشراكة، تم إضافة هذه الحالة بتعديل المادة الثانية الخاصة بالتعاقد بنظام PPP بالمرسوم رقم 735 لسنة 2008¹⁰.

- تعريف التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص وفق تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة الاتحادية والمحلية

بالاطلاع على تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، نجد أنه حتى عام 2014 لم يكن نظام الشراكة منظماً بموجب تشريع اتحادي أو محلي، وقد بدأ المشرع المحلي بتنظيم العلاقة بالشراكة بين القطاع العام¹¹ والخاص بدايةً وفق قانون إمارة دبي رقم 22 لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، وبعدها اتجه المشرع الاتحادي نحو تنظيم المسألة على النطاق الاتحادي تنفيذاً لحكم المادة 48 من قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، والتي تم بموجبها إصدار

¹⁰د. علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 725.

¹¹أخذ المشرع المحلي لإمارة دبي بمصطلح القطاع العام، على الرغم من أن إمارة دبي لم يجر تقسيم القطاعات فيها إلى عام وخاص، فالمقصود من القطاع العام وفق المشرع المصري - الذي أخذ بهذا المصطلح في القانون رقم 60 لسنة 1971 بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام، والتي عرّف فيها شركات القطاع العام في مادته (28) على أنها: "وحدة اقتصادية تقوم على تنفيذ مشروع اقتصادي وفقاً لخطة التنمية"، ولا يوجد نظام مشابه له في إمارة دبي حتى يتم استخدام ذات المسمى، ونرى أنه كان من الأجدى على المشرع المحلي لإمارة دبي استخدام مصطلح يمثل النظام الحالي للإمارة، إذ لم يتضح صدور تشريع محلي ينظم هذا القطاع وبهذا المسمى، (الجهات الحكومية)، إذ لم يكن ثمة داع لاستحداث مسمى جديد على شكل القطاعات للإمارة وإعادة تعريفها بمسمى مستخدم حالياً ومتعارف عليه على مستوى الدولة وهو الجهات الحكومية. كما وأن القطاع العام يتكون من القطاع الحكومي وقطاع الأعمال العام، وهو ما لا ينطبق على الهيكل العام للجهات الحكومية لإمارة دبي.

دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، والمعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء¹².

يشكّل نهج دولة الإمارات في تبني عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص الملاذ الآمن لجميع الأطراف في تمويل مشاريع البنية الأساسية للمرافق العامة للشراكة طويلة المدى، وذلك من خلال قيام القطاع الخاص بتمويل وإنشاء المشروعات وتشغيلها مقابل هامش ربح، وبالتالي يفضي ذلك إلى انخفاض الأعباء المالية التي تتحملها الدولة خلال مرحلة إنشاء الأصول العامة وحتى بداية المشروع¹³.

وبذلك سنتطرق بداية لمفهوم عقد الشراكة وفق الدليل الاتحادي بشأن أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، ومن ثم سنتوجه إلى القانون المحلي لإمارة دبي في الشرح.

تعريف التعاقد بالشراكة وفق دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص

بدايةً يتعين علينا الرجوع إلى لائحة المشتريات والمخازن في الحكومة الاتحادية، وهي الأصل الذي منح الوزارة مكنة وأداة وضع الأحكام والإجراءات اللازمة لحوكمة عمليات الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص وذلك على أن يتم اعتمادها من قبل مجلس الوزراء.

وبالرجوع إلى المادة التي تنظم ذلك وهي المادة 48 من قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، نرى أنها قد حددت عدة مسائل،

¹²قرار مجلس الوزراء رقم (1/1) لسنة 2017.

¹³ <https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/2017-11-02-1.3087064>

منها الهدف من عقود الشراكة، وحوكمة عمليات الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، تحديد ضوابط لجوء الجهات الاتحادية إلى خيار الشراكة، بالإضافة إلى تحديد المشاريع التي يجوز للجهات الاتحادية اللجوء إلى خيار المشاركة حيالها.

إذ تنص المادة (48) من قرار مجلس الوزراء المشار إليه أعلاه على أنه: "...ب. تتولى الوزارة المسؤولية الكاملة في وضع الأحكام والإجراءات اللازمة لحوكمة عمليات الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، على أن يتم اعتماد هذه الأحكام والإجراءات من قبل مجلس الوزراء...".

وبالإطلاع على دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص¹⁴، يتضح بأنه عرّف الشراكة بين القطاعين العام والخاص¹⁵ على أنها: "اتفاقية بين جهة حكومية وشركة خاصة لاقتسام المخاطر والفرص في العمل التجاري المشترك الذي ينطوي على تقديم الخدمات العامة"، كما وأنه أشير في الدليل إلى عدم وجود تعريف عالمي موحد لمفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إلا أنه يُستفاد من التعريفات المختلفة ما مفاده أن الشراكة هي عقد بين طرف من القطاع العام وطرف من القطاع الخاص، يُنفذ بموجبه الطرف الخاص خدمة عامة أو مشروع عام، ويعد توزيع المخاطر وتحديد المخرجات هما ركائز الشراكة بين القطاعين العام والخاص¹⁶.

¹⁴المعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (1/1و) لسنة 2017 والصادر تنفيذاً لحكم المادة 48 من لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية.

¹⁵خالف المشرع الاتحادي في تعريفه للشراكة توحيد المصطلحات المستخدمة، فتارة استخدم عبارة الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص - عنوان الدليل - وتارة استخدمت عبارة الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

¹⁶الصفحة (19) من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، والمعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (1/1و) لسنة 2017.

فقد نص على أن المشاريع المشتركة غالباً ما تكون ذات طبيعة تعاقدية وتمويلية معقدة، وبالتالي فالعقد يتألف من مجموعة عقود وتعهدات وضمانات وملحقاتها تحكم العلاقة التعاقدية بين الجهة الاتحادية وشركة المشروع، وأي طرف آخر معني كالجهاز الضامنة أو المصارف الممولة أو الجهات الاتحادية أو الحكومات المحلية التي قد يترتب تنفيذ المشروع عليها بعض التبعات أو المهام والواجبات.

لذلك فإن الأطراف الموقعة على عقد الشراكة قد تكون عديدة وقد تختلف بين عقد شراكة وآخر، وفي بعض الأحيان قد يتطلب الأمر توقيع سلسلة من العقود والتفاهات الإضافية التي قد تكون ضرورية لإنجاح المشروع.

ونرى أن المشرع الاتحادي لم يعرّف عقد الشراكة، وإنما عرّف المشاريع المشتركة¹⁷ فقد نص على أن المشروع المشترك: ليس مجرد مشروع يتشارك بتنفيذه كل من القطاعين العام والخاص، كالمشاريع ذات الطابع الخدمي التي تمارسها الجهات الاتحادية حالياً مع القطاع الخاص، بل إن المشروع المشترك الذي يصبو هذا الدليل إلى تحقيقه هو المشروع ذو الطبيعة الاقتصادية والذي يمثل شراكة فعلية بالمخاطر، فيقوم القطاع العام بتحويل جزء كبير من المخاطر المالية والتقنية والتشغيلية المتعلقة بالمشروع إلى القطاع الخاص.

تعريف عقد الشراكة وفق القانون المحلي لإمارة دبي رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي

كان توجه حكومة دبي سابقاً في تنظيم عمليات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مما أحدث نقلة نوعية في مختلف القطاعات، فقد صدر القانون المحلي لإمارة دبي بشأن تنظيم

¹⁷الفقرة 2.3 - الصفحة 20 من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص.

الشراكة بين القطاعين العام والخاص بتاريخ 10 أغسطس 2015، بينما صدر دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص في 2017.

وبالإطلاع على كلاً منهما نلاحظ اختلاف الأداة التشريعية لتنظيم موضوع الشراكة على النطاق الاتحادي والمحلي، فبالنسبة للقانون المحلي لإمارة دبي، صدر القانون وأحال للقواعد والإجراءات الواجب اتباعها عند إبرام عقد الشراكة من قبل الحكومة إلى دليل تعدّه دائرة المالية لدى إمارة دبي¹⁸، بينما بالنسبة لقرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، فقد أحال صلاحية تنظيم الأحكام والإجراءات المتعلقة بحوكمة عمليات الشراكة لوزارة المالية على أن يعتمد من مجلس الوزراء، وقد أعدت في ذلك وزارة المالية دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، إذاً تم تنظيم الشراكة في إمارة دبي بقانون بينما نُظمت ضوابط الشراكة على المستوى الاتحادي بموجب لائحة صادرة عن مجلس الوزراء، وتم تنظيم الأحكام الإجرائية والتفصيلية لكل منهما من خلال أدلة.

بالرجوع إلى المادة الثانية من القانون المحلي المشار إليه وهي مادة التعريفات، نرى أن المشرع المحلي عرّف مصطلحي الشراكة وعقد الشراكة، وبالنظر لتعريف الشراكة تم تعريفها على أنها: "علاقة تعاقدية تجمع بين القطاعين العام والخاص، تنشأ وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه وعقد الشراكة، تهدف إلى تنفيذ المشروع كلياً أو جزئياً، لضمان جودة الخدمات أو تنمية إيرادات الجهة الحكومية أو أي أمر آخر عن طريق الاستفادة من كفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية والفنية وغيرها".

¹⁸تنص الفقرة الخامسة من المادة التاسعة من القانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، على أنه من ضمن مهام وصلاحيات الدائرة المالية: "5- إعداد دليل عام، يتضمن القواعد والإجراءات الواجب مراعاتها في حال رغبة الجهة الحكومية بإبرام عقد الشراكة".

بينما عرّف عقد الشراكة على أنه: "عقد تبرمه الجهة الحكومية مع شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي".

وبالإطلاع على دليل دائرة المالية في شأن الشراكة بين القطاع العام (الحكومة) والقطاع الخاص، فإنه عرّف الشراكة على أنها: "أحد أشكال التعاون بين القطاعين العام والخاص يتم من خلالها وضع ترتيبات يستطيع بمقتضاها القطاع العام توفير السلع والخدمات العامة والاجتماعية من خلال السماح للقطاع الخاص بتقديمها بدلاً من أن يقدمها القطاع العام بنفسه أي بصورة مباشرة. وبشكل أكثر تحديداً فإن المفهوم يشير إلى السيناريوهات التي بمقتضاها يكون للقطاع الخاص دوراً أكبر في تخطيط وتمويل وتصميم وبناء وتشغيل وصيانة الخدمات العامة"¹⁹.

ولم تتضح لنا الغاية من إيراد المشرع المحلي تعريفين للشراكة، الأول عن مفهوم الشراكة على الرغم من أن المشرع أشار إلى أنها علاقة تعاقدية، وأورد تعريف آخر لعقد الشراكة، على الرغم من أن التعريفين يحملان ذات المفهوم، وهي الطبيعة التعاقدية بين طرفي القطاع العام²⁰ والقطاع الخاص.

من خلال التعريفات السابقة لكلاً من المشرع المصري والفرنسي والإماراتي، نستخلص وجود عناصر مشتركة بين التعريفات المختلفة لمشرّع كل دولة، وهي أطراف التعاقد، محل التعاقد، مدة العقد، وقيمة التعاقد.

¹⁹ دليل الشراكة بين القطاع العام (الحكومة) والقطاع الخاص - دائرة المالية - أبريل 2010.
²⁰ فيما يتعلق بعنوان القانون المحلي فقد ذهب المشرع المحلي لمسلك مغاير عن المسلك الاتحادي، والذي فوّد الطرفين بأن أحدهما جهة حكومية والطرف الآخر شكل من أشكال القانون الخاص تحت مسمى القطاع الخاص، بينما المشرع المحلي استخدم لفظ القطاع العام وهو لفظ غير متداول وغير متعارف عليه في دولة الإمارات العربية المتحدة، وإنما لفظ استخدمه المشرع المصري حسب الشكل الذي يناسب أنظمة وأجهزة الجمهورية العربية المصرية، وذلك في قانونه "تنظيم الشراكة".

إلا أنه من الجليّ أن تعريف عقد الشراكة بالنسبة للمشرع الاتحادي قد شابه نوع من القصور فهو لم يحدد الحد الأدنى والأقصى لتنفيذ المشروع، بالإضافة إلى قيمة التعاقد، كما وأنه حدّد محل التعاقد على أنه لاقتسام المخاطر والفرص في العمل التجاري المشترك الذي ينطوي على تقديم الخدمات العامة.

1. تعريف القضاء لعقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

لما كان اتجاه الدولة في تنظيم عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص هو اتجاه حديث نسبياً، منشأه عام 2014، بالاطلاع على أحدث الاجتهادات القضائية على النطاق الاتحادي لم يتضح صدور أي أحكام قضائية خاصة بنزاعات عقد الشراكة بين الجهات الحكومية الاتحادية والقطاع الخاص، إذ قد يحتاج النظام لفترة تطبيقية تتشأ بعدها النزاعات المؤدية لطريق المحاكم.

ومن هذا المنطلق قد يعود بنا عقد الشراكة إلى أسس العقد الإداري وبالتالي اعتباره عقد من العقود الإداري ويسري عليه ما يسري على العقود الإدارية من مبادئ وقواعد فقه القانون الإداري، سنقوم بتفنيد عقد الشراكة في المبحث الثاني والذي يتطرق للطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

2. التعريف الفقهي لعقود الشراكة

يرى البعض²¹ أن عقد الشراكة هو عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال

²¹د. حماده عبد الرازق، المرجع السابق، عقود الشراكة، ص 19.

والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار، أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية، تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية.

وقد عرّف البعض الآخر الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها تعاون وثيق بين القطاع العام والخاص بتطوير منتجات وخدمات مشتركة مع تقاسم المخاطر والتكاليف والموارد المرتبطة بهذه المنتجات والخدمات، وذلك من خلال منظور مؤسسي، وتتضح المتانة في مدة هذه الشراكة طويلة الأمد، ويؤكد هذا التعريف على عنصر حيوي جداً وهو تقاسم المخاطر، إذ كلا الطرفين يجب أن يتحمل جزء من المخاطر التي تنطوي عن هذه الشراكة، وبالتالي إنتاج شيئاً مشترك قد يكون منتج معين أو خدمة معينة²².

فنظام الشراكة على هذا النحو يعنى بأوجه التفاعل والتعاون العديدة بين القطاعين العام والخاص المتعلقة بتوظيف إمكانياتهما البشرية والمالية والإدارية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية على أساس من المشاركة، الالتزام بالأهداف، حرية الاختيار، المسؤولية المشتركة، والمساءلة من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهم العدد الأكبر من أفراد المجتمع، ولها تأثير بعيد المدى على تطلعاتها حتى يتمكن المجتمع من مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة وتحقيق وضع تنافسي أفضل²³.

²² Nailufa Akhter khanom, *Conceptual issues in defining public private partnerships (PPPs)*, paper for Asian research conference, 2009, page.4.

https://www.researchgate.net/publication/228862464_Conceptual_Issues_in_Defining_Public_Private_Partnerships_PPPs

²³ حماده عبد الرازق، المرجع السابق، عقود الشراكة، ص 19.

يخضع هذا النوع من التعاقد لإجراءات حددها المشرع تتمثل في قيام المتعاقد الخاص بإنشاء وصيانة أحد مشروعات البنية الأساسية مقابل الحصول على عوض مالي يأخذ صورة إيجار يرتبط أحياناً بطبيعة الاستثمار والإنشاءات التي يقيمها المتعاقد وما يبذله من عناية لإنجازها وفقاً لما تم الاتفاق عليه²⁴.

الفرع الثاني: خصائص عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

لما كان عقد الشراكة من العقود الإدارية، فإنه يتميز بأربع خصائص قد تميّزها عن غيرها من العقود الإدارية المشابهة لها²⁵، على النحو الآتي:

أ. تعدد أطراف عقد الشراكة

تعد الحجة التقليدية للجوء إلى الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص هي تخفيف العبء عن كاهل الموازنات الحكومية لتدبير التمويل اللازم لتوفير الخدمات المتصلة بالبنية الأساسية، في ضوء تزايد نفقات تكاليف تلك الخدمات والضغط المجتمعية نحو المزيد من هذه الخدمات كمّاً ونوعاً²⁶.

أصبحت الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص ظاهرة مسيطرة خلال السنوات الأخيرة نتيجة لعدم كفاية الاستثمارات والضغط المتزايدة على الميزانيات الحكومية بالإضافة إلى

²⁴المرجع السابق، ص 20.

²⁵ يجمع بين العقود الإدارية عدة عناصر مشتركة منها أن تكون الدولة (جهة الإدارة) طرفاً في العقد، أن يتضمن العقد شروط غير مألوفة لصالح جهة الإدارة (استخدام أساليب السلطة العامة)، واتصال موضوع العقد بمرفق عام.

²⁶ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية، ديسمبر 2011، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص 3.

عدم كفاءة الخدمات التي تقدمها المؤسسات والوكالات الحكومية وتكون الشراكة في العادة بصورة عقد بين الطرفين الإدارة والقطاع الخاص²⁷.

وعليه فإن العقد يُبرم بين الدولة أو إحدى أجهزتها الإدارية المخوّل لها بالتعاقد بموجب التشريعات، والقطاع الخاص المتمثّل في شركة من الشركات يُطلق عليها عند التعاقد شركة المشروع. ونظراً لكبر حجم المشروعات التي تتفدّ بهذا الأسلوب فإن الطرف الثاني (شركة المشروع) قد تكون عبارة عن شركة وحيدة أو مجموعة من الشركات متخصصة في شتى المجالات كالتصميم أو التوريد أو التشييد²⁸.

بعبارةٍ أخرى يوجد عدد كبير من الأطراف المتعاقدة (الحكومة- شركاء المشروع - المقرضون - شركة البناء - مورّدو المعدات - مستثمرو رأس المال - مستخدمو المنتجات)²⁹.

وقد أكّدت ذلك المادة (48) من لائحة المشتريات وإدارة المخازن لدى الحكومة الاتحادية والتي حدّدت أطراف هذا التعاقد بأن نصت على أن: "تهدف عقود الشراكة بين الجهة الاتحادية والقطاع الخاص إلى تقديم إحدى الخدمات الحكومية عن طريق تشكيل ائتلاف يتم تمويله وتشغيله، من خلال شراكة بين الجهة الاتحادية وواحدة أو أكثر من شركات القطاع الخاص".

وما تنص عليه المادة الأولى من قانون تنظيم الشراكة في إمارة دبي من تعريف عقد الشراكة على أنه: "عقد تبرمه الجهة الحكومية مع شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً

²⁷ عبد السلام أحمد هماش، عقود المشاركة وسيادة الدولة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، القاهرة، ص 189.
²⁸ طه محييد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O. T وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013، ص 53.
²⁹ د. وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، ندوة عقود المشاركة ppp بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص 296.

لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي".

إذاً أطراف عقد الشراكة وهو إحدى الوسائل التي يمكن من خلالها تنفيذ الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، هي الدولة متمثلة في جهة الإدارة المخول لها بالتعاقد والقطاع الخاص متمثلاً في شركة المشروع أو اتحاد أو مجموعة شركات تتحد فيما بينها لتنفيذ المشروع.

ب. الغاية من عقد الشراكة هو إنشاء مرفق عام لإشباع حاجات وتقديم خدمات ذات نفع عام

يشترط في عقود الشراكة أن يكون موضوعها مرفق عام، سواء تعلق الأمر بتنفيذ أو إدارة

المرفق العام أو تسييره، وذلك بأن يكون الغرض منها أحد الأغراض التالية:

1. تمويل وإنشاء وتجهيز أحد المشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها.

2. تمويل وتطوير أحد مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة القائمة فعلاً.

ويجوز أن يتضمن عقد المشاركة التزام شركة المشروع بتشغيل المرفق العام، كما يجوز تكليف

الشركة باستغلال المرفق وبيع المنتج أو تقديم الخدمة لمن تحدده جهة الإدارة³⁰.

وتُستشف هذه الخصيصة من تعريف الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص وفق دليل

أحكام وإجراءات عقود الشراكة - الاتحادي، والذي ينص على أن الشراكة بين القطاعين العام

والخاص: "هي اتفاقية بين جهة حكومية وشركة خاصة لاقتسام المخاطر والفرص في العمل

التجاري المشترك الذي ينطوي على تقديم الخدمات العامة"، وما ينص عليه في طبيعة الشراكة

³⁰د. حسن عبدالله حسن، مرجع سابق، ص 95.

بين القطاعين العام والخاص وأنها تهدف إلى تقديم خدمات عامة وإنشاء البنى التحتية عن طريق الاستفادة من كفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية وخبراته".

ج. صلاحية جهة الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ المشروع أثناء تنفيذ العقد

تجدر الإشارة إلى أن دور الجهة الحكومية لا يقتصر على مجرد منح حق الالتزام أو حتى الإشراف والرقابة عن بعد، بل لابد حتى يكتب لهذا النوع الخاص من المشروعات النجاح أن تقوم الحكومة الراعية للمشروع بدور فعال ونشط لأقصى حد ممكن، فالحكومة هي المسؤولة عن تحديد القطاعات والمشروعات التي يصلح تنفيذها بأسلوب الشراكة، كما أنها هي التي تقوم بإدارة عملية المناقصات وتحدد المعايير الواجب مراعاتها والالتزام بها عند اختيار الشركات الأجنبية أو المحلية والتي سيتم تكليفها بإنشاء وتشغيل وصيانة المشروع³¹.

تجد سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة أساسها في فكرة المرفق العام، فيقصد بسلطة الإشراف هو تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه في العقد، مثال ذلك دخول مندوب جهة الإدارة لأماكن العمل أو استلام بعض الوثائق للاطلاع عليها وفحصها، أو إجراء تحريات وتلقي شكاوى المنتفعين والبت فيها³²، أما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.

³¹د. طه محميد جاسم الحديدي، مرجع سابق، ص 52.
³²هنادي فوزي حسين، سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في ضوء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 المعدلة، جامعة ذي قار / جامعة ذي قار - كلية القانون، العراق، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد الحادي عشر 2015، لا يوجد رقم صفحة، <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=132015>

والجدير بالذكر بأن هذه السلطات تستمد قوتها من المبادئ العامة للعقود الإدارية وليس النصوص التعاقدية، إذ أنها سلطات ثابتة للإدارة سواء نص عليها في العقد أو لم ينص عليه³³، وذلك لضمان إشباع المرفق العام الحاجات الضرورية وحسن أداء الخدمة العامة وبالتالي ضمان حسن سير المرفق العام.

بالإضافة إلى أن هذه السلطات مقيدة وليست مطلقة، بمعنى أن الإدارة ليس لها استخدامها لتحقيق أغراض لا تتصل بالمرفق العام موضوع العقد³⁴، فالإدارة مُنحت هذه السلطة لتحقيق هدف محدد وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فإذا قصدت من استعمالها تحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك الهدف، عدّ ذلك إساءة لاستعمال السلطة، حيث تكون الإدارة قد انحرفت في استعمال سلطتها عن الغرض المخصص، الأمر الذي يُخرج قرارها عن إطار المشروعية³⁵.

إذاً لجهة الإدارة حق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد إلى المدى الذي لا يؤدي إلى إعاقة عمل المتعاقد ومباشرة نشاطه.

كما أنه يتعين ألا ينطوي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تعديل لشروط العقد، وإلا أصبحنا بصدد سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه³⁶.

ويعتبر حق الإدارة في الرقابة على عقود الشراكة أكثر أهمية عن سواها، وذلك نظراً لطول فترة التعاقد التي قد تصل أحياناً إلى 35 سنة، ومن جهة أخرى لأن شركة المشروع تلتزم عادة بإعادة

³³د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998، ص 110.

³⁴د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، الطبعة الأولى، لبنان – منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 633.

³⁵د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 241.

³⁶المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

ملكية المرفق العام بحالة جيدة بعد انتهاء الالتزام، وهذا لا يمكن أن يتحقق ما لم تتمتع الجهة الإدارية بحق الرقابة والمتابعة خلال مراحل التنفيذ³⁷.

كما وأنه تتضمن العقود الإدارية في فرنسا بصورة عامة، تحديد مدى سلطة الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وقد يرد النص على ذلك في بعض القوانين واللوائح، ويسلم مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطات واسعة في الرقابة والإشراف والتوجيه على عقود الأشغال العامة، فيما يتعلق باختيار المواد وطرق التنفيذ³⁸.

د. أسام مشروع الشراكة بالتعقيد (طبيعة مركبة) وامتداد فترة التعاقد

عقد الشراكة من العقود طويلة الأجل وذات قيمة مالية فائقة واقتصادية كبيرة، ذلك أنها تُستخدم لتنفيذ مشروعات البنية التحتية للدولة سواء في شق الطرق أو بناء الجسور أو المستشفيات أو محطات الطاقة والمطارات، مما يستدعي خبرة خاصة وتمويل ضخم بالإضافة إلى أحدث الموارد الفنية والتكنولوجية³⁹.

والطبيعة المركبة في هذا الإطار قد تأتي من حالة المشروع المقترح تنفيذه بنظام الشراكة وخصوصاً فيما يتعلق بالمشروعات ذات التكنولوجيا العالية أو المتقدمة والتي يصعب إيجاد تطبيقات سابقة لها تمكّن من إتمام التقييم بشكل كامل، كمل قد تأتي كذلك من التنوع في العناصر المكونة للمشروع والتي تتطلب دراسات مستفيضة في نواحٍ شتى بصورة قد تحول دون الوصول إلى الإحاطة بالمشروع إجمالاً⁴⁰.

³⁷د. إلياس ناصيف، عقد الBOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص249.

³⁸المرجع السابق، ص249.

³⁹ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، مرجع سابق، ص50.

⁴⁰د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة (PPP)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007، ص128. الووقوف على الطبيعة المركبة للمشروع بشكل شرطاً موضوعياً لا يرتبط بتصور ذاتي أو شخصي للسلطة المختصة تقرر من خلاله عدم قدرتها على الوصول إلى تحديد أو تقييم المشروع المقترح، بل يجب أن تثبت الصفة المركبة للمشروع التي تحول دون الووقوف

وفيما يتعلق بمدة التنفيذ، فهي الفترة التي تُمنح للملتزم لإدارة المرفق العام واستثماره، ويعبر عنها بمدة الاستثمار، وقد تصل إلى 35 عاماً⁴¹ وفقاً لدليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، وهذه المدة هي ضرورية وأساسية في هذا النوع من العقود، لأن من شأنها إتاحة الفرصة أمام الملتزم لاسترداد ما دفعه من نفقات، فضلاً عن ابتغائه الحصول على الأرباح⁴²، وفي ذات الوقت تسمح لجهة الإدارة بتغيير إدارة المشروع أو المرفق بما يتناسب وتطور الظروف⁴³.

وقد يكون ما يطيل مدة هذه العقود طبيعتها ومحلها، باعتبار أن مشروعات البنية التحتية بصفة عامة والمرافق العامة بصفة خاصة من حيث إنشائها وإدارتها تحتاج إلى تهيئة البيئة القانونية المناسبة لمسايرة هذا الاتجاه الاقتصادي الجديد⁴⁴.

ونتفق مع ما ذهب إليه المشرع الاتحادي من أن عقود الشراكة يجب أن ألا تزيد على 35 بأى حال من الأحوال، باعتبارها فترة معقولة لتنفيذ المشروع واسترداد شركة المشروع ما تم صرفه من نفقات بالإضافة إلى تحقيق هامش الربح المتفق عليه، وذلك حتى لا تترك الجهة الحكومية (جهة الإدارة) مرفقاً من مرافقها العامة الحيوية في يد القطاع الخاص، الذي لا يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة إلا عرضاً مما قد يعرض مصالح الجمهور للخطر، فقد تكون جهة الإدارة قادرة على إدارة

على مسبقاً على جوانبه القانونية والاقتصادية والمالية بالاستناد إلى معايير موضوعية تابعة من دراسة مبرهنة لملف المشروع، انظر في ذلك كتاب عقود الشراكة للدكتور رجب محمود طاجن.
⁴¹بينما في القانون المحلي الصادر في حكومة دبي رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فمدة التعاقد بالشراكة 30 عام فقط - المادة رقم 27.

⁴²د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 256.

⁴³د. ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مجلس النشر العلمي، الكويت،

2008، ص 30.

⁴⁴د. طه محميد جاسم الحديدي، مرجع سابق، ص 58.

المرفق بنفسها، أما اشتراط مدة قد تصل إلى ما يقارب القرن من الزمن نجد فيه نوعاً من المغالاة بمصالح الأجيال القادمة وتنازل جهة الإدارة عن سلطتها في الإدارة والإشراف على المرافق العامة.

هـ. اقتسام المخاطر

المخاطر هي تلك الأحداث التي تؤدي إلى جعل الظروف الحقيقية للمشروع تختلف عن تلك المفترضة والمبنية على توقعات تكاليف المشروع⁴⁵، أما توزيع المخاطر يُقصد به مشاركة أطراف عقد الشراكة في تحمّل وإدارة المخاطر بحيث يكون كل طرف مسؤولاً عن إدارة المخاطر التي لديه خبرة في إدارتها والتعامل معها⁴⁶.

ولمّا كانت عقود الشراكة من العقود التي تستغرق زمناً طويلاً لانتهاء منها، فقد تتعرض لعدة مخاطر خلال التنفيذ لم تكن متوقعة من قبل الجهة الحكومية أو القطاع الخاص وقت التعاقد، فيتميّز أن تتفق جهة الإدارة مع المتعاقد معها على كيفية اقتسام مخاطر التوقف عن التنفيذ أو تعديل التنفيذ تلبيةً لحاجات جديدة لم تكن معروفة لدى الجهة الحكومية عند التعاقد، إذ أنه ليس من مصلحتها أن يتوقف المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ وذلك مراعاةً لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد⁴⁷.

والمبدأ الأساسي في شأن تقاسم المخاطر أنه على كل طرف من أطراف التعاقد أن يتحمل المخاطر التي يكون أكثر قدرة على إدارتها، فعلى القطاع الخاص أن يتحمل مخاطر التصميم التفصيلي للمشروع، وتكلفة الإنشاء وتجاوزات التكلفة، وتكاليف التشغيل والتمويل، وعلى الحكومة

⁴⁵د. حمدي أبو النور السيد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، 2017، ص 88، وأيضاً راجع في ذلك الدليل الإرشادي لأحكام وإجراءات الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، الصفحة 9.
⁴⁶دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص والمعتمد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 1/1 ولسنة 2017.

⁴⁷د. سمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، ص 145.

أن تتحمل المخاطر التي تخضع لسيطرتها، ومنها المخاطر السياسية والتنظيمية، أو مخاطر الطلب وسعر الصرف⁴⁸.

وثمة أنواع مختلفة من المخاطر التي تواجه أي مشروع بنية تحتية بسبب طبيعة المشروع المركبة مثلما أشرنا إليه آنفاً، سواءً بسبب التمويل أو التفاصيل التقنية أو الاتفاقيات الفرعية وإلى آخره، ومن الممكن حصر مخاطر مشاريع البنية التحتية على النحو الآتي:

1. مخاطر تقنية مثل فشل التصميم أو الأعمال الهندسية.
2. مخاطر البناء بسبب تقنيات البناء الخاطئة وارتفاع التكلفة والتأخر في أعمال البناء.
3. مخاطر التشغيل بسبب ارتفاع كلفة التشغيل والصيانة.
4. مخاطر الإيرادات على سبيل المثال: نقص حركة المرور أو فشل في استخراج الموارد.
5. المخاطر المالية الناجمة عن التحوط غير الكافي لتدفقات الإيرادات وتكاليف التمويل.
6. مخاطر القوة القاهرة، مثل الحرب والثورة أو الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات.
7. مخاطر تشريعية أو سياسية، بسبب التغييرات القانونية والسياسات الحكومية غير الداعمة أو غير المستقرة.
8. مخاطر بيئية، وهي المخاطر التي تؤدي إلى اختلال اتزان الطبيعة مثل التلوث البيئي⁴⁹.

⁴⁸د. حمدي أبو النور السيد، مرجع سابق، ص 89.

⁴⁹ Prakhar Duggal, Risk Management in PPP (Public Private Partnership) Projects, International Journal of Engineering Technology Science and Research IJESR, 2016, Page.309.
[http://www.ijetsr.com/images/short_pdf/1464712811_Yogesh_ijetsr_\(1\)_\(1\).pdf](http://www.ijetsr.com/images/short_pdf/1464712811_Yogesh_ijetsr_(1)_(1).pdf)

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص

تعد مسألة الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة⁵⁰، إذ أن هذه المسألة محل خلاف الفقه والقضاء، وتناولها العديد من الفقهاء ولكل فريق حججه وأسانيده القوية التي تدعم وجهة نظره.

لا تشكّل الطبيعة القانونية لعقود الشراكة إشكالية في النظام القانوني الفرنسي، حيث إنه اعتبرها من العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن عقود الأشغال والتوريد.

وعلى خلاف ذلك لم يحدد المشرع المصري ونظيره الإماراتي الطبيعة القانونية لعقد الشراكة بشكل صريح، فكان لزاماً على الفقه أن يقوم بهذه المهمة⁵¹.

وقبل أن نعرض لهذا الخلاف الفقهي حول التكييف القانوني أو الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، نرى أولاً أن نعرض بشكل موجز معايير التمييز بين العقد الإداري الخاضع لأحكام القانون العام ومبادئ القانون الإداري، والعقد المدني الخاضع لأحكام القانون الخاص.

ولمّا حدد المشرع الإماراتي صور عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص واعتبر نظام عقود البوت من ضمن صور المشاركة مع القطاع الخاص، فإننا سنراعي في عملية تكييف عقود الشراكة على أنها عقود البوت التي تبرمها جهة الإدارة مع القطاع الخاص.

⁵⁰ سيف باجيس فواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة خليفة بن حمد للنشر،

2017، ص 2.

⁵¹ د. حمدي أبو النور السيد، مرجع سابق، ص 81.

الفرع الأول: معيار التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني

تكمن أهمية التفرقة والتمييز بين العقد الإداري والعقد المدني في عدة نقاط، أولها: تحديد الالتزامات المترتبة على أطراف العلاقة التعاقدية، ثانيها: تحديد القانون واجب التطبيق، هل هو القانون العام أم القانون الخاص، ثالثها: تحديد القضاء المختص بالنزاعات المتعلقة بالعقد، هل هو القضاء الإداري أم القضاء المدني.

وللإجابة على هذه الاستفسارات، سنستعرض معايير التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني على نطاق كلاً من القضاء المصري والفرنسي والإماراتي على النحو التالي بيانه.

بالنسبة للقضاء المصري

لما كانت مصر من الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج والتي يوجد لديها قضاء إداري مختص بالمنازعات الإدارية، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في جلستها 14 سبتمبر 2010 الطعنان أرقام 30952 و31314 لسنة 56 القضائية - عليا (الدائرة الثالثة) إلى أنه: "وقد بات من المستقر عليه قضاء وإفتاء أن العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يعد عقوداً إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد، وقد تنزل منزلة الأفراد في تعاقدهم وتبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص، ومناطق العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام بما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررّة بمقتضى القوانين واللوائح".

ومن حيث إنه لا مرأى في أن الهيئات العامة هي من أشخاص القانون العام وأن ما تبرمه من عقود تتصل بنشاط وتسيير المرافق العامة تعد عقوداً إدارية متى أخذت فيها بأسلوب القانون العام بأن ضمنها شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص...".

وقد قضت في ذات الحكم على أنه: "ومن حيث إن الثابت من استقراء بنود العقد المشار إليه أن هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة لجأت فيه إلى أسلوب القانون العام بأن ضمنته شروطاً استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص، فقد تضمن هذا العقد في التمهيد أن تنفيذ المشروع يخضع لاعتماد الهيئة ويجري على وفق الشروط الفنية التي تضعها الهيئة، كما نص البند الخامس على أحقية الهيئة في إنقاص مساحة الأرض المخصصة للشركة حسب إمكانياتها، وأن للهيئة الحق في استرداد الأرض إدارياً بعد التنبيه على الشركة بذلك، وفي البند السادس على أن يكون للهيئة حق امتياز على جميع أموال الشركة وعلى الأرض محل العقد ضماناً لقيمة الأرض على وفق المادة 16 من القانون رقم 59 لسنة 1979 المشار إليه، وفي البند السابع على أن يحظر على الشركة استعمال الأرض محل العقد في غير الغرض المخصصة له، وفي البند التاسع على ألا يتم تسليم الأرض للشركة إلا بعد صدور قرار التخطيط والتقسيم، وفي البند الحادي عشر على حق الهيئة في المرور الدوري على المشروع للتأكد من التزام الشركة بالبرنامج الزمني المقدم منها والمعتمد من الهيئة والتأكد من مطابقة الأعمال للمواصفات والشروط البنائية والتراخيص، وأن للهيئة وقف الأعمال المخالفة وإنذار الشركة بإصلاحها خلال المهلة التي تحددها، وفي حالة عدم قيام الشركة بالإصلاح يكون للهيئة إزالة هذه الأعمال إدارياً على حساب الشركة على وفق القواعد المعمول بها بالهيئة، وفي البند الرابع والعشرين على حق الهيئة في فسخ العقد إذا أخلت الشركة

بأي من التزاماتها الناشئة عن العقد واسترداد الأرض إدارياً، مع عدم الإخلال بحق الهيئة في التعويضات ومقابل الانتفاع عن مدة بقاء الأرض في حوزة الشركة.

ومن حيث إنه يبين مما تقدم أن الشروط التي تضمنها العقد محل التداعي هي بعينها الشروط الاستثنائية غير المألوفة في روابط القانون الخاص، ومن ثم يكون قد توفر لهذا العقد ما يجعله بيقين لا يخالطه شك عقداً إدارياً، مما يعقد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به لمحاكم مجلس الدولة حسبما ذهب الحكم المطعون فيه، وليس محاكم القضاء المدني حسبما تقول به الشركة الطاعنة، الأمر الذي يكون معه النعي على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه من النعي في غير محله...".

إذاً مناط العقد الإداري بالنسبة لقضاء المحكمة الإدارية العليا⁵² هو توافر الشروط التالي ذكرها مجتمعاً في العقد المبرم مع جهة الإدارة:

- أن تكون الإدارة أحد أطرافه.
- اتصاله بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة.
- أن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام بما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

⁵²قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصل بمرفق عام، ومتضمناً شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وأنه إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها وصف العقد الإداري صار من عقود القانون الخاص" (الطعن رقم 3096 لسنة 45 ق "إدارية عليا" جلسة 19 مارس 2002).

بالنسبة للقضاء الفرنسي

ذهب القضاء الفرنسي إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد إدارية إذا ما ظهر أن أحد المتعاقدين قد تعاقد باسم الإدارة ولحسابها متى توافرت الشروط الأخرى من اتصال العقد بالمرفق العام وتضمينه شروطاً استثنائية⁵³.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بالمعيار التخييري، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى محل هذا العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وإن هذا الظرف يكفي بذاته في دمج العقد محل البحث بصفة العقد الإداري؛ وأنه يترتب على ذلك دون حاجة لبحث ما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطاً غير مألوفة في القواعد العامة⁵⁴.

وبمعنى آخر فإن الشروط الاستثنائية لا تعد عنصراً ضرورياً من عناصر العقد الإداري في النظام الفرنسي إلا في حالة عدم اتصال العقد بأحد المرافق العامة اتصالاً وثيقاً⁵⁵.

القضاء الإماراتي

بدايةً يتعين الإشارة إلى أن دولة الإمارات العربية المتحدة من الدول التي لم تأخذ بالقضاء المزدوج وإنما هي من دول القضاء الموحد، والتي لا يوجد لها محاكم مختصة بالقضاء الإداري

⁵³ عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري بين التشريعي المصري والسعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015، ص 223.

⁵⁴ وتتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين بيرتان "Epoux Bertin" إنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعاية الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيداً إلى ترحيلهم إلى بلادهم وفي تاريخ 24-11-1944 أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان "بيرتان" يلتزم هذان الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم.

أدعى الزوجان عام 1945 أن المقابل المستحق لها قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز وطلباً صرف المقابل لهذه الزيادة، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع، فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة. دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستندة أن العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً. إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع - http://www.ao-academy.org/wesima_articles/library-20060815-559.html

⁵⁵ شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016، ص 31.

كما هو الحال في كلاً من مصر وفرنسا، وإنما يختص القضاء الاتحادي بالنظر في النزاعات المتعلقة بالقرارات والعقود الإدارية من خلال دوائر إدارية.

فقد أقرت المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 152، إداري كلي أبوظبي اتحادي، مبدأً قانونياً مفاده باختصاص المحاكم الاتحادية بالنظر في المنازعات الإدارية التي تكون الجهات الاتحادية طرفاً فيها، شريطة اتصالها بالمنازعة اتصالاً مؤثراً فيه وليس مجرد اختصاص، وأن نص المادة (25) مكرر من قانون الإجراءات المدنية⁵⁶ يقرر أن المحاكم الاتحادية هي المنوط بها نظر المنازعات الإدارية التي تكون الجهات الاتحادية طرفاً فيها أي تكون الدولة أو أحد أجهزتها أو مصالحها أو هيئاتها أو مؤسساتها طرفاً في النزاع.

وقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها إلى أنه: "لما كان من المقرر وعلى ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري الحديث أن العقد الإداري يقوم على عنصرين: أحدهما ثابت وهو المعيار العضوي، بأن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وعنصر آخر متغير أو ما يُسمى بالعنصر التعاقي أو التخييري، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، أو إشراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام، فتوافر أحدهما يسبغ الصفة الإدارية على العقد وتضحى قواعده هي الواجبة التطبيق على المتعاقدين"⁵⁷.

وبذلك يكون القضاء الإماراتي سلك ذات المسلك الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي على خلاف المشرع المصري الذي لم يأخذ بالمعيار التخييري.

⁵⁶القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 بإصدار قانون الإجراءات المدنية
⁵⁷حكم المحكمة الاتحادية العليا بالطعنين 483 - 486 لسنة 2013 إداري جلسة 29 1 2014.

وفي معرض الإجابة عن هذا التساؤل، فقد اختلفت وجهات نظر الفقه والقضاء الإداريين، وبناءً على جميع ما سبق تتضح معايير متشابهة تؤكد على وجود عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، وهي:

1. أن تكون الجهة الحكومية طرفاً في العقد.
2. أن يكون موضوع العقد متصلاً بمرفق عام.
3. أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة لصالح الجهة الحكومية.

الفرع الثاني: التكييف القانوني لعقد الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص

انقسم الفقه القانوني بصدد عقد الشراكة إلى عدة آراء بصدد تحديد الإطار القانوني الذي تخضع له هذه العقود، وما إذا كانت من العقود الإدارية أم العقود المدنية، بيد أننا نلاحظ تباين الآراء الفقهية في تحديد ذلك، من خلال وجود ثلاثة اتجاهات فقهية على النحو الآتي:

1. يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن عقد الشراكة هو عقد من عقود القانون العام، وتحديداً عقد التزام مرفق عام.
2. بينما اتجه رأي آخر إلى أن عقد الشراكة هو عقد من عقود القانون الخاص، مثل عقود الاستثمار التي لا تقبل بطبيعتها شروطاً استثنائية تميز الإدارة بسلطات مثل التي تكون لها في العقود الإدارية⁵⁸.
3. ويرى اتجاه ثالث أن عقود الشراكة هي عقود ذو طبيعة خاصة.

ولكل فريق حججه التي دلت بها عن رأيه، والتي سنستعرضها بشيء من الإيجاز.

⁵⁸د. جهاد زهير ديب، عقود الامتياز، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013، ص 64.

الاتجاه الأول: عقد الشراكة يعد من قبيل العقود الإدارية

في ضوء ما استقر عليه القضاء الإداري، ولما كان العقد الإداري: "اتفاق بين طرفين أحدهما جهة الإدارة ممثلة في شخص معنوي عام، بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام ويتم إبرامه وتنفيذه بأسلوب القانون العام، من خلال تضمينه لشروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص"⁵⁹.

وبذلك وفقاً للنظام المصري فإن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا اجتمعت فيه الشروط الثلاث، وأولها أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد، ثانيها أن يتصل العقد بمرفق عام، ثالثها أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة.

فقد ذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار عقود الشراكة عقوداً إدارية بطبيعتها، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الأسانيد والحجج الآتية:

أ. اجتماع شروط العقد الإداري الثلاثة في عقود المشاركة مع القطاع الخاص، حيث إنَّ العقد أبرمه شخص من أشخاص القانون العام وهو ما يتحقق به الشرط الأول، ويتصل بنشاط مرفق عام، وأخذت فيه الإدارة بأساليب القانون العام، وهو ما يتحقق به الشرط الثاني، بالإضافة إلى ما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص⁶⁰ وهو ما يتحقق به الشرط الثالث، وتجدر الإشارة إلى أن القضاء عزّف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص على أنها تلك الشروط التعسفية التي تمثل خرق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لتفرد أحد أطراف العقد بوضع شروطه، وتتعرّف

⁵⁹د. عبدالعزيز عبدالمنعم خيفة، مرجع سابق، ص 14.

⁶⁰قد تتمثل هذه الشروط الاستثنائية في حق إعطاء الأوامر والتعليمات أثناء تنفيذ العقد، وحق توقيع الجزاءات على المتعاقد مع جهة الإدارة، وحق الفسخ دون الالتجاء إلى القضاء أو خطأ من الطرف الآخر، وحق الإدارة في تحصيل حقوق الدائنين عن طريق التنفيذ المباشر أو الجبري.

في فرضها على الطرف الآخر الذي يكون بحاجة ماسة لهذا التعاقد ما يجعله خاضعاً لهذه الشروط⁶¹، ويرى سليمان الطماوي على أنها تلك الشروط التي تستطيع الإدارة بمقتضاها أن تحمّل المتعاقد معها وبارادتها المنفردة التزامات تجعل موقف المتعاقدين غير متكافئ في العقد سواء وردت في العقد صراحة أو ضمناً ويعد إخلالاً بقاعدة المساواة بين المتعاقدين⁶².

ولا ينال من ذلك التوسع النسبي في الشروط التعاقدية التي تشمل عليها عقود البوت بقصد تشجيع الاستثمار⁶³.

بالإضافة إلى أن موضوع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام، فإنه من غير المتصور خضوع هذا النوع من العقود للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص، على اعتبار أن هذه الأحكام تقيم نوعاً من المساواة بين المصالح العامة والمصالح الفردية⁶⁴.

ب. عقد المشاركة ما هو إلا صورة حديثة من صور عقد التزام المرافق العامة، والتي عُرفت منذ زمن بعيد بدء من مشروع قناة السويس، وفي هذه الحجة يتعين بدءاً شرح ماهية عقد التزام المرفق العام، ولما كانت عقود الامتياز أو التزام المرافق العامة هي عقود إدارية يتولى الملتزم فرداً كان أم شركة بموجبه وعلى مسؤوليته إدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي مقابل رسوم

⁶¹حزمانى إيمان، الشروط الاستثنائية للعقود الإدارية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014 / 2015، ص 17.

⁶²حزمانى إيمان، الشروط الاستثنائية للعقود الإدارية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014 / 2015، ص 16.

⁶³محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 100.

⁶⁴سيف باجيس الفواعير، مرجع سابق، ص 10.

يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق، مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز⁶⁵.

وقد عرّفت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 25 مارس سنة 1956 بقولها: "...إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين⁶⁶.

ونظراً للتطابق الشديد بين عقد التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي وعقود البوت بمسماها الحديث، فإن هذا ما يؤكّد ذلك على الطبيعة الإدارية لعقود البوت.

ولأنه إذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام اعتبره أسلوباً لإدارة المرافق العامة؛ إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم، فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم -بداءة- بإنشاء المرفق وتشغيله مدة العقد، ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية⁶⁷.

الاتجاه الثاني: عقد الشراكة يعد من قبيل العقود المدنية

على خلاف ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول، فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن

عقود المشاركة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص تعد عقوداً مدنية تخضع للقضاء العادي

⁶⁵د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، سنة 1981، والمشار إليها في مؤلف د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة لعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، 2005، ص 68.

⁶⁶حكم محكمة القضاء الإداري - السنة العاشرة - ص 259 مشار إليه في مؤلف د. سليمان الطماوي ص 106.

⁶⁷د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، مرجع سابق، ص 59.

وليس الإداري، ووجه أنصار هذا الاتجاه سهام النقد تجاه الاتجاه القائل بأن عقد الشراكة يعد من قبيل العقود الإدارية، وذلك لعدم توافر شروط العقد الإداري في مثل هذه التعاقدات وخاصة ما تعلق منها بوجود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فقد جاءت هذه العقود تخلص من مثل هذه الشروط⁶⁸.

فقد ذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار عقود الشراكة عقوداً مدنية تخضع للقضاء العادي، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى الأسانيد والحجج الآتية:

أ. معظم عقود الشراكة تقوم على مبادئ القانون المدني، وتخضع لمبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين⁶⁹، كما وأن هذه العقود تقوم على أساس التساوي في الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، ولذا ليس هناك مجال للقول بالشروط الاستثنائية في هذه العقود⁷⁰.

وهذا القول مردود عليه إذ أن مجرد إشراك المتعاقد من القطاع الخاص في إدارة المرفق العامة أو تسييرها يعد أمراً استثنائياً باعتبار أن إدارة المرفق العامة هو من أخص خصائص الدولة، لذلك فإن مجرد قيام أحد أفراد القانون الخاص بإدارة أو تسيير المرفق العام يعد بذاته أمراً استثنائياً ومن باب أولى إنشاء المرفق العام⁷¹.

⁶⁸ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 100.

⁶⁹ طه محييد جاسم الحديدي، مرجع سابق، ص 86.

⁷⁰ المرجع السابق أعلاه، ص 86.

⁷¹ محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004، ص 143-142.

الطبيعة القانونية لعقد الشراكة وفقاً لرأينا

• عقد المشاركة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص عقد إداري

بتطبيق شروط العقد الإداري على عقد الشراكة بموجب دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة الاتحادي يتضح بأن الدولة متمثلة في الوزارة أو الجهة الحكومية طرفاً في التعاقد بصفتها جهة حكومية وشخص من أشخاص القانون العام، وأنها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بتسيير المرافق العامة أو تقديم الخدمات العامة وهي الغاية من التعاقد، وأنها تتضمن شروطاً استثنائية قد تصل إلى تقاسم المخاطر أو نقلها تماماً إلى شركة المشروع، وبذلك نرى وينتهي بعد استعراض الآراء الثلاثة وتمحيص أسانيدها، إلى اعتبار عقد الشراكة عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون العام ومبادئ العقد الإداري.

استناداً إلى أنه المشرع الاتحادي⁷² عرف الشراكة على أنها: "اتفاقية بين جهة حكومية وشركة خاصة لاقتسام المخاطر والفرص في العمل التجاري المشترك الذي ينطوي على تقديم الخدمات العامة".

وعرّفها المشرع المحلي لإمارة دبي⁷³ على أنها: "عقد تبرمه الجهة الحكومية مع شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي". بالإضافة إلى حكم المحكمة الاتحادية المشار إليه آنفاً أخذت بالمعيار التخييري والعقد الإداري يتوافر بوجود شرطين فقط ولا يشترط أي شروط غير مألوفة، ولما كانت فكرة عدم توافر الشروط

⁷² 1.1 التعريفات، الصفحة 8 من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص.
⁷³ المادة (2) من قانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.

الاستثنائية فإن المشرع الاتحادي مثل المشرع الفرنسي لم يشترط أن يتوافر في العقد ثلاث شروط وإنما يكفي توافر شرطين وهذا يؤكد وجهة نظرنا من أن هذه العقود هي عقود إدارية.

وعليه ولجميع ما سبق ذكره، فإنه من وجهة نظري، عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع ما هي إلا صورة من صور العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة مع شخص من أشخاص القانون الخاص.

هل عقد الشراكة يعد نوع من أنواع عقد الامتياز؟

• عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص أقرب إلى عقد التزام المرافق العامة

وإن كان الاتجاه الأغلب في الفقه إلى أن عقود المشاركة هي عقود إدارية، إلا أن أنصار هذا الرأي اختلفوا في تحديد نوع هذا العقد الإداري، هل هو عقد امتياز (التزام مرفق عام) أم عقد أشغال عامة⁷⁴، ونود الإشارة إلى أننا نميل إلى اعتبار عقد المشاركة أقرب إلى عقد التزام مرفق عام وذلك للأسباب الآتية:

• لما كان عقد الامتياز -التزام مرفق عام- هو: "عقد إداري يتولّى بمقتضاه أحد أشخاص

القانون الخاص - عادةً - فرد أو شركة - تشغيل أحد المرافق العامة الاقتصادية لمدة

محددة، على مسؤوليته وبواسطة عمّاله وأمواله، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون بالمرفق"⁷⁵.

• ولما عرّف دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص-

الاتحادي، المشاريع المشتركة على أنها: "أي مشروع عام ذو طبيعة اقتصادية يساهم فيه

⁷⁴ذهب رأي إلى اعتبار عقود البوت من عقود الأشغال العامة، على سند من القول بأن محل العقد القيام بأعمال إنشائية على نحو معيّن، وفي مدة محددة، وتحكمه جميع القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، انظر في ذلك لمؤلف الدكتور ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد البوت، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2008، ص 58 وما بعدها.

⁷⁵د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 192.

القطاع الخاص عن طريق التمويل والادارة وإحدى العمليات التالية على الأقل (الإتشاء، التشييد، التطوير، الترميم، التجهيز، الصيانة، التأهيل، والتشغيل) وبالتالي فإن أي عقد تبرمه الجهة الاتحادية ولا تتضمن العمليات الواردة هنا فإنه لا يمكن اعتباره شراكة بين القطاعين العام والخاص⁷⁶.

• ولما عرف المشرع المحلي لإمارة دبي في مادته الثانية المشار إليها آنفاً إلى أن عقد الشراكة هو عقد تبرمه الجهة الحكومية مع شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي.

يتضح بأن عقد التزام المرافق العامة وعقد المشاركة بالنسبة للمشرع الاتحادي والمحلي يلتقيان في عدة نقاط على النحو التالي بيانه:

- أولها: أن المشروع ذو طبيعة اقتصادية.
 - ثانيها: مقابل التعاقد يتمثل في صورة رسوم يدفعها المنتفعون.
- وأرى أن عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص أقرب إلى عقد التزام المرفق العام، إلا أن هذا لا يعني بأن أصل عقد الشراكة عقد التزام المرافق العامة، فقد تكون لعقد الشراكة طبيعته الخاصة به، ذلك أنه وإن كان المشرع الاتحادي قد أشار في تعريفه للمشاريع المشتركة على أنها أي مشروع عام ذو طبيعة اقتصادية، إلا أنه لم يقيّد في تعريفه الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص بطبيعة المشروع، وإنما نص على أن الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي: "اتفاقية بين جهة حكومية وشركة خاصة لاقتسام المخاطر والفرص في العمل

⁷⁶ 2.2 تعريف المشاريع المشتركة وخصائصها، الصفحة 19 من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

التجاري المشترك الذي ينطوي على تقديم الخدمات العامة"، دون تحديد طبيعة المرفق، بالإضافة إلى أن المشرع الاتحادي قد استثنى عقود الامتياز من خضوعها لأحكام الدليل، وهذا ما يؤكد اتجاه المشرع الاتحادي إلى اعتبار عقود الشراكة هي عقود خاصة بطبيعتها، وبعبارة أخرى لا يمكن إرجائها إلى عقود الامتياز.

على الرغم من أن عقود الشراكة أقرب إلى أن تكون عقود امتياز، إلا أن المشرع الاتحادي لم يذهب بذات الاتجاه، وإنما استثنىها من الخضوع لأحكام دليل إجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بأطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في الأول تحديد أطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، وسنتعرض في الثاني أسس وضوابط اختيار الشريك.

المطلب الأول: تحديد أطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

يُبرم عقد الشراكة بين إحدى الجهات الإدارية وشركة المشروع، فالجهة الإدارية المقصود بها الجهة الحكومية سواءً كانت وزارة من وزارات الدولة أو إحدى الجهات الحكومية المستقلة مثل الأجهزة والهيئات.

وبالإطلاع على التشريعات المقارنة، يتضح بأن كلاً منها أورد ضوابط شكلية متعلقة بتحديد أطراف هذا التعاقد، وعليه سنبيّن في مطلبنا هذا أطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

1. الجهة الإدارية

هي الجهة التي تقوم بإبرام عقد من عقود الشراكة عادةً ما تكون هي المعنية أصلاً بتنظيم المرفق العام وتقديم الخدمات العامة للجمهور، ويتعين دائماً الرجوع إلى القانون الخاص بإنشاء هذه الجهة للتأكد من السند التشريعي أو اختصاصها في إبرام هذا النوع من التعاقدات، وتعد مسألة تحديد الاختصاص وتحديد ممثل الجهة الإدارية الذي يملك صلاحية إبرام التعاقد من المسائل المهمة جداً للمستثمر لما له من تبعات مثل ضمان صحة العقد المبرم⁷⁷.

2. شركة المشروع أو المستثمر

وهي الطرف الثاني في عقد المشاركة، وهو شخص من أشخاص القانون الخاص الغالب أن يكون شركة نظراً لضخامة الاستثمارات في هذا المجال، والغالب أيضاً أن يكون المستثمر أجنبياً كما هي الحال في معظم الدول النامية ومن بينها مصر، ولكن قد يكون المستثمر وطنياً كما هي الحال في الكويت التي تتمتع بوفرة مالية⁷⁸.

وهي الشركة التي تتولى عملية بناء وتمويل وتشغيل المرفق طوال فترة التعاقد⁷⁹.

وسنستعرض هذه الأطراف بالرجوع إلى التشريعات المقارنة.

⁷⁷د. ياسر أحمد الصيرفي، مرجع سابق، ص 20-21-22.

⁷⁸المرجع السابق، ص 25.

⁷⁹محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 63.

أطراف عقد الشراكة وفق القانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة

من ضمن العناصر والمقومات التي حددها المشرع المصري لعقد الشراكة، أطراف العقد، وهذا يرجع بنا إلى أطراف أي عقد إداري كون جهة الإدارة طرف أساسي في هذا التعاقد، إذ أن القاعدة العامة أن العقود الإدارية ومن ظاهر التسمية توجب أن تكون الإدارة أحد أطراف العلاقة القانونية، وعليه فإن العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً⁸⁰.

ولما كان من ضمن الشروط غير المألوفة للعقد الإداري أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد، إذ هي العنصر الأساسي في تحديد العقود الإدارية، وإذ رفض القضاء الإداري اعتبار العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص عقوداً إدارية حتى ولو تدخلت الإدارة في اقتراح أو فرض بعض شروط العقد أو دفع الأفراد للتعاقد، وهذا الشرط من ضمن المبادئ التي استقرت عليها أحكام القضاء الإداري لدى كلاً من مصر وفرنسا⁸¹.

فقد حدّد المشرع المصري أطراف عقد الشراكة بنصه في المادة الثانية من القانون المشار إليه أعلاه على أنه للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق...، إذ أن عقد الشراكة وفق المشرع المصري هو عقد يتم إبرامه بين الجهات الإدارية وهي أشخاص القانون العام، الوزارات والهيئات العامة، الخدمية والاقتصادية، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديددها قرار من مجلس الوزراء⁸²، وشركة المشروع والتي عرّفها

⁸⁰م. لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديبالي، العدد الثالث والخمسون، 2011، لا يوجد رقم صفحة.

<https://humanmag.uodiyala.edu.iq/uploads/pdf/aadad/2012/a53/14.pdf>

⁸¹مقومات العقد الإداري وصوره، konouz.com

⁸²المادة الأولى من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

أيضاً في ذات القانون على أنها الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة⁸³، ويتعين أن تتوافر فيها عدة شروط حددها المشرع المصري في المادة (33) والتي تنص على أنه: "على صاحب العطاء الفائز تأسيس شركة، تسمى شركة المشروع غرضها الوحيد تنفيذ المشروع المعلن عنه، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط الواجب توافرها في شركة المشروع، ..."⁸⁴.

وبإنعام النظر في تعريف المشرع المصري لشركة المشروع، يتضح بأنه صرح على أنها الشركة المساهمة المصرية، مما يستدعي بيان نوع أو الشكل القانوني لشركة المشروع، ويحدّد اختيار الشكل القانوني للشركة اعتبارات مختلفة بعضها يتصل بالنظام القانوني للدولة المضيفة ذاتها، أو الاعتبارات الضريبية.

وعلى ذلك يحكم أحياناً اختيار شكل شركة المشروع اعتبارات تمويلية في كيفية تمويل نشاطها فاختيار شكل شركة المساهمة في ظل القانون المصري، وهي الشركات المتاح لها إصدار أوراق مالية، يسمح لها اللجوء إلى مصادر تمويلية من سوق المال عن طريق إصدار أسهم جديدة في سوق المال أو عن طريق إصدار سندات تمكّن الاقتراض من الجمهور، وهذا الأمر غير متاح بالنسبة للمؤسسات الفردية أو شركات الأشخاص كالتضامن والتوصية البسيطة وكذلك الشركة ذات المسؤولية المحدودة⁸⁵.

⁸³ هذا التعريف يثير التساؤل حول ما إذا كان إنشاء شركة المشروع ينبغي أن تكون شركة مساهمة بصفة إلزامية أو حصرية لتنفيذ عقد الشراكة بين القطاعين لدى المشرع المصري.

⁸⁴ المادة (33) من القانون رقم (67) لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

⁸⁵ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 67-68.

بالإضافة إلى الشروط الواردة في المادة (84) من اللائحة التنفيذية للقانون⁸⁶، والتي تنص على

أنه: " على صاحب العطاء الفائز تأسيس شركة، تسمى شركة المشروع طبقاً للشروط الآتية:

- أ. أن تتخذ شكل شركة مساهمة مصرية وفقاً لأحكام القانون المصري.
- ب. أن يكون غرضها الوحيد تنفيذ المشروع محل التعاقد وفقاً للضوابط والشروط والأحكام الواردة في كراسة الشروط والمواصفات والقانون وهذه اللائحة.
- ج. ألا يتعارض عقد تأسيس شركة المشروع أو نظامها الأساسي مع أحكام عقد المشاركة المبرم معها والاتفاقات الملحقة به.
- د. ألا تقل مدة شركة المشروع عن المدة اللازمة لتنفيذ عقد المشاركة وذلك على النحو المبين في كراسة الشروط.
- هـ. ألا تخل نسب المساهمين في شركة المشروع بأي من شروط التأهيل المسبق أو شروط عقد المشاركة.
- و. أن يكون مؤسسو الشركة وأعضاء مجلس إدارتها من المشهود لهم بحسن السير والسمعة، وألا تكون قد صدرت ضد أحدهم أحكام مخلة بالشرف أو الأمانة أو سبق صدور حكم ضده بالإفلاس".

إذاً يتضح من التعريفات أعلاه أن المشرع المصري اعتبر أطراف عقد الشراكة بين القطاعين:

- الجهات الإدارية.
- شركة المشروع.

⁸⁶المادة (84) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

وبذلك فإنه يشترط في عقود المشاركة أن يكون أحد طرفيها جهة إدارية التي تتمثل في الوزارات والهيئات العامة سواء الخدمية أو الاقتصادية، أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديددها قرار من رئيس مجلس الوزراء، بالإضافة إلى طرف آخر وهو شخص من أشخاص القانون الخاص ممن يطلق عليه باسم "شركة المشروع" على أن تكون شركة مساهمة وطنية، وبالتالي فإنه يصح أن يكون الشريك الخاص فرداً أو شركة، مصري أو أجنبي أو برأسمال مشترك، كما أنه من الممكن أن يكون مجموعة من الشركات عطاء مشترك فيما بينهم فيما يُعرف بكونسوريتوم⁸⁷ الشركات.

وقد كان مشروع القانون المقدم من الحكومة والذي وافق عليه مجلس الشورى ينص بالإضافة إلى ذلك "الأجهزة ذات الموازنة الخاصة، غير أن اللجنة المشتركة من لجنتي الخطة والموازنة والشؤون الاقتصادية رأت حذف هذه العبارة، لأنه لم يرد هذا المسمى في القانون رقم 53 لسنة 1973 بشأن الموازنة العامة للدولة؛ فقط نصت المادة (3) من قانون الموازنة العامة على الآتي: "ولا تشمل الموازنة العامة للدولة موازنات الهيئات العامة الاقتصادية وصناديق التمويل ذات الطابع الاقتصادي التي يصدر بتحديددها قرار من رئيس مجلس الوزراء، ويعد بشأنها موازنات مستقلة تقدم من وزير المالية إلى مجلس الوزراء لإحالتها إلى مجلس الشعب لاعتمادها...، كما تنص المادة (20) من هذا القانون على أنه: "يجوز بقرار من رئيس الجمهورية إنشاء صناديق تخصص فيها موارد معينة لاستخدامات محددة، ويعد للصندوق موازنة خاصة به طبقاً للقواعد والأحكام

⁸⁷ هو اتفاق يبرم بين عدة أطراف محلية أو أجنبية، يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين، لمدة محددة، من أجل تحقيق الربح، من دون أن ينشأ من هذا العقد كيان ذاتي أو شخصية قانونية مستقلة، فبموجب هذا الاتفاق يتم تجميع الشركاء في كيان غير مستقل عن مكوناته، الذين يحتفظون بشخصياتهم المستقلة، إذ ينشأ الكونسورتيوم بموجب اتفاق متعدد الأطراف يحدد أطراف المشروع ويضع خطط تنفيذه، ويقدم له الأموال والتكنولوجيا، ويعين كيفية التعاون بين الأطراف لتوفير ذلك. أي إن تأسيس الائتلاف يكون في سبيل التعاون المشترك بين الأطراف المختلفة ذات النشاط المتكامل أحياناً، والمتشابه أحياناً أخرى. وإضافة إلى ذلك فإن تشكيل الائتلاف يتم لغاية جوهرية تتمثل في الرغبة في تقاسم مخاطر الاستثمار عند تنفيذ مشروع معين، إضافة إلى الحد من المنافسة بين أطراف الائتلاف في الأسواق الخارجية والداخلية، راجع في ذلك د. حمادة عيد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص 66.

المنصوص عليها في هذا القانون، ويسري بشأنها فيما يتعلق بتنفيذ أحكام هذا القانون القواعد الخاصة بالمؤسسات العامة"⁸⁸.

أطراف عقد الشراكة وفق لائحة المشتريات وإدارة المخازن لدى الحكومة الاتحادية ودليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص

ترجع بنا إلى أطراف أي عقد إداري، حدد المشرع الاتحادي أطراف عقد الشراكة بنصه في المادة (48) من لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية المشار إليها أعلاه، على أنه: "تهدف عقود الشراكة بين الجهة الاتحادية والقطاع الخاص...".

وبذلك فقد حدّد المشرع الاتحادي في المادة أطراف عقد الشراكة بأنها بين الجهة الاتحادية والقطاع الخاص، وقد عرّف المشرع الاتحادي الجهات الاتحادية في لائحة المشتريات وإدارة المخازن⁸⁹، على أنها: "1. الوزارات والأجهزة الحكومية الاتحادية التي تسري عليها أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم (8) لسنة 2011، بشأن قواعد إعداد الميزانية العامة والحساب الختامي.

2. الجهات الاتحادية المستقلة التي تسري عليها أحكام قرار مجلس الوزراء رقم (9) لسنة 2014، بشأن لائحة السياسات المالية والمحاسبية الموحدة للجهات الاتحادية المستقلة."

وبالإطلاع على التشريعات الاتحادية النافذة لم يتّضح وجود تعريف خاص بالقطاع الخاص في الدولة، إلا أنه بالرجوع إلى دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة يتضح بأنه عرّف الجهات الاتحادية دون تعريف القطاع الخاص، ويتبيّن أنه عوضاً عن ذلك عرّف الشراكة بين القطاعين العام والخاص⁹⁰ على أنه: "الشراكة بين القطاعين العام والخاص هي اتفاقية بين جهة حكومية وشركة

⁸⁸د. حسن عبدالله حسن، مرجع سابق، ص 65.

⁸⁹قرار مجلس الوزراء رقم (23) لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، المشار إليها سابقاً.
⁹⁰يتضح من الدليل المشار إليه أعلاه، أن المشرع الاتحادي استخدم في الدليل مصطلح مشاريع الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، بينما في التعريفات فقد استخدم لفظ مغاير لذلك وهو الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وكان من الأجدى أن يتم توحيد

خاصة لاقتسام المخاطر والفرص في العمل التجاري المشترك الذي ينطوي على تقديم الخدمات العامة..."، وعلى عكس المشرع المصري، لم يعرف المشرع الاتحادي المصطلحات التي أشار إليها في كلاً من لائحة المشتريات وإدارة المخازن، والدليل الإرشادي لأحكام وإجراءات عقود الشراكة، فهل المقصود بالقطاع الخاص "شركة خاصة" مثلما أشار إليه في تعريف الشراكة بين القطاعين، وهو المصطلح المعرف في القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية في مادته الثامنة، والتي تنص على أنه: "1. الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يشارك كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف تحقيق الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل، واقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

1. يشمل المشروع الاقتصادي في حكم البند (1) من هذه المادة كل نشاط تجاري أو مالي أو صناعي أو زراعي أو عقاري، أو غير ذلك من أوجه النشاط الاقتصادي.
2. استثناء من البند (1) من هذه المادة يجوز أن تؤسس الشركة أو أن تكون مملوكة من شخص واحد وفقاً لأحكام هذا القانون".

مع العلم بأن المشرع الاتحادي في الدليل المشار إليه آنفاً، في البند رقم (4.6) أشار إلى أن القطاع الخاص: يمثله الشريك الفائز بالمشروع والذي قد يكون شركة أو تحالف من عدة شركات يعهد إليه بتنفيذ المشروع وفقاً لبنود وأحكام العقد الموقع مع الجهة الاتحادية والشروط والمواصفات المعتمدة في كراسة الشروط".

إذاً يتضح من التعريف أعلاه أن المشرع الاتحادي اعتبر أطراف عقد الشراكة بين:

المصطلحات المستخدمة في الدليل وفق النسق التشريعي المعتمد في الدولة، على نحو يبعد أي غموض أو لبس في التفسير وعلى النحو الذي يراعي شكل ونظام الدولة، وليس أي نظام مطبق في دولة أخرى.

- الجهات الاتحادية.
- القطاع الخاص.

ولم يحدُ المشرع الاتحادي حذو نظيره المصري في تعريف شركة المشروع، أو تحديد شكلها القانوني، وتحديد الشروط التي تحكمها، والتي أوردها في قانون تنظيم الشراكة المصري⁹¹ ولائحته التنفيذية⁹².

أطراف عقد الشراكة وفق القانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي

بمراجعة القانون المحلي ودليل دائرة المالية المشار إليه آنفاً، تم تحديد أطراف العقد على أنهم الجهة الحكومية وشركة المشروع، إذاً طرف من أطراف التعاقد لابد وأن يكون جهة حكومية والطرف الآخر شكل من أشكال القطاع الخاص ويشمل المؤسسات الخاصة والشركات: "شركة المشروع"، ولم يتم تحديد عدد هذه الأشكال إذ قد تعهد الحكومة إلى شركة مشروع وحيدة لتولي تنفيذ مهام المشروع، أو قد تولي بذلك إلى عدد مختلف من الشركاء⁹³.

المطلب الثاني: أسس وضوابط اختيار الشريك

عندما تقوم الإدارة باختيار المتعاقد معها بنظام الشراكة مع القطاع الخاص، فإن الهدف الذي تسعى إليه هو تمكينها من اختيار أفضل العروض الفنية والمالية⁹⁴، وتُحاط عملية إبرام العقود بأسس لابد من مراعاتها، كما وأنه تتعدّد الوسائل والطرق التي يتم من خلالها اختيار

⁹¹المادة (33) من القانون رقم (67) لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

⁹²المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، والصادرة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011.

⁹³دليل الشراكة بين القطاع العام (الحكومة) والقطاع الخاص - دائرة المالية - أبريل 2010 - ص 4.

⁹⁴د. سعيد حسين علي، المرجع السابق، ص 186.

المتعاقد، حيث إن التشريعات والقوانين قد نصت على مجموعة منها، منها المناقصات المفتوحة والمناقصات المحدودة كذلك الممارسة والاتفاق المباشر⁹⁵.

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الأول أسس اختيار الشريك، وسنستعرض في الثاني ضوابط اختياره.

أولاً: أسس اختيار الشريك

المقصود منها المبادئ الأساسية التي تحكم عقد الشراكة، قد يُنص على بعضٍ منها في الوثيقة العقدية، والبعض الآخر مُفترض يسبق صياغة الوثيقة العقدية كالتقييم الأولي للمشروع، وتتمثل هذه الأسس في خضوع عقود الشراكة لأربعة أسس وهي: العلانية والشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين.

يُقصد بمبدأ العلانية والشفافية اختيار المتعاقد الشريك على قدر من الوضوح وعدم السرية، وأن تُصبح كافة الإجراءات معلومة للكافة، وتتحقق العلانية بالإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم، وحينئذٍ لا تكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة⁹⁶، إذ يلزم معرفة الكافة بأن الدولة سوف تبيع أو توجّر أو تقوم بشغل عام، ويكون ذلك من خلال الإعلان عنه في الصحف⁹⁷.

ويُعد كذلك مبدأ حرية المنافسة من المبادئ الأساسية التي يتوقّف عليها نجاح عقود الشراكة، ويؤدّي إلى غياب الاحتكار، باعتبار أن هذه المنافسة تمكّن الإدارة من استخدام المال العام

⁹⁵د. جهاد زهير ديب، مرجع سابق، ص 114.

⁹⁶د. حماده عبدالرازق، مرجع سابق، ص 109-110.

⁹⁷د. محمد قدرى حسن، العقود الإدارية، مكتبة الأفق المشرقة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2016، ص 103.

استخداماً رشيداً وعقلانياً، لما تمنحه من تتوّع في العروض⁹⁸، وتعني حرية المنافسة: حرية دخول المناقصة أو المزايدة التي تُعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يُقررها القانون، وأنه لكل المقاولين أو الموردّين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه الحق في أن يتقدموا بعبءاتهم بقصد التعاقد مع جهة الإدارة وفق الشروط التي تضعها⁹⁹.

ووجود منافسة حرّة وحقيقية بين المتقدمين لمشروع الشراكة من شأنه أن يؤدي إلى استبعاد الشريك غير الكفاء وخروجه من المنافسة، وبالتالي حصول أفضل المستثمرين أو الشركات على الأولوية في تنفيذ هذا المشروع¹⁰⁰.

وهذا المبدأ يعني وقوف الإدارة موقفاً حيادياً نحو المتنافسين، فهي ليست حرّة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها¹⁰¹.

يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعبءاتهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيرهم¹⁰²، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين¹⁰³.

كذلك يعد من المبادئ الأساسية لاختيار الشريك في عقود الشراكة، مبدأ المساواة بين المتنافسين وتكافؤ الفرص، حيث يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعبءاتهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من

⁹⁸بو زيد بن محمود، تقرير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد: 06، السنة 2018، ص 193.

⁹⁹د. محمد قدرى حسن، مرجع سابق، ص 101.

¹⁰⁰مرجع سابق، د. حماده عبدالرازق، ص 107.

¹⁰¹د. محمد قدرى حسن، المرجع السابق، ص 102.

¹⁰²عبدالعزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري بين التشريعي المصري والسعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، ص 244.

¹⁰³بن شعبان عبدالرازق، طرق اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة محمد بو ضياف، الجزائر، 2014، ص 44.

أحدهم ما لا تطلبه من غيرهم¹⁰⁴، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين¹⁰⁵.

ولا يخل بمبدأ المساواة بين المتنافسين استبعاد بعض أصحاب العطاءات لأسباب وقائية، كمن يقدم عرضه ناقصاً أو يقدمه أثناء فتح العروض، بل أن هذا الاستبعاد يكون تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد¹⁰⁶.

والالتزام بهذه المبادئ يجذب المستثمرين وينال ثقتهم، الأمر الذي استلزمه المشرع الاتحادي في لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية¹⁰⁷، والذي ينص في تعريفه للتأهيل المسبق على أنه: "الإجراءات الفنية والإدارية والقانونية التي يتم بموجبها فتح باب المنافسة عن طريق الإعلان عبر وسائل الإعلام المناسبة لجميع الراغبين في التقدم بالوثائق والبيانات التي تثبت مدى أهليتهم وقدرتهم الفنية والمالية لتنفيذ العمل المطلوب أو تقديم الخدمات الاستشارية بغرض التثبيت من مدى أهلية وكفاءة المورد وقدرته على الوفاء بالتزاماته التعاقدية مع الجهة الاتحادية".

وتنص اللائحة في المادة (5) منها على أنه من ضمن التزامات الجهة الاتحادية: "...، 2. مراعاة أعلى درجات الشفافية عند إدارة عمليات الشراء، من خلال الاحتفاظ بأعلى مستويات النزاهة المهنية وفق إجراءات تنافسية مفتوحة.

3. مراعاة التطوير المستمر والتغيرات المطلوبة وفقاً للأحكام والإجراءات المشار إليها في هذا القرار.

¹⁰⁴ عبد العزيز بن محمد الصغير، مرجع سابق، ص 244.

¹⁰⁵ بن شعيبان عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 44.

¹⁰⁶ المرجع السابق أعلاه، ص 43.

¹⁰⁷ قرار مجلس الوزراء رقم 4 لسنة 2019 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، مادة التعريفات.

4. العمل على استقطاب الموردين المؤهلين بما يوفر بيئة تنافسية مؤهلة.

5. التعامل مع المتنافسين بإنصاف وعدم الانحياز لأي منهم، وتجنب أي إجراءات تحول دون

التطبيق الفعال لمبادئ المساواة...".

وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع المحلي لإمارة دبي، إذ ينص في المادة (14) من قانون تنظيم

الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي¹⁰⁸، على أنه: " تخضع عملية اختيار الشريك

في المشروع، لمبادئ العلانية، والشفافية، وحرية المنافسة، ...".

بالإضافة إلى أن المشرع المصري، أقر هذه المبادئ في مادته رقم (19) من القانون رقم 67

لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية

والخدمات والمرافق العامة، والتي تنص على أنه: "يخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية

والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة، وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في هذا القانون

ولاتحتة التنفيذية...".

ثانياً: ضوابط اختيار الشريك

تهدف جهة الإدارة أو الحكومة من خلال البحث عن ضوابط اختيار المتعاقد للحصول

على أكبر قدر ممكن من الفائدة، أو تحقيق الهدف من التعاقد بأقل التكاليف التي ستتكبدها ميزانية

الدولة وبأعلى جودة ممكنة.

ونظراً لأهمية عقود الشراكة فإنه من اللازم أن تتبع الإدارة مجموعة من الإجراءات الضرورية

لاختيار الشريك أو المتعاقد الذي سيقوم بإنشاء المشروع وتشغيله¹⁰⁹، وقد يحدّد المشرع إجراءات

¹⁰⁸القانون رقم 22 لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.

¹⁰⁹د. طه محييد جاسم، مرجع سابق، ص 117.

أو طرق معيّنة أو أساليب معيّنة تختار جهة الإدارة بها المتعاقد أو الشريك معها، مثل تحديد المشروع وإعداد كراسة الشروط والمواصفات ومن ثم الدعوة للتنافس، وذلك حتى الانتهاء إلى إبرام العقد.

وفي هذا الفرع سأقوم بطرح القيود الواردة على التعاقد بالشراكة بالنسبة لاختيار الشريك المتعاقد في شكل أربع مراحل.

المرحلة الأولى: إعداد ملف المشروع والإعلان عنه

أ. إعداد ملف المشروع

لما كانت عقود الشراكة متعلقة بمشروعات البنية التحتية والمرافق العامة مثل محطات إنتاج وتوزيع المياه وبناء المطارات، كان لزاماً على الإدارة أن تعد ملفاً للمشروع أو كراسة شروط المشروع، والتي تتضمن في الغالب وصف للمشروع ومتطلباته بالإضافة لشروطه الفنية¹¹⁰، فقد تتضمن كراسة الشروط مسودة عقد الشراكة ومعطيات المشروع وإجراءات تقديم العرض وعناصر المشروع المالية والفنية والإدارية¹¹¹ وشروط مخرجات العقد.

ب. الإعلان عن المشروع

بعد إعداد ملف المشروع شاملاً كافة عناصره، يتم الإعلان عن المشروع، والمقصود من ذلك قيام الإدارة بدعوة كافة المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لتنفيذ المشروع، وبيان كافة الشروط التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض للإدارة، وهذا الإعلان ليس إلا دعوة للتعاقد¹¹².

¹¹⁰د. طه المحيميد جاسم، مرجع سابق، ص 133.

¹¹¹وهو ما ذهب إليه المشرع الاتحادي في الدليل الإرشادي لإجراءات وأحكام عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

¹¹²د. طه المحيميد جاسم، مرجع سابق، ص 134.

فهي تُعلن عن رغبتها في التعاقد وبيان شروطها ومواصفات أصناف المواد أو الأعمال المراد التعاقد عليها بصورة وافية حتى يتسنى لذوي الشأن على أساسها التقدم بطلباتهم للتعاقد مع الإدارة¹¹³.

اتجه المشرع الاتحادي إلى أن تقوم لجنة المشروع¹¹⁴، يعاونها المكتب الفني والاستشاريون، بإعداد كراسة شروط يتضمن مسودة عقد الشراكة ومعطيات المشروع وإجراءات تقديم العرض وعناصر المشروع المالية والفنية والإدارية، حيث أنه أشار إلى أن تشكل كراسة الشروط أساس عملية اختيار الشريك الخاص، فهو يرسى القواعد التي تركز عليها عملية الترسية ولذلك يتوجب أن يبين المعطيات الأساسية للمشروع وعناصره التقنية والمالية والإدارية وطريقة تقديم العروض وأسس تقييمها ومسودة عن عقد الشراكة المزمع توقيعه.

وينص على أن يعد فريق العمل كراسة شروط خاصة بكل مشروع وهو يتألف من جزئين:

يتضمن الجزء الأول ثلاثة أقسام وفقاً لما يلي:

القسم الأول: معطيات المشروع تتضمن:

- مكونات المشروع وعناصره كافة.
- الإطار التقني والقانوني للمشروع.
- مواصفات الخدمات المتوخاة من المشروع.

¹¹³د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 73.

¹¹⁴هي عبارة عن هي عبارة عن لجنة تشكل بقرار من الوزير/ رئيس مجلس الإدارة المعني لتولي إدارة عملية ترسية المشروع برئاسة وكيل / مدير عام الجهة المعنية بالمشروع وتضم ممثلاً عن المكتب الفني ويناط بها عدة اختصاصات من ضمنها: إعداد الدراسات الأولية التي تتناول الجوانب الفنية والاقتصادية والقانونية والتمويلية للمشروع المشترك، وإطلاق إجراءات اختيار الشريك الخاص عبر الإعلان عن دعوة عامة لمن يود ان يترشح للفوز بالمشروع المشترك.

القسم الثاني: إجراءات تقديم العروض ومنها:

- إجراءات زيارة موقع المشروع.
- إجراءات دخول غرفة المعلومات الالكترونية (Virtual Data Room).
- شروط وكيفية تقديم العروض والمستندات المطلوبة.
- نماذج العروض الفنية والمالية والتسعيرية.
- أصول وطرق التقييم.
- إجراءات إعلان صاحب العرض الفائز.
- المهل الزمنية المحددة لكل مرحلة.

القسم الثالث: عناصر المشروع المالية والتقنية والادارية ومنها:

- تأسيس شركة المشروع وملكية اسهمها.
- هيكلية التمويل.
- الحد الأدنى من المتطلبات على الصعيد الفني والمالي.

يتألف الجزء الثاني من مسودة عقد الشراكة ومرفقاته.

ويرتكز إعداد كراسة الشروط على مصادر مختلفة للمعلومات باختلاف أقسامه وأجزائه: فالقسم الأول المتعلق بمعطيات المشروع يعتمد على نتائج دراسة العناية الواجبة التي يكون الفريق الاستشاري قد قام بها خلال مرحلة دراسة المشروع وتصميمه. والقسم الثاني يفصل الإجراءات والتعليمات اللوجستية العائدة لتقديم العروض وطرق تقييمها وهو قسم نموذجي لا يختلف من

مشروع الى آخر من حيث الجوهر بل من حيث المهل الزمنية وعناصر تقييم العروض والأوزان الخاصة بها: أما القسم الثالث والمتعلق بتصميم المشروع وهيكلته من الناحية المالية والفنية والادارية وتحديد الحد الأدنى من المتطلبات والجزء الثاني من كراسة الشروط المكون من مسودة عقد الشراكة، فهما خاصين بكل مشروع مشترك على حدة ويرتكزان بشكل أساسي على نتائج الحوار الذي تكون لجنة المشروع قد قامت به مع المشاركين الذين تم تأهيلهم.

تقوم بعدها لجنة المشروع بإبلاغ المرشحين المؤهلين بكراسة الشروط بأي وسيلة تراها لجنة المشروع مناسبة ليقوم هؤلاء بإعداد عروضهم الفنية والمالية وفقاً للقواعد والأصول المحددة في كراسة الشروط¹¹⁵.

وكذلك هو الحال بالنسبة لمشروع إمارة دبي فقد اتجه ذات الاتجاه وما يؤكد ذلك القانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، إذ تنص المادة رقم (17) منه على أنه: "يجب أن يتضمن إعلان الدعوة إلى تقديم العطاء للشراكة كافة التفاصيل المتعلقة بالمشروع، ومن بينها متطلبات الشراكة من النواحي المالية والإدارية والفنية، ونوع المشروع وأسلوب الشراكة، وشروط الاشتراك في العطاء والتأمينات المالية المطلوب تقديمها من شركة المشروع في الأحوال التي تستدعي ذلك والشروط والإجراءات والحالات التي يجوز فيها مصادرة تلك التأمينات والضمانات وردها".

وينص القانون كذلك في مادته رقم (18) على أنه: "تعد الجهة الحكومية، دفتر شروط ومواصفات المشروع محل عقد الشراكة، على أن يتضمن هذا الدفتر ما يلي:

¹¹⁵راجع في ذلك دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

- 1- المعلومات المتعلقة بالمشروع، وبالقدر اللازم لإعداد العروض وتقديمها.
- 2- مواصفات المشروع والشروط الفنية والمالية الواجب توفرها في العروض المقدمة بشأنه.
- 3- مواصفات المنتج النهائي، ومستوى الخدمة المطلوبة شاملة مؤشرات الأداء ومعايير السلامة والأمن وحماية البيئة وغيرها.
- 4- الشروط الرئيسية والتكميلية لعقد الشراكة.
- 5- المستندات والنماذج والمواعيد المتعلقة بالشراكة.
- 6- قيمة التأمين الابتدائي وطريقة حساب التأمين النهائي.
- 7- تحديد طرق وأسس المفاضلة بين العروض المقدمة.
- 8- الموعد النهائي لاستلام العروض".

المرحلة الثانية: تلقي العروض المبدئية وطلب التأهيل المسبق

بعد الإعلان عن المشروع في الصحف ووسائل الإعلان، تأتي المرحلة التالية وهي تلقي العروض وقد تكون عروضاً مبدئية، وهي التي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقاً للمواصفات المطروحة في كراسة الشروط أو ملف المشروع¹¹⁶، فيتقدم كل مرشح للتعاقد إلى الإدارة في الميعاد المحدد بعرض في مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي¹¹⁷.

¹¹⁶د. محمد قدري حسن، مرجع سابق، ص 110.

¹¹⁷علي حمزة عباس، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، 2016، ص 47.

وتعمل الجهة الحكومية للوصول إلى صاحب العطاء الأفضل على اتباع ما يسمّى بالتأهيل المسبق أو توصيف أو تصنيف العروض بمعنى استبعاد العروض المقدمة من المشروعات التي لا تتمتع بالمقدرة الفنية أو المالية أو التكنولوجية اللازمة لتنفيذ المشروع¹¹⁸.

يُقصد بالتأهيل المسبق التقييم أو الإثبات المسبق لأهلية المستثمر أو مدى قدرته وكفاءته المهنية على تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة في جميع مراحلها، حتى تتمكن جهة الإدارة من أن تستبعد العناصر غير الجادة أو التي لا تتفق كفاءتها الفنية والقانونية والمالية مع طبيعة المشروع المعروض¹¹⁹.

فالتأهيل المسبق إذاً عملية قانونية وإدارية تجريها الإدارة المعنية أو السلطة التي ترغب في التعاقد بغية الوقوف على حقيقة المستثمر الذي يرغب في التعاقد معها، والتأكد من صلاحيته أو أهليته القانونية والمالية والتنظيمية لتحقيق مقصود التعاقد¹²⁰.

بالنسبة للمشرع الاتحادي¹²¹ تقوم لجنة المشروع المعنية بدراسة طلبات إبداء الرغبة المقدّمة من القطاع الخاص، وبناءً على هذه الدراسة يتم تحديد مدى جدوى اتخاذ الإجراءات اللازمة للدعوة للتأهيل المسبق للراغبين في المنافسة على تنفيذ المشروع من عدمه.

وبعد الحصول على نتيجة إيجابية أو مشجّعة من التقييم الخاص بردود إبداء الاهتمام المستلمة من المستثمرين المحتملين من القطاع الخاص، تبدأ مرحلة التأهيل المسبق، وهي مرحلة تهدف إلى جعل عملية طرح المشروع أكثر كفاءة لكلا الجانبين عن طريق التأكد من مشاركة المرشحين

¹¹⁸د. طه المحميد جاسم، مرجع سابق، ص 135.

¹¹⁹د. علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 725.

¹²⁰د. منى رمضان بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان – كلية الحقوق، 2012، الصفحة 360.

¹²¹دليل إجراءات وأحكام عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

المناسبين فقط في تقديم العروض النهائية، على أن تكون شروط التأهيل منطقية وفعالة وألا تتشئ قيوداً غير مبررة تقلل من حدة المنافسة علماً أنه من الأفضل ألا يقل عدد المؤهلين عن ثلاثة.

وهو ما أكد عليه أيضاً المشرع المحلي لإمارة دبي، فإنه ينص في المادة (15) من القانون المحلي المذكور آنفاً على أنه: " مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من المادة (٤) ¹²² من هذا القانون، على الجهة الحكومية قبل الدخول في العطاء القيام بالإجراءات اللازمة لتأهيل الشركات التي يمكن الدخول معها في الشراكة، على أن يراعى في ذلك ما يلي:

1- الإعلان عن المشروع وتفاصيله بشكل واضح في وسائل الإعلام المختلفة، وقبل وقت كاف من البدء في العطاء.

2- الضوابط والمعايير المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه.

وباستطلاع مواد اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشراكة المصري ¹²³ فإنه قد اتجه ذات الاتجاه ¹²⁴ الذي سلكه المشرع الاتحادي من التأهيل المسبق للمتنافسين، إذ ينص في المادة رقم (32) من اللائحة التنفيذية المشار إليها أعلاه بأنه على جهة الإدارة أن تقوم بالإعلان عن التأهيل المسبق على الأقل في صحيفة يومية واسعة الانتشار...".

¹²²تنص المادة (14) من ذات القانون على أنه: "أ- تخضع عملية اختيار الشريك في المشروع، لمبادئ العلانية، والشفافية، وحرية المنافسة، وتكافؤ الفرص، والمساواة، والإعلان عن المنافسة، وتحقيق مقتضيات المصلحة العامة، ويجب أن يتم التحضير لها وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه.

ب- يجب أن تتوفر في الشريك المعايير والضوابط والاشتراطات المالية والفنية المعتمدة، والقدرة والكفاءة في مجال عمله وتخصصه.

ج- على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة، يجوز للجهة الحكومية التعاقد مباشرة مع شركة المشروع في حال كان المشروع مبتكراً من قبل هذه الشركة".

¹²³الصادرة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011.

¹²⁴تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اتجه اتجاه آخر مخالف لما ذهب إليه المشرع المصري، فقد اكتفى بالتقييم المسبق بمعرفة مؤسسات وبيوت الخبرة حول مدى جدوى المشروع والمعايير الواجب اتباعها عند إسناد المشروع إلى المتعاقد مع جهة الإدارة، إضافة إلى ما تجرته من تفاوض تنافسي والذي يعقب هذا التقييم الأولي، مع كل مرشح للتعاقد بما يسمح للإدارة من تحديد أمثل لمشروعها وللمتفاوض من إظهار إيجابيات إسناد المشروع إليه، للمزيد انظر في بحث د. منى رمضان بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته.

ويتم الإعلان عن التأهيل المسبق من خلال لجنة التأهيل في إحدى الصحف أو المطبوعات الأجنبية خارج مصر، على أن يتضمن الإعلان بياناً مختصراً عن طبيعة المشروع ومدته والعنوان البريدي والبريد الإلكتروني للمشروع وآخر موعد لتلقي طلبات التأهيل¹²⁵.

وبذلك تملك اللجنة عدة صلاحيات منها طلب الإيضاحات والمستندات التي تراها لازمة من المستثمرين، كما يجوز لها استدعاء ممثل لطالب التأهيل لعرض طلبه، وإخطار طالبي التأهيل بقائمة المستثمرين المؤهلين والمستبعدين¹²⁶.

المرحلة الرابعة: تقييم العروض وترسية المشروع على صاحب أفضل عطاء

تقييم العروض أو فحص العطاء هي مرحلة تمهيدية للتعاقد، الغرض منها التأكد من مطابقة العطاء لشروط المشروع، بحيث يتم التعاقد مع صاحب أفضل العطاءات فنياً ومالياً¹²⁷. إذ على المتقدم بعطائه أن يقدم عرضه وفقاً لكراسة الشروط، فيكون عطاءه مطابقاً للقيود والمواصفات والشروط الفنية التي أعلنتها الإدارة، وعليه أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها الجهة الحكومية الداعية للتعاقد¹²⁸.

إثر الانتهاء من مرحلة طرح المشروع بعد التقدم بالعطاءات وانقضاء الأجل المحدد لتقديمها، وفحص وتقييم العطاءات، يتم بعد ذلك البدء في إجراءات الترسية واختيار أفضل العروض المؤهلة فنياً ومالياً من قبل اللجنة المعنية¹²⁹.

¹²⁵.د. علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 725.
¹²⁶.د. علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 726.
¹²⁷.د. محمد قدرى حسن، مرجع سابق، ص 112.
¹²⁸.د. طه المحيميد جاسم، مرجع سابق، ص 136.
¹²⁹.د. شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 81.

وبالنسبة للمشرع الاتحادي فإنه تقوم لجنة المشروع بفتح العروض الفنية المقدمة، هذا ويجوز للجنة المشروع أن تطلب من المعارضين تقديم التوضيحات اللازمة واستكمال النواقص وتأكيد الالتزامات التي يمكن أن يحتويها العرض ضمن مدة تحددها.

تبدأ عملية تقييم العروض الفنية المقدمة بمرحلة أولية تحضيرية حيث تقوم لجنة المشروع بالتأكد من اكتمال العروض وتلبيتها للحد الأدنى من المتطلبات والشروط.

من الممكن أن تقوم لجنة المشروع بفحص اكتمال العروض خلال الجلسة العلنية لفض العروض أو القيام بهذه العملية في جلسة مغلقة، وبموازاة فحص الاكتمال، تقوم لجنة المشروع بدراسة العروض الفنية والتي تتضمن الحل الفني والحل القانوني والحل المالي وذلك بهدف التأكد من استيفائها للحد الأدنى من المتطلبات المحددة في كراسة الشروط.

وللجنة المشروع أن تطلب من مقدمي العروض تأكيد التزاماتهم الفنية والمالية وتقديم الإيضاحات فيما يتعلق بأية نقاط غامضة في عروضهم الفنية أو حول أي مستند مرفق به، كما ويمكنها أن تطلب استكمال أي نواقص سواء أكانت مستندات أم غير ذلك من المعلومات خلال مهلة تحددها. ويهدف هذا الإجراء إلى عدم إقصاء مقدمي العروض لأسباب قد لا تكون جوهرية، كوجود نقص ضئيل بقيمة كفالة مالية، أو إصدار كفالة بنفس القيمة المطلوبة ولكن بعملة مختلفة، في حين أن هؤلاء قد يكونوا منافسين جديين ولديهم الإمكانيات اللازمة والرغبة في تنفيذ المشروع.

ويجب في عملية طلب لجنة المشروع الحصول على الإيضاحات والاجابة عن الاستفسارات أن تكون الأسئلة والأجوبة مكتوبة. ويجب أن يدل السؤال على عنصر معين من العرض وألا يوحي بإدخال أي تعديلات على العرض. ويجب فحص الإجابة أو الرد بدقة قبل قبوله كإيضاح. وفي حال تضمن الرد تعديلاً للعرض فيجب استبعاده وتجاهل محتوياته.

بعد انقضاء المهلة المحددة لاستكمال النواقص وتقديم الايضاحات ترفض العروض الفنية التي لا تكون مطابقة لمتطلبات كراسة الشروط وتعاد العروض المالية التابعة لها إلى أصحابها دون الكشف عنها وذلك مراعاة لمبدأ الشفافية.

تخضع العروض الفنية التي تبين انها مكتملة وممتثلة للحد الأدنى لمتطلبات كراسة الشروط للتحليل والتقييم فتقوم لجنة المشروع، يعاونها فريق العمل المكلف من المكتب الفني، بتقييم ومفاضلة العروض الفنية الباقية.

يتضح كذلك أن المشرع الاتحادي نظم مسألة ترسية العطاء لمشروع الشراكة في دليل أحكام وإجراءات الشراكة عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، فأشار إلى أنه تتم ترسية العقد على المرشح الذي يتقدم بالعرض الأفضل بحسب تقييم لجنة المشروع وبموافقة اللجنة المالية والاقتصادية، وتبلغ لجنة المشروع سائر المرشحين بالنتيجة التي انتهت إليها عملية الاختيار.

في حال لم تقرر اللجنة المالية والاقتصادية إجراء مفاوضات مع العارض المفضل أو مقدمي أفضل عرضين، فنتم ترسية العقد على العارض المفضل بناءً على نتيجة التقييم وتبلغ نتائج عملية الاختيار إلى جميع مقدمي العروض الذين خضعوا للتقييم.

وبالرجوع إلى المشرع المحلي لإمارة دبي فيما يتعلق بتقييم العطاءات فإنه يتضح من المادة (22) من القانون أن تتولى لجنة الشراكة¹³⁰ مهمة دراسة وتقييم العروض المقدمة من النواحي الفنية والمالية والقانونية، وتحديد العروض المقبولة والمستبعدة، وتقييم مدى مطابقتها للشروط

¹³⁰تنص المادة (11) من القانون المحلي لإمارة دبي على أنه: "أ- تشكل لدى الجهة الحكومية لجنة داخلية تسمى "لجنة الشراكة"، يتم تسمية أعضائها بقرار من المدير العام، وبناط بهذه اللجنة القيام بكافة المهام المنصوص عليها في هذا القانون، والقرارات الصادرة بموجبه، ويحدد قرار تشكيلها آلية عملها وكيفية عقد اجتماعاتها.
ب- يكون للجنة الشراكة في سبيل القيام بالمهام المنوطة بها الاستعانة بمن تراه مناسباً من ذوي الخبرة والاختصاص.
ج- يجب أن تضم لجنة الشراكة في عضويتها ممثل عن الدائرة يتم تسميته من قبل مديرها العام في حال كانت الكلفة الإجمالية التي سوف تتحملها الجهة الحكومية عن عقد الشراكة تزيد على (200.000.000) منتي مليون درهم".

والمواصفات المعلنة، على أن يمنح كل عرض درجة للتقييم، وفقاً للأسس والإجراءات المحددة بدفتر شروط ومواصفات المشروع".

كما وتتص المادة (23) من ذات القانون على أنه: "تقوم لجنة الشراكة بدعوة مقدمي العروض أو ممثليهم القانونيين لحضور جلسة فتح المظاريف، ويتم إرساء المشروع على صاحب العرض الأجدى فنياً ومالياً من بين العروض المقدمة، وذلك بعد إعمال معايير الوزن النسبي لعناصر العطاء المالية والفنية المبينة في دفتر شروط ومواصفات المشروع".

وبالمقارنة مع المشرع المصري، أشارت اللائحة التنفيذية¹³¹ لقانون تنظيم الشراكة المصري في مادتها رقم (76) على أن تجتمع لجنة تلقي العطاءات ودراستها في المكان والموعده المحددين لفتح المظاريف المالية، ويقوم رئيس اللجنة بإعلان القيم الواردة في كل عطاء والتي سيتم على أساسها التقييم المالي، ويوقع على محضر هذه الجلسة جميع أعضاء اللجنة بالإضافة إلى جميع أصحاب العطاءات الحاضرين أو ممثليهم¹³².

وتتم ترسية العطاء على صاحب العطاء الأقل قيمة مالية، طبقاً للطريقة المحددة للحساب في كراسة الشروط والمواصفات.

ويجب إخطار صاحب العطاء الفائز بموجب خطاب إسناد موسى عليه مصحوباً بعلم الوصول¹³³.

¹³¹الصادرة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011.

¹³²د. علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 733.

¹³³المادة 77 من اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011.

الفصل الثاني: صور عقد الشراكة والإطار الزمني لتنفيذها

مرّت عقود الشراكة بمراحل مختلفة أخذت خلالها عدة أشكال، منها عقود الخدمة، وعقود الإدارة، وعقود التأجير، وعقود الامتياز، وعقود نقل الملكية، وعقود البوت ومشتقاتها¹³⁴، واختلفت على المستوى الوطني، فقد لجأ المشرع في بعض التشريعات المقارنة مثل المشرع المصري بتحديد مراحل عوضاً عن تحديد صور عقود الشراكة، بينما لجأ المشرع الاتحادي إلى تحديد وتسمية صور هذه العقود صراحةً في التشريع الناظم للشراكة.

وبالحديث عن الإطار الزمني تمثّل عقود البوت إحدى الوسائل الهامة للإدارة في مجال تسيير المرفق العام، ولذلك فإن احترام شركة المشروع للمدد المنصوص عليها في العقد يُعد ترجمة فعلية للقاعدة الأصولية التي تحكم سير المرافق العامة بنظام واضطّراد¹³⁵.

وتختلف مدة التنفيذ من مشروع لآخر، فمدة تنفيذ إنشاء وتشغيل محطة كهربائية تختلف عن مدة تنفيذ إنشاء مطار أو بنية تحتية لطريق ما¹³⁶.

وهو ما سنبينه بشيء من التفصيل على النحو التالي تقسيمه.

المبحث الأول: صور إبرام الجهات الحكومية عقد الشراكة مع القطاع الخاص.

المبحث الثاني: الإطار الزمني ومقابل التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

¹³⁴د. حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 60.

¹³⁵محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 131.

¹³⁶د. سمير برهان، مرجع سابق، ص 6.

المبحث الأول: صور إبرام الجهات الحكومية عقد الشراكة مع القطاع الخاص

مرّت عقود الشراكة بمراحل مختلفة أخذت خلالها عدة أشكال، منها عقود الخدمة، وعقود الإدارة، وعقود التأجير، وعقود الامتياز، وعقود نقل الملكية، وعقود البوت ومشتقاتها¹³⁷، وقد لجأ المشرع في بعض التشريعات المقارنة مثل المشرع المصري بتحديد مراحل عوضاً عن تحديد صور عقود الشراكة، بينما لجأ المشرع الاتحادي إلى تحديد وتسمية صور هذه العقود صراحةً في التشريع الناظم للشراكة.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في الأول صور التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، وسنتعرض في الثاني حالات التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

المطلب الأول: صور التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

اختلف المشرع المصري في مسلكه عن المشرع الاتحادي، بأن اعتمد في فيما يتعلق بصور التعاقد بالشراكة على تحديد مراحل وليس صور، وقد ذهب المشرع الاتحادي إلى تحديد صور معيّنه من العقود أضفى عليها وصف عقود الشراكة، وذلك على النحو الذي سنبينه في هذا المطلب.

¹³⁷د. حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 60.

أ. صور عقود الشراكة وفق القانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة

بالإطلاع على الفقرة الأولى من نص المادة (2) من قانون تنظيم الشراكة المصري¹³⁸، يتبين أن المشرع المصري لم يحدد صور أو أنواع عقد الشراكة بعينها، وإنما حدد لها مراحل وهي على النحو الآتي:

1. تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها.

2. تمويل وتطوير المرافق العامة.

مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد. ويتضح من ذلك أن هذه العقود يجب أن يكون محلها مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة، وبعبارة أخرى فإن عقود المشاركة ترتبط ارتباط وثيق بفكرة المرفق العام، وهذا يرجع بنا إلى معايير ومقومات أي عقد إداري¹³⁹.

ومما سبق يتضح بأن المشرع المصري فرّق بين عدة مراحل لمشروع الشراكة على النحو الآتي:

• مرحلة تمويل المشروع وتجهيزه: ففي هذه المرحلة الأساسية للجهات الإدارية أن تبرم عقد

مشاركة مع القطاع الخاص لتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية وإتاحة

خدماتها للجمهور، فيكون المشروع صالحاً للإنتاج وتقديم الخدمة بنظام واضطراد طيلة

¹³⁸تنص المادة (2) من قانون تنظيم الشراكة المصري على أنه: "للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد...".

¹³⁹قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 24 فبراير 1968 (س13 ص 557) بأن: "مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه، وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة...". - العقود الإدارية، د. زكريا المصري، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2014، ص 20.

مدة التعاقد، ولها أن تعهد إلى القطاع الخاص بتمويل وتطوير هذه المشروعات، مع الالتزام في كلا المهمتين بالصيانة¹⁴⁰.

- مرحلة تشغيل المشروع: وهي المرحلة اللاحقة على مرحلة تمويل المشروع وتجهيزه، فتقوم الشركة بهذا الصدد بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج إلى جهة الإدارة لتقوم هي بدورها بتقديم المنتج أو الخدمة للمنتفعين أو المستهلكين، ففي هذا النوع من التعاقد تقوم الشركة ببيع الخدمة أو المنتج لجهة الإدارة، وتنتهي العلاقة هنا تماماً بين الشركة والمنتفعين أو المستهلكين، إذ هنا لا يجوز للشركة أن تقدم الخدمة أو المنتج بنفسها للجمهور¹⁴¹.

ب. صور عقد الشراكة وفق لائحة المشتريات وإدارة المخازن لدى الحكومة الاتحادية ودليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص

وبالاطلاع على الفقرة (د) من ذات المادة فقد حدد فيها المشرع الاتحادي العقود التي للجهة الاتحادية اللجوء في التعاقد من خلالها بنظام الشراكة بينها وبين القطاع الخاص وهي سبعة عقود تضمن أغلبها صور عقود البوت B.O.T، وعلى الرغم من تشابه عقود البوت مع عقود الشراكة من ناحية المهام والأطراف التي تستهدف تمويل وتسيير مشاريع البنية الأساسية، بالإضافة إلى طول مدة التعاقد، فثمة من اعتبر عقود البوت نموذج من نماذج عقود الشراكة¹⁴²،

¹⁴⁰د. حماده عبد الرازق حماده، مرجع سابق، ص 70.

¹⁴¹المرجع السابق أعلاه.

¹⁴² DE SERRES Andrée, La structuration des PPP dans le contexte Québécois , Cahier de recherche, N°14,2005,P2, le 08-06-2012 à 12 :00H. sur site : www.esg.uqam.ca./document.3: "Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat 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 ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance ,l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public." voir :-La loi française N° 2008-735 du 28 juillet 2008,Relative aux contrats de partenariat,le 08-06-2012 à 14:56H.sur site : www.legifrance .gouv.fr

ويختلفان فيما يتعلق بتحمل المخاطر المالية والتشغيل والإدارة، فنجد في عقود البوت أنها تقع على عاتق شركة المشروع مقابل العائدات التي يديرها المشروع طوال الفترة التعاقدية وذلك لتحقيق الربح وتغطية تكاليف المشروع، أما في عقود الشراكة فيُنصّ على تقاسم المخاطر والاستثمارات والأرباح¹⁴³.

تنص الفقرة (د) من المادة (48) من لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية المشار إليها آنفاً على أنه: "د. أن يكون للجهة الاتحادية الحق في إبرام أي من العقود التالية، على أساس الشراكة مع القطاع الخاص:

1. عقود التشغيل والصيانة.

2. عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل.

3. عقود البناء والتملك والتشغيل.

4. عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية.

5. عقود الشراء والبناء والتشغيل.

6. عقود رخص الإدارة والتشغيل.

7. عقود التمويل".

سأقوم بعرض أهم الصور التي وردت في اللائحة المشار إليها آنفاً.

¹⁴³ DE SERRES Andrée, Op.Cit, P15.

أولاً: عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل¹⁴⁴ D.B.F.O

يعد هذا النوع بمثابة إضافة جديدة، حيث يتم اكتشاف فرصة إقامة مشروع جديد تماماً¹⁴⁵، في هذه العقود تعهد الحكومة لشركة المشروع أو المستثمر بإقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام وفق الشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الحكومة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية¹⁴⁶، ويتولى المستثمر الإنفاق على إقامة المشروع، وتأسيسه، وإدارته بالآلات والمعدات والأجهزة وفقاً للضوابط المحددة من قبل الحكومة¹⁴⁷، وقد أشار إليها دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص على أنها من ضمن أنواع الشراكة الأكثر شيوعاً، تحت تصنيف (مشاريع جديدة)¹⁴⁸.

يتضح بأن بريطانيا لجأت للاستخدام الرسمي لمبادرات التمويل الخاص في أغسطس 1994 في مجال الطرق السريعة من ضمن عقود مبادرة التمويل الخاص وقد أطلقت على هذه المشاريع مسمى عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل¹⁴⁹.

وبالاطلاع على المشرع المحلي لإمارة دبي¹⁵⁰، فإنه لم يحذو حذو المشرع الاتحادي، ولم يحدد صور أو أشكال عقود الشراكة، وإنما أشار إلى أساليب الشراكة في مادته السابعة، والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه من ضمن الأساليب الممكن اتباعها في الشراكة: "1- إنشاء الشريك

¹⁴⁴ Design, Build, Finance, Operate

¹⁴⁵د. أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 - السنة الثالثة، ص (7).

¹⁴⁶د. سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 167.

¹⁴⁷د. جهاد زهير ديب، مرجع سابق، ص 60.

¹⁴⁸3.3 أنواع عقود الشراكة الأكثر شيوعاً، الصفحة 31 من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

¹⁴⁹ <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603114609/http://www.highways.gov.uk/our-road-network/managing-our-roads/operating-our-network/how-we-manage-our-roads/private-finance-initiatives-design-build-finance-and-operate-dbfo/>.

¹⁵⁰ القانون رقم (٢٢) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.

للمشروع وتمويله، وتملكه والانتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عنه ونقل ملكيته بالكامل للجهة الحكومية عند انتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة...".

ثانياً: عقود البناء والتملك والتشغيل¹⁵¹ B.O.O

هذه العقود تُبرم بين الحكومة والمستثمر أو مجموعة من المستثمرين على إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة امتياز تتولى الإشراف على التشغيل، ولا ينتهي هذا النوع من المشروعات كغيره من عقود البوت بتحويله إلى الملكية العامة، ولكن بعد انتهاء الفترة المحددة يتم تجديد الامتياز، أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع¹⁵².

تُستخدم هذه الصيغة على سبيل المثال في استغلال حقول البترول، أو المناجم، وبالتالي عند نزوب البترول أو خامات المنجم فإن مشروع البنية الأساسية المقام يصبح لا قيمة له¹⁵³. ويتميز هذا العقد بتحمل شركة المشروع كافة مخاطر المشروع، وتخفيف عبء تمويل هذه المشروعات عن الدولة، لكن ما يعيبه أن المشروع خلال مدة التشغيل والصيانة لا يخضع لهيمنة الدولة وإن كان يخضع لرقابتها في ضوء مدى تنفيذه لشروط العقد¹⁵⁴.

وقد تم تصنيفه أيضاً بموجب دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص على أنها من ضمن أنواع الشراكة الأكثر شيوعاً، تحت تصنيف (مشاريع جديدة)¹⁵⁵.

¹⁵¹ Build, Own, Operate

¹⁵² د. جهاد زهير ديب، مرجع سابق، ص 60.

¹⁵³ د. أمل نجاح البشبيشي، مرجع سابق، ص 7.

¹⁵⁴ د. حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 77.

¹⁵⁵ 3.3 أنواع عقود الشراكة الأكثر شيوعاً، الصفحة 31 من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

وبالاطلاع على المشرع المحلي لإمارة دبي¹⁵⁶، فإنه يتضح بأن هذه العقود قد تكون الأقرب للأسلوب الثاني الذي أورده المشرع في الفقرة الثانية من مادته السابعة، والتي تنص على أنه تتم الشراكة من خلال اتباع أي من الأساليب التالية: "2- إنشاء الشريك للمشروع وتمويله للانتفاع به تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة، ثم التنازل عن حق الانتفاع به للجهة الحكومية عند انتهاء المدة المحددة في عقد الشراكة...".

ثالثاً: عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T

وهي من أبرز الصيغ، إذ يكون لصاحب الامتياز حق تملك المشروع ملكية تكفل له سهولة تشغيله وصيانته، ولكنها ملكية مؤقتة حيث تنتقل للدولة بعد انتهاء فترة الامتياز¹⁵⁷، وهي مشاريع يُكَلَّف فيها صاحب الامتياز بتمويل مرفق من مرافق البنية التحتية وتشغيله وصيانته، مقابل الحق في تحصيل رسوم ومصاريف من مستعمليه، وبموجب هذا الترتيب، يملك الكيان الخاص المرفق وموجوداته إلى أن تنتقل ملكيته إلى السلطة المتعاقدة¹⁵⁸، إلا أنه يعيب هذا النوع من عقود البوت أن المشروع لا يخضع خلال مدة التشغيل والصيانة لهيمنة السلطة العامة أو الإدارة الحكومية وإن خضع لرقابتها¹⁵⁹.

وقد تم تصنيف هذا العقد أيضاً بموجب دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص على أنها من ضمن أنواع الشراكة الأكثر شيوعاً، تحت تصنيف (مشاريع جديدة)¹⁶⁰.

¹⁵⁶ القانون رقم (٢٢) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.

¹⁵⁷ أمل نجاح البشبيشي، مرجع سابق، ص 7.

¹⁵⁸ دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

ص 7.

¹⁵⁹ سعيد حسين علي، مرجع سابق، ص 166.

¹⁶⁰ 3.3 أنواع عقود الشراكة الأكثر شيوعاً، الصفحة 31 من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

وبالاطلاع على المشرع المحلي لإمارة دبي¹⁶¹، لم يتضح لنا ذكر أو تحديد هذا النوع بالتحديد.

رابعاً: عقود الشراء والبناء والتشغيل P.B.O¹⁶²

تقوم الجهة بشراء مشروع أنشئ بمعرفة الدولة ثم تشغله ولا يعود للدولة وهو يشبه الخصخصة¹⁶³، ويمثل هذا النوع أهمية خاصة للدول التي تنفذ برامج إصلاح اقتصادي وتعمل على تحويل عدد من مشروعاتها المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص، حيث يمكن للمستثمر الأجنبي أو المحلي شراء أصول مشروع قائم ثم القيام ببناء أصول جديدة ملحقة به وتشغيله والانتفاع به¹⁶⁴.

وبالرجوع لدليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص و القانون رقم (٢٢) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، لم يتضح أنه تم تصنيف هذه الصورة بشكل محدد ضمنهم، إلا أن المشرع المحلي لإمارة دبي قد تدارك المرونة في اتخاذ أي صورة من خلال النص على الفقرة الخامسة من المادة السابعة من القانون المحلي، والتي تنص على أنه تتم الشراكة من خلال اتباع أي من الأساليب الآتية: "5- أي أسلوب آخر تقره اللجنة العليا بناءً على توصية الجهة الحكومية والدائرة، بما ذلك صيانة أو توسعة أو تأهيل أي مشروع قائم".

¹⁶¹ القانون رقم (٢٢) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي.

¹⁶² Purchase-Build-Operate

¹⁶³ د. فراح رشيد، د. فرحي كريمة، الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة العربية، 2018، ص 61.

¹⁶⁴ د. أمل نجاح البشبيشي، مرجع سابق، ص 8.

خامساً: عقود التشغيل والصيانة

تنتشر هذه العقود في المباني الحديثة مثل المطارات والمستشفيات الحديثة، ويلزم لتشغيلها معرفة فنية عالية، مثل سلاسل الوصول إلى الطائرات وأجهزة تحميل البضائع فيها، بالإضافة إلى أجهزة وآلات المستشفيات ومختبراتها العلمية، وكذلك عقود تشغيل غرف الطوارئ بما تحتاجه من عمل ومواد ولوازم طبية، المقصود من عقد التشغيل والصيانة هو عقد يضمن تشغيل آلات أو أجهزة وقد تكون الصيانة تابعة له.

إذاً يكون موضوع عقد التشغيل هو تقديم العمل اللازم والمواد الاستهلاكية اللازمة لتشغيل الآلات والأجهزة.

والمقصود من الصيانة بالمعنى المستخلص من عقود التشغيل والصيانة هي إصلاح الشيء المعمّر (السلع المعمرة)، كلما طرأ عليه عطل أو أذى، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه، وهي لا تشمل الحفظ المادي للشيء كأن يوضع في مكان أمين أو في ظل ظروف تناسبه من حرارة ورطوبة أو تشغيله بالطريقة الأمثل لاستمرار منافعه¹⁶⁵.

وكثيراً ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل، أيضاً نحو قطع الغيار، سواء أكانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أصلاً، أو هلاكها قبل الأوان المقرر لها في حالة الاستعمال المعتاد (المتوقع أو المرسوم لها)¹⁶⁶، وقد تكون الصيانة صيانة وقائية بأن يتم التأكد من صلاحية المنقول وضمان استمرارية تقديم العمل الذي أنشئ من أجله، وهي الأعمال الدورية المجدولة شبه المتكررة التي يتم القيام بها بهدف تفادي التلف التدريجي للمرافق والمعدات وفحص

¹⁶⁵د.منذر قحف، عقود الصيانة، ورقة مقدمة لاجتماع مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الحادية عشرة، البحرين - نوفمبر

1998م.

¹⁶⁶المرجع السابق.

وإصلاح المعدات والأجهزة طبقاً لتعليمات الكتيبات والأدلة الفنية للشركات الصانعة، وقد تكون صيانة علاجية بأن يتم إصلاح العطل أو الضرر الذي أصابه سواء بإصلاح القطعة أو الجهاز ذاته أم استبدالها، لمعالجة أي خلل أو قصور قد ينشأ عن الاستهلاك والاستعمال والحوادث والهدف منها المحافظة على المرافق والمعدات بالحالة التي أنشئت عليها.

ج. صور عقد الشراكة وفق القانون رقم (22) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي

يتضح بأن حكومة دبي لجأت في تحديد صور الشراكة بتحديد أساليب الشراكة في المادة

رقم (7) من القانون المشار إليه أعلاه، والتي حددت الأساليب على النحو الآتي:

الأسلوب الأول: ويتمثل في أن يقوم الشريك الخاص بإنشاء المشروع وتمويله ويملكه وينتفع به، لمدة زمنية متفق عليها في عقد الشراكة، وفي نهاية تلك المدة يقوم بنقل ملكية المشروع لجهة الإدارة.

الأسلوب الثاني: يقوم الشريك بإنشاء المشروع وتمويله والانتفاع به وتشغيله لمدة زمنية محددة في عقد الشراكة، ويتنازل في نهاية التعاقد عن حق الانتفاع لجهة الإدارة.

الأسلوب الثالث: يقوم الشريك بإنشاء المشروع والتنازل عن ملكيته لجهة الإدارة مع الاحتفاظ بحقه في الانتفاع تجارياً وتشغيله للمدة الزمنية المتفق عليها في عقد الشراكة.

الأسلوب الرابع: تقوم جهة الإدارة بنقل منفعة المشروع للشريك، وتشغيله للمدة المتفق عليها في عقد الشراكة.

أجاز دليل دائرة المالية لجهة الإدارة اعتماد أي أسلوب آخر من أساليب الشراكة المتعارف عليها دولياً، بناءً على توصية من الجهة الحكومية المعنية ودائرة المالية للمشروع المقترح، وإقراره من اللجنة العليا للسياسة المالية للعمل به.

المطلب الثاني: حالات التعاقد بنظام الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

لما كانت مشاريع الشراكة التي تلجأ لها جهة الإدارة متعلقة بالمرافق العامة والبنية التحتية للدولة، وهي مشاريع ضخمة تستهلك تمويل ضخم ووقت وجهد ضخمين، فقد يشترط المشرع للجوء للتعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص أن يتوافر الدافع الفني بعبارة أخرى، أن يتّصف المشروع بالطابع الفني وقد تنقص جهة الإدارة هذه الموارد الفنية لتنفيذه، فهي الصعوبات الفنية التي تواجه جهة الإدارة وتكبّل يدها عن تنفيذ المشروع، وقد تكون هذه الصعوبات مثل الخبرات الفنية والتكنولوجية ونقص الآلات والمعدّات اللازمة لتنفيذ المشروع، بالإضافة إلى المواد والعمالة الفنية اللازمة للقيام بعملية التشغيل¹⁶⁷.

وسنقسّم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الأول حالات التعاقد بنظام الشراكة المستندة إلى العوامل الاقتصادية، وسنستعرض في الثاني حالات التعاقد بنظام الشراكة المستندة إلى العوامل الفنية.

الفرع الأول: حالات التعاقد بنظام الشراكة المستندة إلى العوامل الاقتصادية

هو السبب الذي يحذو بالجهة الحكومية نحو الشراكة لتنفيذ مشروع من مشروعاتها، والمقصود من الدافع الاقتصادي، هو الصعوبات المالية التي تواجهها جهة الإدارة، مثل عدم

¹⁶⁷د. حماده عبد الرازق حماده، مرجع سابق، ص 234.

كفاية المخصصات المالية لتنفيذ المشروع، أو عدم وجود اعتماد مالي له، فالشراكة تخفف العبء المالي عن جهة الإدارة وبالتالي عن خزانة الدولة.

فتضطر جهة الإدارة بأن تعهد لمهمة تنفيذ المشروع إلى شركة من شركات القطاع الخاص، وهي بدورها تقوم بتمويل المشروع وتنفيذه.

وبالاطلاع على المادة (48)¹⁶⁸ فإنها تنص في فقرتها الأولى على أنه من ضمن الحالات التي يُسمح بها لجهة الإدارة بالتعاقد بنظام الشراكة هي: "1. عدم إمكانية إنجاز الخدمات أو المشاريع المطلوبة من خلال الموارد المالية المتاحة لجهة اتحادية معينة".

فالمقصود من ذلك هو نقص الموارد المالية لدى جهة الإدارة، وهي أول الحالات التي سمح المشرع الاتحادي عند توافرها أن تلجأ جهة الإدارة للتعاقد بنظام الشراكة مع القطاع الخاص بسببها.

مثاله:

فأما الدافع الاقتصادي، وهو الأسباب الاقتصادية التي تدفع بالحكومة للجوء إلى الشراكة لتنظيم مشروع معين، فإن المقصود منه إنماء الاقتصاد في المنطقة من خلال السماح لشركات القطاع الخاص استثمار أموالها في سبيل تنفيذ المشروع، مما يساهم في زيادة الاستثمارات الموجودة على أراضي الدولة، وبالتالي إنماء واستدامة وإنعاش الاقتصاد في الدولة، وبالاطلاع على الفقرة (10) من ذات المادة المشار إليها آنفاً، فإنها تنص على أنه من ضمن الحالات التي يجوز عند توافرها لجوء جهة الإدارة للشراكة مع القطاع الخاص: "10. أن تخلق الشراكة مع القطاع الخاص فرصاً لتحفيز النمو الاقتصادي".

¹⁶⁸ من لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية.

والجدير بالذكر أن إقامة مشروعات البنية التحتية في الدولة من مطارات وجسور وأنفاق وسكك حديدية، تهيء مناخ الاستثمار في الدولة وتغري الشركات الاستثمارية الأجنبية بالإقبال على الاستثمار في الدولة؛ نظراً لتوافر البنية التحتية التي لا غنى عنها لنجاح الاستثمار وتحقيق الأهداف التي تسعى إليها شركات الاستثمار¹⁶⁹.

ولما تم ذكره مسبقاً، فقد سمح المشرع الاتحادي لجهة الإدارة اللجوء بالتعاقد مع القطاع الخاص بالشراكة عند توافر أيّاً من الدافع المالي أو الاقتصادي.

وما يؤكد على ذلك دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص في تنظيمه للإجراءات السابقة على التعاقد، فقد أشار أنه في مرحلة دراسة وتصميم المشروع، تتولى لجنة المشروع بمعاونة فريق العمل والجهة الاتحادية المعنية، إعداد دراسة أولية حول المشروع المشترك تتناول الجوانب الفنية والاقتصادية والقانونية والتمويلية، بما في ذلك مدى اهتمام المستثمرين ومدى إمكانية استقطاب التمويل اللازم، وترفع تقريراً من خلال وزارة المالية إلى اللجنة المالية والاقتصادية يتضمن توصيتها بشأنه.

ومن ضمن الجوانب الهامة التي توضحها هذه الدراسة، الجانب المالي، ويتضمن هذا الجزء عدة محاور تتعلق بمدى اهتمام المستثمرين وقابلية التمويل من المصارف، وقدرة الدولة على تحمل الالتزامات المالية المرتبطة بالمشروع.

كما تتضمن الدراسة المالية تقدير الإيرادات والتكاليف المتوقعة والتي تشمل على التكاليف الرأسمالية وتكاليف التشغيل والصيانة وذلك على مدى مدة المشروع كاملة¹⁷⁰.

¹⁶⁹د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص261.
¹⁷⁰دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، الفصل السادس – دورة حياة المشروع – المرحلة الثانية، دراسة وتصميم المشروع، ص72.

وفي هذا النطاق، فقد نص القانون المحلي لإمارة دبي في مادته رقم (5) والتي تضمنت شروط الشراكة، على أنه: "ب- يشترط لإبرام عقد الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون أن يكون المشروع ذو جدوى اقتصادية ومالية وفنية واجتماعية".

إذاً كان اتجاه المشرع المحلي لإمارة دبي مشابهاً لما ذهب إليه المشرع الاتحادي ولكنه كان أكثر إيجازاً وتحديداً، فمتى كان المشروع ذو جدوى اقتصادية ومالية وفنية واجتماعية، يجوز لها اللجوء للقطاع الخاص لتنفيذ مشاريعها، إلا أنه ينبغي إثارة نقطة هامة وهي أن المشرع الاتحادي أدرج الحالات على سبيل التعداد بينما المشرع المحلي لإمارة دبي أدرج هذه الحالات على أن تتوافر مجتمعة وليس متفرقة.

وتحليلاً لنص قانون إمارة دبي فإنه يتعين على جهة الإدارة التأكد من الجدوى الاقتصادية والمالية والفنية والاجتماعية للمشروع حتى تستطيع تنفيذه من خلال الشراكة مع القطاع الخاص، وإلا سُدَّ باب الشراكة أمامها، هذا بالإضافة إلى الشروط الأخرى الواردة في ذات المادة¹⁷¹.

وقد ذهب المشرع المصري في قانونه رقم (67) لسنة 2010 في مادته الرابعة إلى أنه: "لا يجوز طرح مشروعات المشاركة إلا بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون، بناءً على طلب السلطة المختصة، في ضوء الدراسات التي تعد تحت إشراف الوحدة المركزية للمشاركة المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون، لبيان جدوى مشروع المشاركة، وضمان مستوى الإنتاج والخدمات، وجودة أصول المرافق وصيانتها، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

¹⁷¹تنص المادة (5) من القانون رقم (٢٢) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي، على أنه: "أ- تتم الشراكة بين القطاعين العام والخاص بموجب عقد الشراكة، ووفقاً لأحكام هذا القانون. ب- يشترط لإبرام عقد الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون أن يكون المشروع ذو جدوى اقتصادية ومالية وفنية واجتماعية. ج- لا يجوز إبرام أي عقد للشراكة يرتب دفعات مالية على الجهة الحكومية دون أن تكون مخصصات تلك الدفعات مرصودة في موازنة هذه الجهة".

وقد فصلت المادة (2) من اللائحة التنفيذية للقانون¹⁷² نوع هذه الدراسات وما يجب أن تحتوي عليه، فتتص المادة المشار إليها على أنه: "على الجهة الإدارية التي ترغب في تنفيذ مشروع أو أكثر من مشروعاتها المدرجة بخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية بطريق المشاركة أن تعد دراسة فنية وبيئية واجتماعية واقتصادية وقانونية ومالية تحت إشراف الوحدة لبيان جدوى تنفيذ مشروع المشاركة وفقاً لأحكام القانون.

ويجب أن تتضمن هذه الدراسة بيان القواعد والشروط التي تكفل ضمان مستوى الإنتاج والخدمات، وجودة أصول المرفق الذي سيتم تنفيذه وكيفية صيانة هذه الأصول بما يحفظها، ويكفل استمرارية استخدامها بحالة جيدة في الغرض الذي أنشئت من أجله خلال مدة تنفيذ عقد المشاركة وبعد انتهائه".

ويتضح بهذه النصوص أن المشرع المصري كان واعياً وحذراً بأن قيّد اختيار نظام المشاركة مع القطاع الخاص لتنفيذ المشروعات بعدة إجراءات من أهمها إعداد دراسات تحت إشراف الوحدة المركزية للمشاركة، فقد ألزم المشرع المصري جهة الإدارة الراغبة في التعاقد عن طريق الشراكة بإجراءين على النحو الآتي:

1. أن يكون المشروع المراد إبرامه بالشراكة مع القطاع الخاص مدرجاً ضمن خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

إذاً جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص في شأن مشروع ما، يتعين أن يكون هذا المشروع مدرجاً بشكل مسبق في خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية¹⁷³ للسنة.

¹⁷²صدرت اللائحة التنفيذية بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238 لسنة 2011 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2010.
¹⁷³هي خطة تعتمد من وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري، تدرج فيها تطورات الاقتصاد العالمي، بالإضافة إلى مرتكزات وأولويات التنمية، والمشروعات القومية الكبرى، مثل ما تم إدراجه في خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية لسنة 2017 من مشروع تنمية محور قناة السويس.

2. إعداد الجهة الإدارية دراسة فنية وبيئية واجتماعية واقتصادية وقانونية ومالية.

وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي في المرسوم رقم 559-2004 والمعدل بالمرسوم رقم

735 لسنة 2008، فقد نص في مادته الثانية¹⁷⁴ على الآتي: تخضع عقود الشراكة لتقييم أولي

ينفذ بمساعدة إحدى هيئات الخبراء المنشأة بموجب مرسوم، يبين الأسباب الاقتصادية والمالية

والقانونية والإدارية التي تقود الشخص العام إلى الالتزام بإجراءات إبرام مثل هذه العقود.

وتضع كل هيئة من هيئات الخبراء، في مجال اختصاصها، منهجية تحدد معايير وضع هذا

التقييم وفقا للشروط التي يضعها وزير الاقتصاد. ويشمل هذا التقييم تحليلاً مقارناً لمختلف

الخيارات، لا سيما من حيث التكلفة الإجمالية باستثناء الضرائب، وتقاسم المخاطر والأداء، وكذلك

من حيث شواغل التنمية المستدامة. وعندما يتعلق الأمر بمعالجة حالة لا يمكن التنبؤ بها، فإنه

لا يمكن إبرام عقود الشراكة إلا إذا تبين، في ضوء التقييم، ما يلي:

¹⁷⁴ I. - Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte.

II. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ;

3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage

1. أنه نظراً لكون المشروع مركب، فإن جهة الإدارة غير قادرة على تحديد الوسائل التقنية موضوعياً لتلبية احتياجاته بشكل مسبق، أو وضع الترتيبات المالية أو القانونية للمشروع.
 2. أو أن المشروع ذو طابع عاجل، عندما يتعلق الأمر بمواجهة التأخير الذي يضر بالمصلحة العامة التي تؤثر على تحقيق المعدات الجماعية أو ممارسة مهمة الخدمة العامة، أيا كانت أسباب هذا التأخير، أو لمواجهة حالة لا يمكن التنبؤ بها.
 3. أو حتى مع الأخذ في الاعتبار خصائص المشروع، ومتطلبات الخدمة العامة التي يكون الشخص العام مسؤولاً، أو أوجه القصور والصعوبات التي لوحظت في تحقيق مشاريع مماثلة، فإن استخدام مثل هذا العقد يقدم للميزانية العمومية مزايا أكثر مؤاتاة من مزايا العقود الأخرى للنظام العام، ولا يمكن أن يكون معيار الدفع المؤجل وحده ميزة.
- ويتضح بذلك لجوء المشرع الفرنسي في مرسومه أيضاً إلى إجراءات ينبغي مراعاتها قبل اتخاذ القرار بإبرام عقد الشراكة مع القطاع الخاص، وتتمثل في تقييم أولي يوضح الأسباب الاقتصادية والمالية والقانونية والإدارية التي تقود الشخص العام إلى الالتزام بإبرام عقد الشراكة.
- سبق وأن أوضحنا الجدوى المالية والاقتصادية، وسنقوم بتوضيح المقصود بالجدوى الفنية والاجتماعية التي أوردها المشرع المحلي لإمارة دبي في قانونه.

الفرع الثاني: حالات التعاقد بنظام الشراكة المستندة إلى العوامل الفنية

لما كانت مشاريع الشراكة التي تلجأ لها جهة الإدارة متعلقة بالمرافق العامة والبنية التحتية للدولة، وهي مشاريع ضخمة تستهلك تمويل ضخم ووقت وجهد ضخمين، فقد يشترط المشرع للجوء إلى التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص أن يتوافر الدافع الفني بعبارة أخرى أن يتصف المشروع بالطابع الفني وقد تنقص جهة الإدارة هذه الموارد الفنية لتنفيذه، فهي الصعوبات الفنية

التي تواجه جهة الإدارة وتكبل يدها عن تنفيذ المشروع، وقد تكون هذه الصعوبات مثل الخبرات الفنية والتكنولوجية ونقص الآلات والمعدات اللازمة لتنفيذ المشروع، بالإضافة إلى المواد والعمالة الفنية اللازمة للقيام بعملية التشغيل¹⁷⁵.

ويقصد بالدافع الفني مجموعة الوسائل التكنولوجية والفنية السائدة في المجتمع

وبإنعام النظر في نصوص لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية فتتص الفقرة الثانية من المادة (48) من لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية على أنه يُسمح للجهة الاتحادية باللجوء إلى التعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص في الحالات الآتية: "2. أن يكون القطاع الخاص قادرًا على الارتقاء بجودة الخدمات أو الأعمال المطلوبة، مقارنة مع أداء إحدى الجهات الاتحادية لهذه الخدمات أو الأعمال بشكل منفرد...".

فمن ضمن الحالات التي سمح المشرع الاتحادي للجهات الحكومية الاتحادية اللجوء في تنفيذ مشاريعها للقطاع الخاص، توفير الأخير الخدمات أو الأعمال المطلوبة بجودة لا تستطيع جهة الإدارة توفيرها حال تنفيذها للمشروع بنفسها، فقد تنقصها خبرة فنية بالنسبة للموارد البشرية أو الموارد الفنية.

وقد أكد على ذلك دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص في تنظيمه للإجراءات السابقة على التعاقد، فقد أشار أنه في مرحلة دراسة وتصميم المشروع، تتولى لجنة المشروع بمعاونة فريق العمل والجهة الاتحادية المعنية، إعداد دراسة أولية حول المشروع المشترك تتناول الجوانب الفنية والاقتصادية والقانونية والتمويلية، بما في ذلك مدى اهتمام المستثمرين ومدى إمكانية استقطاب التمويل اللازم، وترفع تقريراً من خلال وزارة المالية إلى اللجنة المالية والاقتصادية يتضمن توصيتها بشأنه.

¹⁷⁵ د. حماده عبدالرازق حماده، مرجع سابق، ص 234.

ومن ضمن الجوانب الهامة التي توضحها هذه الدراسة، دراسة قابلية التنفيذ من الناحيتين التقنية والعملية، بحيث تتضمن هذه الدراسة تحليل الجوانب التقنية للمشروع لتأمين المخرجات المطلوبة كما تم التوصل إليها في دراسة الحاجة¹⁷⁶، وتحدد معايير التشغيل والتكنولوجيا المستخدمة والصيانة.

كما تتضمن هذه الدراسة استعراض الخطوط العريضة للتصاميم الهندسية المحتملة للمشروع ومدى قابليتها للتنفيذ عبر مطابقتها مع المعايير والمقاييس الإنشائية المعتمدة في الدولة ومراعاتها للقوانين ذات الصلة.

من جهة أخرى يجب دراسة الموقع من الجهة التقنية عبر إجراء تحليل لتضاريس الأرض عبر الدراسات الطبوغرافية وتحليل لطبيعة التربة ومكوناتها الجوفية عبر دراسة الجغرافية الفنية أو ما يسمى بالدراسة الجيوثقنية¹⁷⁷.

وهو ذات الاتجاه الذي سلكه المشرع المحلي لإمارة دبي فقد اشترط الجدوى الفنية فقد نص القانون المحلي لإمارة دبي في مادته رقم (5) والتي تضمنت شروط الشراكة، على أنه: "ب- يشترط لإبرام عقد الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون أن يكون المشروع ذو جدوى اقتصادية ومالية وفنية واجتماعية".

¹⁷⁶ وفق دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، يتضمن دراسة المشروع المشترك وتصميمه في حد الأدنى عدة أقسام أولها الدراسة المفصلة للحاجة، تحدد هذه الدراسة الفجوات الموجودة في الخدمة العامة، وتطل نوعها وحجمها بطريقة مفصلة، ودراسة مدى ملاءمة المشروع المقترح لسد هذه الحاجة، والتوصل إلى المحددات الفضلى للمشروع لتلبية تلك الحاجة، ويقصد بالفجوات أي تقصير سواء كان على صعيد نوعية الخدمة، الكم المطلوب من الخدمة المقدمة، أو عدم وجود أو عدم تقديم الخدمة بتاتاً.

¹⁷⁷ الصفحة 76 من دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

المبحث الثاني: الإطار الزمني ومقابل التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

يعد عقد الشراكة من العقود الزمنية التي يطول فيها التعاقد وذلك نتيجة لمحلها وهو المرفق العام أو الخدمة العامة التي يقدمها، مما يُكسب الإطار الزمني أهمية في معرفة جهة الإدارة مدة تنفيذ العقد وتاريخ تسليم المشروع لها، بالإضافة إلى ضخامة تمويل هذه المشاريع وبالتالي ينبغي أن يكون كلاً من الإطار الزمني ومقابل التعاقد واضحاً بالنسبة للطرفي. وعليه فإننا سنستعرض في المطلب الأول الإطار الزمني لعقد الشراكة، وفي الثاني مقابل التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص.

المطلب الأول: الإطار الزمني لعقد الشراكة

تتسم عقود الشراكة بالتعقيد وطول المدة الزمنية رجوعاً إلى طبيعتها المركبة، ولما كانت هذه العقود تتصل بالمرافق العامة، كان لابد من تحديد الحدود الدنيا والقصى لها. وتتأتى أهمية ذلك من التزام المتعاقد مع الجهة الحكومية في مجال تنفيذ العقد الإداري بمراعاة مدة التنفيذ المحددة في العقد، ولما يترتب على مخالفة ذلك من تأخير في التنفيذ أو التسليم من غرامات وجزاءات لجهة الإدارة أن توقعها على المتعاقد، إذ يكاد لا يخلو أي عقد إداري من النص على تنظيم غرامة التأخير وتحديد مقدارها¹⁷⁸.

¹⁷⁸د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 255.

ولمّا كانت عقود البوت تمثل إحدى الوسائل الهامة للإدارة في مجال تسيير المرفق العام، لذا فإن احترام شركة المشروع للمدد المنصوص عليها في العقد يُعد ترجمة فعلية للقاعدة الأصولية التي تحكم سير المرافق العامة بنظام واضطّراد¹⁷⁹.

وتختلف مدة التنفيذ من مشروع لآخر، فمدة تنفيذ إنشاء وتشغيل محطة كهربائية تختلف عن مدة تنفيذ إنشاء مطار أو بنية تحتية لطريق ما¹⁸⁰.

وتدل عبارة مدة التنفيذ على الفترة التي تُمنح للملتزم لتنفيذ المشروع واستثماره، وهي مدة طويلة قد تصل إلى تسعة وتسعين عاماً، وهي مدة من الضروري مراعاة إتاحتها الفرصة للمتعاقد باسترداد ما تم دفعه من نفقات، فضلاً عن ابتغائه الحصول على الأرباح على نحو معقول¹⁸¹.

وسنوضّح في ذلك المدد الزمنية بالنسبة للتشريعات المقارنة.

الإطار الزمني لعقود الشراكة وفق القانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة

تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون تنظيم الشراكة في مصر على أنه: "...ولا

يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، ...".

¹⁷⁹ محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 131.

¹⁸⁰ د. سمير برهان، مرجع سابق، ص 6.

¹⁸¹ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 256.

مع العلم بأن القانون منح مجلس الوزراء صلاحية الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة بناءً على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة مع شرط توافر مصلحة عامة جوهرية.

إلا أنه لم يمنح صلاحية الموافقة على تقليص الحد الأدنى لهذه العقود، بعبارة أخرى أي عقد تقل مدته عن خمس سنوات مع توافر العناصر الأخرى لا يعد عقد شراكة وليس لجهة الإدارة أن تبرم عقد شراكة لمدة تقل عن خمس سنوات.

وقد تتمثل المصلحة العامة في ضخامة تكلفة المشروع بما يضمن استعادة المشروع للتكاليف الاستثمارية التي تكبدتها لتمويل وإنشاء وتطوير المشروع أو تمويله وتطويره بحسب الأحوال¹⁸².

وأتى تحديد مدة العقد بهذا الشكل النوعي يرتبط بمحل وطبيعة التعاقد الضخمة، إذ يرتبط تنفيذ العقد بمرافق عامة ومشروعات بنية أساسية، وهذا يحتم عليها أن تكون ذات مدة طويلة نسبية.

ولطالما انتقد الفقه طيلة مدة عقود الشراكة على هذا النحو، ذلك أنه يعد نزولاً من الدولة عن سلطتها الأصلية في تنظيم المرفق العام وهو ما لا يجوز، كما أنه لم يعد مبرراً بعد تطور الوسائل الصناعية والعلمية الحديثة التي تسمح بإنجاز أعمال المرافق العامة في مدد قصيرة عما كان عليه الحال من قبل، كما أن طول تلك المدة على هذا النحو يصطدم باعتبارات السيادة الوطنية وخاصة بعد الانطلاقات السريعة التي شهدتها حركات الاستقلال في بلاد عدة¹⁸³، ويعد سطواً على حقوق الأجيال التي تقيد بها تلك المدة وتعتبر قيدياً بدون مبرر لأجيال بعدها أجيال¹⁸⁴.

¹⁸²د. حسن عبدالله حسن، مرجع سابق، ص 115.

¹⁸³د. محمد فؤاد عبدالباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر، ص 509.

¹⁸⁴مرجع سابق، د. حسن عبدالله حسن، ص 65.

الإطار الزمني للتعاقد بالشراكة وفق لائحة المشتريات وإدارة المخازن لدى الحكومة الاتحادية ودليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص

بالاطلاع على لائحة المشتريات التي تحكم الضوابط العامة للتعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص، فإنها لم تحدد مدة التعاقد بالشراكة، وإنما تركت حوكمة إجراءات الشراكة لوزارة المالية، وبالرجوع إلى دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص فإنه لم يحدد مدة زمنية معينة أو حدود قصوى ودنيا لتنفيذ عقود الشراكة، والجدير بالذكر أن المشرع الاتحادي فند في دليبه - الملحق رقم (1) أنواع عقود الشراكة ومن ضمن التفاصيل التي ذكرها، مدة العقد، ويتضح بأنه حدد مدة العقد بالنسبة لبعض العقود مثل عقد البوت من 20 - 30 سنة، إلا أنه ترك المدة مفتوحة بالنسبة للبعض الآخر مثل عقود البناء والتملك والتشغيل ومدتها تزيد على 25 سنة،

وعلى الرغم من ذلك كلّه نرجع إلى نقطة البداية وهي مدى إلزامية هذه النصوص بالنسبة للجهات الاتحادية والقطاع الخاص.

ولا نتفق مع المشرع الاتحادي في هذا النهج، إذ أن كلاً من المشرع المصري والمشرع المحلي لإمارة دبي، قد اتجها إلى تحديد الضوابط العامة والتي منها تحديد مدة التعاقد في القانون ذاته، وهذا على خلاف ما اتجه إليه المشرع الاتحادي، فما قيمة هذه المدد طالما أنها استرشادية وليست إلزامية، وهل ستلتزم بها الجهات الحكومية أم سترجى أمرها في ذلك إلى خطة تنفيذ المشروع المطروحة من القطاع الخاص.

الإطار الزمني للتعاقد بالشراكة وفق قانون رقم (٢٢) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي

خلافًا لما توجه إليه المشرع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، فإن المشرع المحلي لم يحدد مدة للتعاقد، وإنما ترك ذلك مفتوحاً حسب الاتفاق بين الطرفين¹⁸⁵، مع تقييد ذلك بالحد الأقصى للتعاقد وهو (30) ثلاثون عاماً من تاريخ توقيع العقد، أو التاريخ الذي تحدده لجنة الشراكة¹⁸⁶، ويجوز للجنة العليا¹⁸⁷ وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة وبناءً على توصية لجنة الشراكة على إبرام عقود شراكة لمدة تزيد على (٣٠) ثلاثين عاماً.

وقد يكون هذا الاتجاه مشابه لما سلكه المشرع المصري، من أنه حدد الحد الأقصى للتعاقد بالمشاركة وربطه بفترة (30) ثلاثون عاماً من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وقد منح مجلس الوزراء صلاحية الموافقة على إبرام عقد مشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة، شروط توافر مصلحة عامة جوهرية، وبناءً على توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة.

¹⁸⁵ وهو ما لا يتفق معه بيد أن عقود الشراكة من العقود المكلفة والتي لها طابع خاص خصوصاً وأنها متعلقة بمرفق عام وتقديم خدمات تلبي احتياجات الأفراد الضرورية، ولما كان ذلك، كان من الأجدى وإن لم يرغب المشرع المحلي بتحديد مدة زمنية معينة، تحديد الحد الأدنى والأقصى لها، وذلك لمراقبة أداء شركة المشروع والمقدرة على تنفيذ المشروع خلال الفترة الزمنية المحددة والحفاظ على استمرارية المرفق العام.

¹⁸⁶ لجنة الشراكة وفقاً للقانون المحلي هي: " اللجنة المشكلة لدى الجهة الحكومية، وفقاً لأحكام هذا القانون"، وقد منحت هذه اللجنة عدة مهام بموجب أحكام القانون دراسة وتقييم العروض المقدمة من النواحي الفنية والمالية والقانونية، وتحديد العروض المقبولة والمستبعدة، وتقييم مدى مطابقتها للشروط والمواصفات المعلنة، بدعوة مقدمي العروض أو ممثلهم القانونيين لحضور جلسة فتح المظاريف...".

¹⁸⁷ اللجنة العليا هي اللجنة العليا للسياسة المالية، أنشئت بموجب مرسوم رقم (24) لسنة 2007 بتشكيل اللجنة العليا للسياسة المالية في إمارة دبي، وتعديلاته، من ضمن اختصاصاتها، 1- مناقشة وإقرار السياسة المالية لإمارة دبي ورفعها للمجلس التنفيذي لاعتمادها، 2- اعتماد وسائل التمويل المناسبة للمشاريع الحكومية الكبرى، 3- تحديد أولويات مشاريع التطوير العامة من حيث الغايات وأساليب التمويل ومواعيد الإنجاز بما يتناسب والسياسة المالية المعتمدة وخطة دبي الاستراتيجية.

جدول (1): مدة التعاقد والصلاحيات والشروط بالنسبة للشراكة في دبي ومصر

الشروط	صلاحية الموافقة على تمديد مدة التعاقد	الحد الأقصى والأدنى لمدة التعاقد	
مصلحة عامة + توصية لجنة الشراكة	اللجنة العليا للسياسة المالية	الحد الأدنى: لا يوجد الحد الأقصى: 30 سنة	الشراكة لدى إمارة دبي
مصلحة عامة جوهرية + توصية اللجنة العليا لشؤون المشاركة	مجلس الوزراء	الحد الأدنى: 5 سنوات الحد الأقصى: 30 سنة	الشراكة لدى جمهورية مصر

المطلب الثاني: مقابل التعاقد بالشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص

قد يتمثل المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة في الثمن وهو الغالب، وقد يكون رسم، ويعد أسلوب تحديد الثمن الذي سيحصل عليه المتعاقد من جهة الإدارة من أهم المسائل التي يحرص كلا الطرفين على الاتفاق عليها في العقد بطريقة واضحة ومحددة، وذلك للحيلولة دون وقوع خلافات بصدها في المستقبل¹⁸⁸.

تختلف ماهية المقابل المالي في عقد الشراكة حسب طبيعة المشروع المتعاقد عليه، فقد يتمثل المشروع في تمويل وإنشاء وتجهيز مشروع من مشروعات البنية التحتية أو أحد المرافق العامة، ليبدأ المشروع في تقديم الخدمة العامة بنظام واضطراد طوال مدة التعاقد، أو تشغيل المشروع وتقديم الخدمة للجهة الحكومية لتقوم الأخيرة بتقديمه للجمهور، وفي هاتين الحالتين يُناط بالجهة الحكومية الاتحادية تقديم مقابل تلك الأعمال¹⁸⁹.

¹⁸⁸د. محمد قدري حسن، مرجع سابق، ص 156.

¹⁸⁹د. حسن عبدالله حسن، مرجع سابق، ص 362.

بينما قد يكون المشروع المناط إلى شركة القطاع الخاص استغلال المشروع وبيع المنتج أو تقديم الخدمة لمن تحدده الجهة الحكومية الاتحادية وبذلك يكون أداء المقابل على عاتق المنتفعين المستهلكين، وهو في حقيقته رسم مقابل خدمة¹⁹⁰.

مقابل التعاقد بالشراكة وفق القانون رقم 67 لسنة 2010 بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة

حدد المشرع المصري على ألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه¹⁹¹.

وحسناً قد فعل المشرع المصري في تحديد الحد الأدنى للتعاقد بمائة مليون جنيه إذ أنه فتح مجال أكبر لتطبيق هذا النظام القانوني على هذا النوع الضخم والمهم من المشروعات، على اعتبار أن الدولة متمثلة في الوزارات والجهات الإدارية المختلفة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة في تقديم خدماتها العامة للجمهور وبالتالي تسيير المرافق العامة بنظام واضطراد، ومن غير المنطقي أن تقوم الإدارة بتقييد هذا النوع من التعاقد بقيمة التعاقد ذاته، على النحو الذي إذا لم تكن قيمة العقد فيه مبلغاً معيناً فإنه لا يعد من ضمن عقود الشراكة وبالتالي لا يطبق عليه النظام القانوني الخاص بالشراكة، وقد يطبق عليه قانون المناقصات والمزايدات، وبالتالي لا تتوفر الضمانات والتسهيلات الواردة فيه ولا يتم مراعاة الإجراءات ذاتها وإنما إجراءات من نوع آخر، ولطالما كانت الحكمة من وجود هذا القانون توحيد المبادئ القانونية التي تحكم هذا النوع من العقود¹⁹².

¹⁹⁰ المرجع السابق، ص 363.

¹⁹¹ مما يثير التساؤل حول ما إذا كان التعاقد بين جهة الإدارة والقطاع الخاص يقدر بأقل من مائة مليون جنيه، فما هو النظام القانوني الذي سيخضع له في ظل توافر الشروط الأخرى لهذا التعاقد، فهل سيطبق قانون المناقصات والمزايدات في هذه الحالة؟ وهل من المجدي ذلك؟ بيد أنه كان الهدف من قانون تنظيم المشاركة توحيد المبادئ القانونية التي تحكم عقد الشراكة بين القطاعين.
¹⁹² د. حماده عبد الرازق حماده، مرجع سابق، ص 73.

وطبقاً لما ورد في المادة الثانية من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فلا يحق لشركة المشروع البدء في تقاضي المقابل المادي في عقود المشاركة إلا بعد أن تقوم جهة الإدارة المتعاقدة بإصدار شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة¹⁹³.

مقابل التعاقد بالشراكة وفق لائحة المشتريات وإدارة المخازن لدى الحكومة الاتحادية ودليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص

باستقراء أحكام اللائحة فإنها لم تشر إلى حدود قيمة تعاقد الجهات الاتحادية بالشراكة مع القطاع، وبالرجوع في هذا الشأن إلى الدليل يتضح أنه أشار من ضمن الشروط التي يجب أن تتوفر في المشروع ليخضع لأحكام الدليل¹⁹⁴، أن تزيد قيمة المشروع عن 200 مليون درهم ويُستثنى من هذا الشرط المشاريع ذات الطبيعة الاستراتيجية التي يتم تصنيفها ضمن مشاريع الشراكة مع القطاع الخاص بالاتفاق ما بين الجهة المعنية ووزارة المالية ممثلة بالمكتب الفني.

مقابل التعاقد بالشراكة وفق قانون رقم (٢٢) لسنة 2015 بشأن تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في إمارة دبي

يعد المقابل المالي من أهم حقوق شركة المشروع المتعاقدة مع الجهة الحكومية، لأنه الدافع الأساسي الذي يجعل شركة المشروع تتحمل مخاطر الاستثمار في مشروعات البنية

¹⁹³المرجع السابق، ص 80.
¹⁹⁴دليل أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص، 5.2 خضوع المشاريع لإرشادات هذا الدليل، (ص.44).

الأساسية¹⁹⁵، ووفقاً للمشرع المحلي لإمارة دبي فإن مقابل العقد قد يتمثل في صورة مبلغ مالي يتم تحديده في العقد أو بصورة عائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي¹⁹⁶.

وعلى خلاف المشرع المصري والاتحادي، لم يحدد المشرع المحلي حدود دنيا لقيمة التعاقد، ولكنه أوضح في مادته الثامنة¹⁹⁷ من القانون السلطات المختصة باعتماد المشروعات وفقاً لقيمة التعاقدات.

ونرى بأن المشرع المحلي قد لجأ إلى هذه الصياغة مراعاةً إلى أن المقابل المتفق عليه قد يتخذ صوراً مختلفة وذلك حسب طبيعة المشروع المطلوب تنفيذه من القطاع الخاص.

¹⁹⁵ وفاء محمود البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018، ص 255.

¹⁹⁶ عرّف القانون المحلي لإمارة دبي في مادته الأولى عقد الشراكة على أنه عقد تبرمه الجهة الحكومية مع شركة المشروع، تلتزم الشركة بموجبه تنفيذ المشروع وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بموجبه، والشروط الواردة في العقد، لمدة معينة وفي مقابل مبلغ محدد أو بعائدات المشروع بشكل كلي أو جزئي.

¹⁹⁷ تنص المادة الثامنة من القانون المحلي على أنه: "أ- يتم اعتماد مشاريع الشراكة وفقاً للصلاحيات التالية:

- 1- المدير العام أو من يفوضه، في حال كان عقد الشراكة يحقق إيراداً أو وفراً مالياً.
- 2- المدير العام أو من يفوضه، في حال كانت الكلفة الإجمالية التي سوف تتحملها الجهة الحكومية عن عقد الشراكة لا تزيد على (200.000.000) من مئتي مليون درهم.
- 3- الدائرة، في حال كانت الكلفة الإجمالية التي سوف تتحملها الجهة الحكومية عن عقد الشراكة تزيد على (200.000.000) من مئتي مليون درهم ولغاية (500.000.000) خمسمئة مليون درهم.
- 4- اللجنة العليا، في حال كانت الكلفة الإجمالية التي سوف تتحملها الجهة الحكومية عن عقد الشراكة تزيد على (500.000.000) خمسمئة مليون درهم..."

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة موضوعاً مهماً على الصعيدين الدولي والوطني، وتتأتى هذه الأهمية من محل هذا النوع من العقود إذ يقع على المرافق العامة والخدمات العامة التي تقدمها الحكومة أو جهة الإدارة للأفراد على نحو مضطرد، ولما يحمله هذا العقد من ضخامة في التمويل وتعقيد في التركيب، فقد قسمنا دراستنا إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول الضوابط المتعلقة بأطراف عقد الشراكة بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص والذي أوضحنا فيه ماهية هذا النوع من التعاقد وخصائصه بالإضافة إلى طبيعته القانونية وتكييفه القانوني من بين العقود الإدارية الأخرى.

أما في الفصل الثاني فقد عرضنا صور عقود الشراكة والإطار الزمني لتنفيذها، وبينّا فيه صور عقود الشراكة والحالات التي تلجأ بسببها الحكومة أو جهة الإدارة للتعاقد بالشراكة مع القطاع الخاص، بالإضافة إلى مقابل هذا التعاقد.

النتائج

1. أوجد المشرع الاتحادي ضوابط لعقود الشراكة تتعلق باختيار جهة الإدارة للمتعاقد وتوزيع المخاطر بين الطرفين، والمراحل السابقة على التعاقد مثل أسس اختيار الشريك وتأهيل الشركات، وقد نجح المشرع الإماراتي في تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات جهة الإدارة والمتعاقد أو المستثمر الأجنبي معها.
2. الدليل الإرشادي يضيف مرونة أكثر من ناحية اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة وكيفية توزيع واحتساب المخاطر بين الطرفين بدلاً من التقيد بوجود تشريع جامد قد يمنع الإدارة بعض الأحيان من إمكانية استقطاب الكفاءات الفنية، فقد كفل الدليل مرونة الإجراءات وإمكانية تقييم التجربة الحالية وتعديلها على النحو الذي يضمن تقليل الأخطاء لحد اختفائها بإجراءات مبسطة.
3. يتعين تحديد قيود رئيسية وفق لائحة المشتريات وإدارة المخازن الاتحادية على الجهات الحكومية الراغبة في اللجوء للتعاقد بالشراكة الالتزام بها، مثل أن يكون محل التعاقد مرفق عام أو تقديم خدمة عامة، أو أن تكون طبيعة المشروع العام مركبة وذات صفة معقدة، أن يكون التعاقد من هذا النوع عاجل على النحو الذي يعطّل مرفق من المرافق العامة حال تأخير التعاقد، وهذا كلّه يستلزم إعادة تقييم هذا النظام مع مراعاة دراسة التجارب التي تمارسها الحكومة في مشروعات المنفذة بالشراكة مع القطاع الخاص من النواحي المالية والفنية كذلك التحديات التي تواجه كلاً منهما ومنهجية إدارتها أو القضاء عليها.
4. من الممكن تطوير البنية التحتية في الدولة لعدة إمارات بشكل مرن ويسير إلا أن موضوع الشراكة يواجه ضعف في الوعي العام سواء من قبل الجهات الحكومية أو القطاع الخاص أو المجتمع، مما يستوجب إنشاء حملات إعلانية توضح تخطيط الوزارات في مشروعاتها المتعلقة بالمرافق والخدمات العامة والتي تكون بحاجة فيها إلى التعاقد مع القطاع الخاص لضمان تنفيذها بشكل فني، وتخفيف العبء المالي عن خزانة الدولة، والأهم من ذلك كلّه تقديم خدمات عامة للأفراد على أتم وجه.

التوصيات

1. عدم تقييد الجهات الاتحادية بالصور الواردة في المادة (48) من لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، وسردها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فيجوز لجهة الإدارة أن تلجأ مثلاً إلى عقود الشراكة في المشروعات ذات الطبيعة الفنية المعقدة.
2. كذلك نوصي بإعادة دراسة الأداة التشريعية لتنظيم الشراكة على مستوى الدولة، وأن يتم العمل على ذلك من خلال توحيد الجهود بين الحكومات المحلية والحكومة الاتحادية لتوحيد النظام ومنع أي تعارض قد ينشأ نتيجة وجود تشريعات محلية أخرى أو سياسات محلية، لما سيؤديه من استقرار تشريعي بالنسبة لنظام التعاقد بالشراكة وبالتالي اطمئنان المستثمرين الأجانب وجذبهم نحو مشروعات الدولة العامة.
3. أن يتم إعادة دراسة مدة التعاقد بالشراكة بالتنسيق مع حكومة دبي لتوحيد مدة عقد الشراكة حيث أنها وردت في الدليل من (30 إلى 35) عام ووردت في القانون المحلي لإمارة دبي (30) عام.

قائمة المراجع

كتب متخصصة

1. د. إلياس ناصيف، عقد ال BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
2. د. جهاد زهير ديب، عقود الامتياز، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013.
3. د. حسن عبد الله حسن، عقد المشاركة لتمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
4. د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، الطبعة الأولى، لبنان - منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
5. د. حماده عبد الرازق حماده، عقود الشراكة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، 2014.
6. د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة (PPP)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007.
7. د. سعيد حسين علي، العقد الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016، القاهرة.
8. د. شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
9. د. طه محييد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O. T وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013.
10. د. عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري بين التشريعي المصري والسعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015.
11. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
12. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، سنة 1981.

13. فراح رشيد، د. فرحي كريمة، الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة العربية، 2018.
14. علي حمزة عباس، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، 2016.
15. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
16. د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004.
17. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، 2009.
18. د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر.
19. د. محمد قدرى حسن، العقود الإدارية، مكتبة الآفاق المشرقة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2016.
20. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998.
21. وفاء محمود البيبواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018.
22. د. ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2008.

أبحاث

1. د. أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر/ تشرين الثاني 2004 – السنة الثالثة.
2. بو زيد بن محمود، تقرير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد: 06، السنة 2018.

3. أ.د. حمدي أبو النور السيد، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، 2017.
4. د. سمير برهان، عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008.
5. سيف باجيس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، المجلة الدولية للقانون، أبريل 2016.
6. عبد السلام أحمد هماش، عقود المشاركة وسيادة الدولة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008.
7. عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري بين التشريعي المصري والسعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015.
8. د. علاء محي الدين مصطفى، القيود الواردة على الإدارة في التعاقد بنظام PPP، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول 2014.
9. م. لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى، العدد الثالث والخمسون، 2011.
10. د. لبانه مشوّح، الترجمة والتنمية الفكرية، القطاع الإداري نموذجاً، مجلة جامعة دمشق، المجلد 27، العدد الثالث والرابع، 2011.
11. د. منى رمضان بطيخ، الإطار القانوني لشرعية عقد المشاركة والوسائل البديلة لتسوية منازعاته، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان - كلية الحقوق، 2012.
12. د. منذر قحف، عقود الصيانة، ورقة مقدمة لاجتماع مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الحادية عشرة، البحرين - نوفمبر 1998م.
13. ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها، شرم الشيخ - جمهورية مصر العربية، ديسمبر 2011، المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

14. هنادي فوزي حسين، سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في ضوء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 المعدلة، جامعة ذي قار / جامعة ذي قار - كلية القانون، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد الحادي عشر 2015.
15. وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، ندوة عقود المشاركة ppp بين القطاعين العام والخاص، المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

رسائل علمية

1. بن شعبان عبدالرزاق، طرق اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة محمد بو ضيايف، الجزائر، 2014.
2. حزمانى إيمان، الشروط الاستثنائية للعقود الإدارية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2014 / 2015.
3. محمد أشرف حمدونة، العوامل المحددة للشراكة بين القطاعين العام والخاص ودورها في نمو الاقتصاد الفلسطيني (رسالة ماجستير)، كلية التجارة - الجامعة الإسلامية، فلسطين، غزة، فلسطين.
4. يوسف الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت (رسالة ماجستير)، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2011.