الأمم المتحدة A

Distr.
GENERAL

الجمعية العامة

A/CN.9/458/Add.6
4 March 1999
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الثانية والثلاثون
فيينا ، ١٧ أيار/مايو - ٤ حزيران/يونيه ١٩٩٩

مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

مشاريع فصول لدليل تشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص

تقرير الأمين العام

إضافة

الفصل الخامس - تنمية البنية التحتية وتشغيلها

المحتويات

	الفقرات	الصفحة
توصيات تشريعية	١ - ١١	٣
ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية	١ - ٩١	٧
ألف - ملاحظات عامة	١	٧
بـاء - التعاقد من الباطن	٢ - ٤	٧
جيم - مشاريع التشييد	٥ - ١٧	٨
١ - استعراض خطط التشييد والموافقة عليها	٨ - ٩	٩
٢ - تغيير شروط المشروع	١٠ - ١٣	٩
٣ - صلاحيات الرصد المخولة للهيئة المتعاقدة	١٤ - ١٧	١٠
دال - تشغيل البنية التحتية	١٨ - ٤٦	١١
١ - الواجبات العامة لمقدمي الخدمات العامة	٢٠ - ٣٠	١٢
٢ - مراقبة الأسعار	٣١ - ٣٩	١٥
٣ - اشتراطات تقديم المعلومات	٤٠ - ٤١	١٨
٤ - معايير الأداء	٤٢ - ٤٣	١٩
٥ - سلطات صاحب الامتياز الإنفاذية	٤٤ - ٤٦	١٩

V.99-81628

		الفقـــرات	الصفحة
هاء -	ضمانات الأداء والتأمين	٤٧ - ٥٨	٢٠
	١ - أنواع ضمانات الأداء ووظائفها وطابعها	٤٨ - ٤٩	٢٠
	٢ - مزايا ومساوئ مختلف أنواع ضمانات الأداء . .	٥٠ - ٥٦	٢١
	٣ - ترتيبات التأمين	٥٧ - ٥٨	٢٣
واو -	التغيرات في الظروف	٥٩ - ٦٨	٢٤
	١ - التغييرات التشريعية والتنظيمية	٦٠ - ٦٣	٢٤
	٢ - التغيرات في الظروف الاقتصادية	٦٤ - ٦٨	٢٦
زاي	أحكام الإعفاء	٦٩ - ٧٩	٢٧
	١ - تعريف حالات الإعفاء	٧٠ - ٧٣	٢٧
	٢ - العواقب بالنسبة إلى الطرفين	٧٤ - ٧٩	٢٩
حاء -	حالات التقصير وسبل العلاج	٨٠ - ٩١	٣٠
	١ - اعتبارات عامة بخصوص التخلف عن الأداء وسبل العلاج	٨١ - ٨٢	٣٠
	٢ - حقوق الهيئة المتعاقدة في التدخل	٨٣ - ٨٦	٣١
	٣ - حقوق المقرضين في التدخل ونقل الامتياز إجباريا	٨٧ - ٩١	٣٢

توصيات تشريعية

١ - التعاقد من الباطن (أنظر الفقرات ٢ - ٤)

١ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على يلي :

(أ) أن يكون لصاحب الامتياز الحق في إبرام عقود - حسب الاقتضاء - لتنفيذ أشغال عامة وتشغيل مرفق البنية التحتية وصيانته . وينبغي أن تُبلَّغ الهيئة المتعاقدة بأسماء ومؤهلات المتعاقدين من الباطن الذين ارتبط بهم صاحب الامتياز ؛

(ب) أن يجوز للهيئة المتعاقدة أن تحتفظ ، بالرغم مما سبق ، بالحق في مراجعة العقود المبرمة بين صاحب الامتياز ومساهميه أو الأشخاص المنضمين اليه والموافقة عليها . ولا ينبغي عادة أن تمتنع الهيئة المتعاقدة عن الموافقة إلا إذا كانت العقود تتضمن شروطا من الواضح أنها تخالف المصلحة العامة أو تخالف قواعد إلزامية لها طابع القانون العام .

٢ - مشاريع التشييد (أنظر الفقرات ٥ - ١٧)

٢ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على ما يلي :

(أ) أن يبين اتفاق المشروع - عند الاقتضاء - إجراءات استعراض خطط التشييد ومواصفاته والموافقة عليها من جانب الهيئة المتعاقدة ؛

(ب) أن يبين اتفاق المشروع الظروف المحددة التي يجوز فيها للهيئة المتعاقدة أن تأمر باجراء تغييرات فيما يتعلق بشروط التشييد ، والتعويض الذي قد يكون مستحقا لصاحب الامتياز- حسب الاقتضاء - لتغطية التكلفة الإضافية المترتبة على التغييرات ، وإجراءات تحديد تلك التكاليف وتسويتها ، والظروف والمبالغ التي لا ينبغي بعدها أن يكون صاحب الامتياز ملزما بتنفيذ التغييرات ؛

(ج) أنه يجوز للهيئة المتعاقدة - حسب الاقتضاء - أن تحتفظ بحق رصد تشييد مرفق البنية التحتية أو التحسينات المدخلة عليه لضمان المطابقة مع المعايير الهندسية المقبولة لدى الهيئة المتعاقدة . وينبغي أن لا يتجاوز أي تعليق للمشروع تأمر به الهيئة المتعاقدة الوقت اللازم ، مع مراعاة الظروف التي أدت إلى طلب تعليق المشروع ؛

(د) أن يبين اتفـــاق المشروع إجراءات اختبار المرفق ومعداته وملحقاته ومعاينتها النهائية . وحيثما يقتضي القانون أن تقبل الهيئة المتعاقدة المرفق ، لا ينبغي الامتناع عن القبول إلا إذا وجدت الأشغال ناقصة أو معيبة .

٣ - تشغيل البنية التحتية (أنظر الفقرات ١٨ - ٤٦)

٣ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أن يبين اتفاق المشروع - حسب الاقتضاء - مدى التزام صاحب الامتياز بأن يضمن ما يلي :

(أ) توسيع الخدمة كي تلبي طلب المجتمع المحلي المخدوم أو المنطقة المخدومة ؛

(ب) استمرارية الخدمة إلا عندما يصبح توفير الخدمة مستحيلا بسبب عائق يقتضي الاعفاء ، على النحو المنصوص عليه في اتفاق المشروع ؛

(ج) توافر الخدمة لجميع المستفيدين بنفس الشروط أساسا ، باستثناء تمييز معقول بين مختلف فئات المستفيدين يستند إلى أسباب موضوعية ، على النحو المنصوص عليه في اتفاق المشروع ؛

(د) إتاحة إلامكانية دون تمييز - حسب الاقتضاء - لمقدمي الخدمات الآخرين للنفاذ الى أية شبكة بنية تحتية يديرها صاحب الامتياز ، بالشروط المثبتة في اتفاق المشروع .

٤ - حيثما تكون الأسعار التي يتقاضاها صاحب الامتياز خاضعة لرقابة خارجية من جانب هيئة رقابية ، قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أن يحدد اتفاق المشروع آليات لاجراء مراجعات دورية أو استثنائية لصيغ تعديل الأسعار .

٥ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أن يبين اتفاق المشروع ما يلي :

(أ) مدى التزام صاحب الامتياز بتزويد الهيئة المتعاقدة أو هيئة رقابية - حسب الاقتضاء - بتقارير أو معلومات أخرى عن عملياته ؛

(ب) إجراءات رصد أداء صاحب الامتياز واتخاذ ما تراه الهيئة المتعاقدة مناسبا من تدابير لضمان سلامة صيانة المرفق وتوفير الخدمات وفقا للاقتضاءات القانونية والتعاقدية المنطبقة .

٦ - قد يرغـب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أنه يجوز لصاحب الامتياز أن يصدر وأن ينفذ قواعد تنظم استخدام المرفق ، رهنا بموافقة الهيئة المتعاقدة .

٤ - ضمانات الأداء والتأمين (أنظر الفقرات ٤٧ - ٥٨)

٧ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أن يبين اتفاق المشروع ما يلي :

(أ) أشكال ضمانات التنفيذ التي قد يلزم صاحب الامتياز بتقديمها فيما يتعلق بتشييد المرافق وتشغيلها ومدة هذه الضمانات ومبالغها ؛

(ب) أشكال ومبالغ وثائق التأمين التي قد يلزم بها صاحب الامتياز لضمان تغطية تعويضات العاملين والإضرار بالبيئة ومسؤولية إلحاق الضرر بالجمهور والموظفين والإضرار بالممتلكات وخلاف ذلك من تأمين قد يلزم ليتسنى استمرار تشغيل المرفق .

٥ - التغيرات في الظروف (أنظر الفقرات ٥٩ - ٦٨)

٨ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أن يحدد اتفاق المشروع آليات لمراجعة شروط اتفاق المشروع بعد حدوث تغييرات تشريعية تؤثر في المشروع المعين بوجه التحديد أو في فئة من المشاريع المتماثلة أو مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عموما ، أو تغيرات أخرى في الظروف الاقتصادية أو المالية تجعل تنفيذ الالتزام أكثر تكلفة بكثير مما كان متوقعا أصلا دون أن تحول دون تنفيذ الالتزامات التي ارتبط بها صاحب الامتياز .

٦ - أحكام الإعفاء (أنظر الفقرات ٦٩ - ٧٩)

٩ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أن يبين اتفاق المشروع الظروف التي يجوز فيها إعفاء أي من الطرفين من المسؤولية عن عدم الوفاء بأي التزام بموجب اتفاق المشروع أو التأخر في ذلك ، في حدود كون عدم التنفيذ أو التأخر ناجما عن حدث خارج عن الحدود المعقولة لارادتهما يسبب عدم تمكن أي من الطرفين من الوفاء بالتزامه ولم يستطع الطرف المعني التغلب عليه بممارسة اليقظة الواجبة .

٧ - ظروف التقصير وسبل العلاج (أنظر الفقرات ٨٠ - ٩١)

١٠ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على أن يبين اتفاق المشروع سبل العلاج المتاحة للهيئة المتعاقدة وصاحب الامتياز في حالة تخلف من جانب الطرف الآخر .

١١ - قد يرغب البلد المضيف أن يضع أحكاما تنص على وجه التحديد على ما يلي :

(أ) أنه ، في حالة وقوع إخلال جسيم من جانب صاحب الامتياز بالوفاء بالتزاماته بموجب اتفاق المشروع ، يجوز للهيئة المتعاقدة أن تتولى مؤقتا تشغيل المرفق ، بغرض ضمان توفير الخدمة على نحو فعـّال ودون انقطاع ؛

(ب) أنه يجوز للهيئة المتعاقدة أن تبرم اتفاقات مع المقرضين تسمح لهم بتعيين صاحب امتياز جديد يقوم بالأداء وفقا لاتفاق المشروع القائم ، اذا قصر صاحب الامتياز تقصيرا جسيما في توفير الخدمة المطلوبة بمقتضى اتفاق المشروع أو اذا وقعت أحداث أخرى منصوص عليها يمكن أن تبرر إنهاء اتفاق المشروع .

ملاحظات بشأن التوصيات التشريعية

ألف - ملاحظات عامة

١ - قد يوجد تباين كبير من مشروع الى آخر في الظروف التي تجري فيها تنمية وتشغيل البنية الأساسية ، ولذلك لا يستحسن عموما محاولة استخدام تشريعات عامة لتنظيم جوانب محددة من الحقوق والالتزامات المتبادلة لكل من صاحب الامتياز والهيئة المتعاقدة . ومع ذلك ، سوف تكون هناك مسائل في غالبية مشاريع البنية التحتية قد يلزم أن يتناولها التشريع . فقد يلزم ، مثلا ، منح الهيئة المتعاقدة سلطات محددة لإبرام الترتيبات التعاقدية اللازمة لمعالجة مسائل معينة معالجة مناسبة . وعلاوة على ذلك ، قد تكون للحكومة مصلحة في ضمان إمكانية التنبؤ والاتساق في معالجة مسائل متكررة معينة متصلة بتنفيذ مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص .

باء - التعاقد من الباطن

٢ - نظرا لمدى تعقد مشاريع البنية التحتية ، عادة ما يرتبط صاحب الامتياز بواحد أو أكثر من مقاولي التشييد لتنفيذ بعض أعمال التشييد المنصوص عليها في اتفاق المشروع أو الجزء الأكبر منها . وعلاوة على ذلك ، قد يرغب صاحب الامتياز أن يرتبط بمقاولين من ذوي الخبرة في تشغيل وصيانة البنية التحتية أثناء مرحلة تشغيل المشروع . وتعترف قوانين بعض البلدان عموما بقدرة صاحب الامتياز على إبرام عقود حسب ما يلزم لتنفيذ أعمال التشييد . وقد يكون وجود حكم تشريعي يعترف بسلطة صاحب الامتياز في التعاقد من الباطن مفيدا بشكل خاص في البلدان التي توجد بها قيود على قدرة المقاولين العاملين مع الحكومة على التعاقد من الباطن .

٣ - وفي بعض البلدان تقيد حرية صاحب الامتياز في التعاقد مع مقاولين من الباطن قواعد تنص على اجراءات مناقصة أو إجراءات مماثلة يخضع لهـا منـح عقود من الباطن من مقدمي الخدمات العامة . وكثيرا ما طبقت قواعد قانونية من هذا النوع حيثما كان تشغيل مرافق البنية التحتية قاصرا على الحكومات أساسا أو كليا ، ولا يوجد به سوى قدر ضئيل أو هامشي من الاستثمار من القطاع الخاص . وكان الغرض من تلك القواعد القانونية هو ضمان الاقتصاد والكفاءة والنزاهة والشفافية في استخدام الأموال العامة . أما في حالة مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، فربما لم يعد هناك سبب قاهر يتعلق بالمصلحة العامة لأن يفرض على صاحب الامتياز الإجراء الذي يتعين عليه اتباعه لمنح العقود ، بل على العكس من ذلك ، قد يكون من شأن مثل هذه الشروط أن تثني المستثمرين المحتملين عن المشاركة ، حيث ان شركات الهندسة والتشييد عادة ما تكون من بين متعهدي المشاريع ، متوقعة الحصول على عقود رئيسية لتنفيذ أعمال التشييد وغيرها من الأعمال .

٤ - غير أن حرية صاحب الامتياز في اختيار المتعاقدين من الباطن ليست مطلقة . ففي بعض البلدان يجب على صاحب الامتياز أن يحدد في العرض الذي يقدمه المقاولين الذين سوف يجري التعاقد معهم ،

وأن يقدم معلومات عن قدرتهم التقنية ووضعهم المالي . وتشترط بلدان أخرى تقديم تلك المعلومات في وقت إبرام اتفاق المشروع أو تخضع العقود لاستعراض من جانب الهيئة المتعاقدة وموافقتها مسبقا . والغرض من هذه الشروط هو تجنب احتمالات تضارب مصالح شركة المشروع ومساهميها ، وهي نقطة عادة ما تهم المقرضين أيضا ، حيث قد يريدون ضمان عدم المغالاة في ما يدفع لمقاولي شركة المشروع . وعلى أي حال ، إذا ارتئيت ضرورة احتفاظ الهيئة المتعاقدة بحق استعراض العقود من الباطن التي تمنحها شركة المشروع والموافقة عليها ، فينبغي أن يحدد بوضوح في اتفاق المشروع الغرض من إجراءات الاستعراض والموافقة ، والظروف التي يجوز فيها للهيئة المتعاقدة عدم الموافقة . وكقاعدة عامة ، يجب عدم الامتناع عن الموافقة إلا إذا وجد أن العقود من الباطن تتضمن شروطا مخالفة للمصلحة العامة مخالفة واضحة (مثل المغالاة في المبالغ المدفوعة للمقاولين من الباطن أو تحديد التبعة على نحو غير معقول) ، أو أنها مخالفة لقواعد قانونية لها طابع القانون العام الذي ينطبق على مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في البلد المضيف .

جيم - مشاريع التشييد

٥ - كثيرا ما تتضمن القوانين واللوائح المحلية الخاصة بعقود الأشغال العامة التقليدية أحكاما واسعة النطاق تتعلق بتنفيذ العمل وإجراءات ضمان التزام المقاولين بتصميم المشروع وخلاف ذلك من مواصفاته . وعادة ما تكون الهيئات المتعاقدة المشترية لأعمال التشييد بمثابة صاحب العمل بموجب عقد التشييد وتحتفظ لنفسها بحقوق واسعة النطاق في الرصد والمعاينة ، بما في ذلك الحق في مراجعة مشروع التشييد وطلب إدخال تعديلات عليه ، والحق في متابعة أعمال التشييد وجدولها الزمني عن كثب ، وفي معاينة الأعمال بعد إتمامها وقبولها رسميا وإعطاء الإذن النهائي لبدء تشغيل المرفق .

٦ - وعلى خلاف ذلك ، قد تتوخى الهيئة المتعاقدة ، في كثير من مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، توزيعا مختلفا للمسؤوليات بين القطاعين العام والخاص . فبدلا من أن تتولى الهيئات المتعاقدة في تلك البلدان المسؤولية المباشرة عن إدارة تفاصيل المشروع ، قد تفضل تحويل هذه المسؤولية إلى صاحب الامتياز ، وذلك بإلزامه بتولي المسؤولية الكاملة عن استكمال التشييد في موعده . ويهم صاحب الامتياز أيضا ضمان استكمال المشروع في الموعد المحدد وعدم تجاوز التكلفة المقدرة ، وهو يتفاوض عادة على إبرام عقود تسليم مفتاح محددة السعر ومحددة الوقت تشمل ضمانات تنفيذ من جانب مقاولي التشييد . ولذلك يكون صاحب الامتياز هو الذي يؤدي دور صاحب العمل لغالبية الأغراض بموجب عقود التشييد في مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص .

٧ - ويتضح مما سبق أن القوانين واللوائح التي تحكم عقود الأشغال العامة التقليدية قد لا تكون مناسبة تماما لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص . ولذلك تقتصر الأحكام التشريعية بخصوص مرافق البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص في بعض البلدان على تعريف عام لالتزام صاحب الامتياز بتنفيذ أشغال عامة وفقا لشروط اتفاق المشروع ، وتمنح الهيئة المتعاقدة حقاً عاماً

في رصد سير العمل بغية ضمان مطابقته لشروط الاتفاق . وفي تلك البلدان تترك الشروط الأكثر تفصيلا لاتفاق المشروع .

١ - استعراض خطط التشييد والموافقة عليها

٨ - في الحالات التي يرى فيها أنه يلزم تناول مشاريع التشييد والمسائل ذات الصلة بها في التشريع ، يستحسن وضع إجراءات تساعد على إبقاء مواعيد الاكمال وتكاليف التشييد في حدود التقديرات وعلى تقليل احتمال حدوث نزاعات بين صاحب الامتياز والهيئات العامة المعنية . فعلى سبيل المثال ، عندما تقتضي الأحكام القانونية أن تستعرض الهيئة المتعاقدة مشروع التشييد وأن توافق عليه ، ينبغي أن يحدد في اتفاق المشروع الموعد النهائي لاستعراض مشروع التشييد وأن ينص الاتفاق على اعتبار أن الموافقة قد منحت ما لم تبد الهيئة المتعاقدة أي اعتراضات خلال الفترة المعنية . وقد يكون من المفيد أيضا أن تبين في اتفاق المشروع الأسباب التي تجيز للهيئة المتعاقدة إبداء اعتراضات أو طلب اجراء تعديلات في المشروع (مثل الأسباب المتعلقة بالسلامة والدفاع والأمن والاعتبارات البيئية أو عدم الالتزام بالمواصفات) .

٩ - وتجدر ملاحظة أنه في بعض النظم القانونية قد يتحمل الطرف الذي يتحكم نهائيا في تصميم مشروع التشييد أو مواصفاته قدرا معينا من المسؤولية عما قد ينشأ من عيوب نتيجة لقصور التصميمات أو المواصفات التي تمت الموافقة عليها . ولذلك قد يكون من المستحسن أن يوضح اتفاق المشروع عدم تحمل الهيئة المتعاقدة أية مسؤولية في هذا الصدد ، إلا في الحالات التي وفرت فيها الهيئة المتعاقدة نفسها التصميم والمواصفات (أنظر أيضا الفصل الثالث ، "اختيار صاحب الامتياز" ، ـــــ) .

٢ - تغيير شروط المشروع

١٠ - كثيرا ما تصادف أوضاع أثناء تشييد أحد مرافق البنية التحتية تجعل من الضروري أو المستحسن اجراء تعديلات في جوانب معينة من التشييد . ولذلك قد ترغب الهيئة المتعاقدة أن تحتفظ بحق طلب تعديلات تتعلق بجوانب مثل نطاق التشييد ، والصفات التقنية للمعدات أو المواد التي سوف تدخل في الأعمال أو خدمات التشييد المطلوبة وفقا للمواصفات . ويشار إلى هذه التعديلات في "الدليل" بعبارة "تغييرات" . وعبارة "تغييرات" ، بمعناها المستخدم في "الدليل" ، لا تتضمن اجراء تعديلات في التعرفات والأسعار أو إعادة النظر فيها بسبب حدوث تغييرات في التكاليف أو تقلبات في سعر العملة (أنظر الفقرات ٣٢ - ٣٧) . وبالمثل ، لا تعتبر في "الدليل" إعادة التفاوض على اتفاق المشروع في حالة حدوث تغييرات جوهرية في الظروف تغييرا (أنظر الفقرات ٥٩ - ٦٨) .

١١ - ونظرا لمدى التعقد الذي تتسم به غالبية مشاريع البنية التحتية ، لا يمكن استبعاد الحاجة إلى تغييرات في مواصفات التشييد أو خلاف ذلك من احتياجات المشروع . بيد أن هذه التغييرات كثيرا ما تؤدي إلى تأخير في تنفيذ المشروع أو في توفير الخدمة العامة ، كما أنها قد تجعل التنفيذ بموجب اتفاق المشروع أكثر تكلفة لصاحب الامتياز . وعلاوة على ذلك ، قد تتجاوز تكلفة تنفيذ طلبات لتغييرات

واسعة النطاق موارد صاحب الامتياز المالية ، مما يستلزم قدرا كبيرا من التمويل الإضافي قد لا يكون متاحا بتكلفة مقبولة . ولذلك يستحسن أن تنظر الهيئة المتعاقدة في تدابير للتحكم في احتمال الحاجة إلى التغييرات . وجودة دراسات الجدوى التي تجريها الهيئة المتعاقدة وكذلك المواصفات المقدمة أثناء عملية الاختيار تؤدي دورا هاما في تجنب التغييرات اللاحقة في المشروع (أنظر الفصل الثالث ، "اختيار صاحب الامتياز" ، ـــــ) .

١٢ - وسوف يحتاج صاحب الامتياز إلى تأكيدات بأنه لن يتكبد تكلفة أو مسؤولية إضافية بسبب التأخير الذي ينجم عن تغييرات تطلبها الهيئة المتعاقدة . ومن ثم يستحسن النص على أن يبين اتفاق المشروع الظروف المحددة التي يجوز فيها للهيئة المتعاقدة أن تطلب اجراء تغييرات تتعلق بشروط التشييد وأن يبين التعويض الذي قد يكون مستحقا لصاحب الامتياز - حسب الاقتضاء - لتغطية التكلفة الإضافية الناجمة عن التغييرات . وينبغي أيضا أن يوضح اتفاق المشروع مدى إلزام صاحب الامتياز بتنفيذ تلك التغييرات وما إن كان يجوز له أن يعترض على التغييرات وعلى أي أساس يجوز له الاعتراض في هذه الحالة . وعلاوة على ذلك ، قد يستحسن - وفقا لممارسة تعاقدية شائعة في بعض النظم القانونية - النص في اتفاق المشروع على إبراء صاحب الامتياز من التزاماته عندما يتجاوز مبلغ التكاليف الإضافية الناجمة عن التغييرات حدا أقصى معيَّناً .

١٣ - وقد اتبعت في عقود التشييد الكبيرة نهج تعاقدية مختلفة بشأن التغييرات وذلك لبيان مدى الزام المقاول بتنفيذ التغييرات والتعديلات الواجبة في سعر العقد أو مدته .[١] ويمكن استخدام تلك الحلول ، مع إجراء التغييرات الضرورية ، لمعالجة التغييرات التي تطلبها الهيئة المتعاقدة بموجب اتفاق المشروع . إلا أنه تجدر ملاحظة أنه في امتيازات البنية التحتية تكون المبالغ المدفوعة لشركة المشروع في شكل رسوم أو أسعار يدفعها المنتفعون مقابل ناتج المرفق ، وليست في شكل ثمن إجمالي لأعمال التشييد ، ولهذا فان أساليب التعويض المتعلقة بامتيازات البنية التحتية تتضمن أحيانا مزيجا من أساليب مختلفة تشمل دفع مبلغ إجمالي أو زيادة التعرفات أو مد فترة الامتياز . فقد تكون هناك ، مثلا ، تغييرات تؤدي إلى زيادة في التكلفة قد يستطيع صاحب الامتياز أن يستوعبها أو أن يمولها بنفسه وأن يستهلكها بواسطة تعديل في آلية التعرفات أو آلية الدفع ، حسب الحالة . وفي حالة عدم استطاعة صاحب الامتياز تمويل أو إعادة تمويل التغييرات وحده ، قد يرغب الطرفان أن ينظرا في دفع مبالغ إجمالية كبديل لعملية معقدة ومكلفة لإعادة التمويل .

٣ - صلاحيات الرصد المخولة للهيئة المتعاقدة

١٤ - جرت العادة في بعض النظم القانونية على أن تحتفظ الهيئات الحكومية التي تشتري مشاريع التشييد بصلاحية الأمر بتعليق أو قطع المشاريع لدواعي المصلحة العامة . ومع ذلك ، وبغية طمأنة المستثمرين المحتملين ، قد يكون من المفيد الحد من امكانية هذا التدخل بحيث يكون قاصرا على الظروف الاستثنائية ، والنص على ألا تكون مدة الانقطاع أو مداه أكثر مما ينبغي ، مع مراعاة الظروف التي أدت إلى طلب التعليق أو القطع . وقد يكون من المفيد أيضا أن يتم الاتفاق على مدة قصوى للتعليق والنص على تعويض صاحب الامتياز عن أي تعليق يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه . وعلاوة على ذلك ،

(١) للاطلاع على مناقشة للنهج وللحلول الممكنة في عقود التشييد الخاصة بتشييد المنشآت الصناعية المعقدة، أنظر الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية (منشورات الأمم المتحدة ، رقم المبيع A.87.V.10) ، الفصل الثالث والعشرون ، "شروط التغيير" .

يمكن تقديم ضمانات تكفل دفع التعويض لصاحب الامتياز عن الخسائر الناجمة عن تعليق المشروع (أنظر أيضا الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، ـــــ) .

١٥ - قد تكون الشروط الخاصة بالمعاينة النهائية والموافقة على أعمال التشييد من جانب الهيئة المتعاقدة ذات أهمية خاصة فيما يتعلق بلوائح الصحة أو السلامة أو البناء أو العمل . وقد تكون ذات أهمية أيضا فيما يتعلق بالمرافق الخاضعة لرقابة تنظيمية (للسلامة أو لأسباب مماثلة) أو حيث تكون للحكومة مسؤولية مباشرة أو متبقية تجاه الجمهور عن أي أضرار أو إصابات تعزى لعيوب في تشييد المرفق .

١٦ - وينبغي أن يبين لاتفاق المشروع بالتفصيل طبيعة اختبارات إنجاز التشييد أو معاينة المرفق بعد اكتماله ؛ والجدول الزمني للاختبارات (قد يكون من المناسب ، مثلا ، إجراء اختبارات جزئية على امتداد فترة معينة ، بدلا من إجراء معاينة واحدة في النهاية) ؛ وتبعات عدم اجتياز الاختبار ؛ والمسؤولية عن تدبير الموارد اللازمة للمعاينة وتغطية التكاليف ذات الصلة بها . وعادة ما تكون الموافقة النهائية من جانب الهيئة المتعاقدة شرطا للإذن بتشغيل المرفق . وقد وجد في بعض البلدان أنه من المفيد أن يؤذن بتشغيل المرفق على أساس مؤقت في انتظار قبول الهيئة المتعاقدة النهائي ، وإتاحة الفرصة لصاحب الامتياز لتصحيح ما قد يظهر من عيوب في ذلك الوقت . وحينما لا تكون المسائل التنظيمية أو المتعلقة بالتبعة شاغلا مباشرا للهيئة المتعاقدة ، قد تكتفي الهيئة المتعاقدة بإلزام صاحب الامتياز بإجراء الاختبارات وتقديم ضمانات مناسبة بأن المرفق صالح للتشغيل .

١٧ - وفي حالة المشاريع التي يلزم فيها تسليم المرفق والأصول المتصلة به إلى الهيئة المتعاقدة في نهاية فترة الامتياز (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدها وإنهائها" ، ـــــ) ، مثل مشاريع "البناء فالتشغيل فنقل الملكية" وما شابهها ، أو حيث يسلم التشغيل إلى الهيئة المتعاقدة مباشرة عند اكتمال أعمال التشييد ، من المهم النص في اتفاق المشروع على الشروط اللازمة لكفالة أن يكون المرفق الجاري تشييده صالحا للاستمرار في الأجل الطويل بعد انتهاء فترة الامتياز . وينبغي أيضا أن تكون لدى الهيئة المتعاقدة ضمانات بأنها ستتسلم كل ما يلزم لتشغيل المرفق على المدى الطويل ، مثل الرسومات وسجلات الصيانة المحتفظ بها أثناء تشغيل المرفق من جانب صاحب الامتياز ، وأي كتيبات وضعت للتشغيل والصيانة . ويهم أيضا عمل التدابير اللازمة لتدريب العاملين التابعين للهيئة المتعاقدة تدريبا وافيا قبل تسليم المرفق نهائيا .

دال - تشغيل البنية التحتية

١٨ - في أثناء مرحلة التشغيل ، يتعهد صاحب الامتياز بأن يتولى تشغيل مرفق البنية التحتية وصيانته وبأن يحصِّل العائد من المنتفعين . وكثيرا ما ينص في القانون على شروط تشغيل المرفق وصيانته وكذلك على معايير الجودة والسلامة ، وتبيَّن بالتفصيل في اتفاق المشروع . وفي البلدان التي يوجد فيها تشريع عام بشأن الامتيازات ، قد يقتصر القانون ، مثلا ، على وصف عام للالتزامات الرئيسية لمقدمي الخدمات العامة ويحيل المسألة إلى اتفاق المشروع . ومتى استلزم الأمر تشريعا محددا كي تضطلع الهيئة المتعاقدة بأنواع معينة من المشاريع ، كثيرا ما ينص القانون المعني على شروط تشغيل مرافق البنية التحتية ذات الصلة وصيانتها ، وتستكمله شروط أكثر تفصيلا ترد في لوائح تحكم قطاع البنية التحتية المعني وكذلك في اتفاق المشروع ، وهو نهج متبع في نظم قانونية مختلفة . وإضافة إلى ذلك ، وبالأخص في ميادين الكهرباء والمياه والصرف الصحي والنقل العام ، قد تمارس الهيئة المتعاقدة أو هيئة رقابية مستقلة وظيفة إشرافية على تشغيل المرفق . والمناقشة الشاملة للمسائل القانونية المتصلة بشروط تشغيل مرافق البنية التحتية تتجاوز نطاق "الدليل" . ولذلك لا تتضمن الفقرات التالية إلا عرضا موجزا لبعض من المسائل الرئيسية .

١٩ - والمقصود من مختلف الأحكام التنظيمية بشأن تشغيل البنية التحتية والاقتضاءات القانونية لتوفير الخدمات العامة تحقيق أغراض مختلفة ذات صلة بالمصلحة العامة . ونظرا لطول أمد مشاريع البنية التحتية عادة ، هناك احتمال بأن يلزم تعديل تلك الشروط والاقتضاءات أثناء فترة اتفاق المشروع . بيد أنه من المهم تذكر حاجة القطاع الخاص إلى إطار تنظيمي مستقر ويمكن الاعتماد عليه . فقد تؤدي التغييرات في اللوائح أو كثرة إضافة قواعد جديدة وأكثر صرامة الى اضطراب تنفيذ المشروع وتعريض جدواه المالية للخطر . ولذلك ، في حين يمكن للطرفين أن يتفقا على ترتيبات تعاقدية لمواجهة الآثار السلبية لأي تغييرات لاحقة في اللوائح التنظيمية (أنظر الفقرات ٦٠ - ٦٣) ، يستحسن أن تتجنب الهيئات الرقابية الإفراط في اصدار الأنظمة أو كثرة تغيير القواعد القائمة كثرة غير معقولة .

١ - الواجبات العامة لمقدمي الخدمات العامة

٢٠ - في مختلف النظم القانونية تكون للهيئات التي تقدم خدمات عامة التزامات خاصة تجاه المنتفعين من خدماتها أو تجاه عملائها أو تجاه غيرها من الجهات التي تقدم خدمات عامة ، وترد فيما يلي مناقشة لأكثر هذه الالتزامات شيوعا .

(أ) توسيع نطاق الخدمات

٢١ - في بعض النظم القانونية ، تعتبر الهيئة التي تعمل بموجب امتياز حكومي لتقديم خدمات أساسية معينة (مثل الكهرباء أو مياه الشرب) لمجتمع محلي أو لمنطقة وسكانها ملزمة بتوفير نظام خدمي يفي على نحو معقول بتلبية طلب ذلك المجتمع أو تلك المنطقة . وكثيرا ما لا يكون ذلك الالتزام متعلقا بالطلب الذي كان سائدا وقت منح الامتياز وحسب ، بل يعني ضمنا أيضا التزاما بمواكبة نمو المجتمع المحلي المخدوم أو المنطقة المخدومة وبتوسيع نطاق النظام تدريجيا حسب الطلب المعقول من المجتمع

أو المنطقة . ويتسم هذا الالتزام في بعض النظم القانونية بطابع الواجب العام الذي يمكن أن يتمسك به أي من سكان المنطقة المعنية أو المجتمع المعني ، وفي نظم قانونية أخرى يأخذ شكل الالتزام القانوني أو التعاقدي الذي يمكن أن تقوم بانفاذه الهيئة المتعاقدة أو هيئة رقابية ، حسب الحالة .

٢٢ - وحيث يوجد هذا الالتزام ، لا يكون مطلقا أو غير مقيد . فواجب صاحب الامتياز في أن يوسع مرافق خدماته يتوقف في بعض النظم القانونية على عوامل مختلفة ، مثل الحاجة إلى التوسيع وتكلفته والعائد الذي يمكن توقعه نتيجة للتوسيع ؛ والظروف المالية لصاحب الامتياز ؛ والمصلحة العامة التي يؤدي اليها تنفيذ التوسيع ؛ ونطاق الإلتزامات التي يتولاها صاحب الامتياز في هذا الصدد بموجب اتفاق المشروع . وفي بعض النظم القانونية ، قد يكون صاحب الامتياز ملزما بتوسيع مرافقه الخدمية حتى إن لم يكن التوسيع المعني مربحا على الفور ، أو حتى إذا أمكن أن تشتمل منطقة صاحب الامتياز فيما بعد على أجزاء غير مربحة نتيجة لتنفيذ التوسع . غير أن هذا الالتزام يكون خاضعا لقيود معينة ، حيث ان صاحب الامتياز ليس ملزما بتنفيذ توسيعات في منطقة تضع عبئا غير معقول عليه أو على عملائه . وحسب الظروف المعينة ، يمكن أن يستوعب صاحب الامتياز تكلفة تنفيذ التوسيعات في المرافق الخدمية ، أو أن ينقلها الى العملاء أو المنتفعين النهائيين في شكل زيادات في الأسعار أو رسوم استثنائية ، أو يمكن أن تستوعبها كلية أو جزئيا الهيئة المتعاقدة أو هيئة حكومية أخرى بواسطة تقديم دعم أو منح . ونظرا لتنوع العوامل التي قد يلزم أخذها في الحسبان من أجل تقدير معقولية أي توسيع معين ، يستحسن النص على أن يبين اتفاق المشروع الظروف التي يجوز فيها إلزام صاحب الامتياز بتنفيذ توسيعات في مرافقه الخدمية ، والطرق الملائمة لتمويل هذا التوسيع .

(ب) استمرارية الخدمة

٢٣ - هناك التزام آخر على مقدمي الخدمات العامة وهو ضمان استمرار تقديم الخدمة في معظم الظروف ، الا عند وقوع أحداث محددة تحديدا ضيقا تعفيهم من ذلك (أنظر أيضا الفقرات ٧٠ - ٧٣) . وفي بعض النظم القانونية ، يتسم هذا الالتزام بطابع واجب قانوني يكون منطبقا حتى إن لم يكن منصوصا عليه صراحة في اتفاق المشروع . والنتيجة المسلم بها لهذه القاعدة في النظم القانونية التي توجد فيها هي أنه لا يجوز لصاحب الامتياز أن يتذرع بظروف مختلفة قد تأذن ، بموجب المبادئ العامة لقانون العقود ، لأحد طرفي العقد بأن يعلق الوفاء بالتزاماته أو أن يتوقف عن ذلك (مثلا المشقة الاقتصادية أو الاخلال من جانب الطرف الآخر) كأسباب لتعليق توفير خدمة عامة أو التوقف عن ذلك جزئيا أو كلية . وقد تكون للهيئة المتعاقدة ، في بعض النظم القانونية ، سلطات انفاذية خاصة ، لإرغام صاحب الامتياز على استئناف الخدمة في حالة التوقف غير المشروع .

٢٤ - ويخضع هذا الالتزام هو الآخر لقاعدة عامة هي المعقولية . فثمة نظم قانونية مختلفة تعترف بحق صاحب الامتياز في تعويض عادل عن اضطراره الى تقديم الخدمة في ظروف المشقة (أنظر الفقرات ٧٤ - ٧٩) . وعلاوة على ذلك ، يعتبر في بعض النظم القانونية ، أنه لا يجوز إرغام مقدم الخدمات العامة على العمل عندما يؤدي التشغيل العام للمرفق إلى خسارة . وعندما لا تعود الخدمة العامة بأسرها

مربحة ، وليس مجرد فرع أو أكثر أو منطقة أو أكثر من فروعها أو مناطقها ، فقد يكون لصاحب الامتياز الحق في تعويض مباشر من الهيئة المتعاقدة ، أو بدلا من ذلك ، الحق في إنهاء اتفاق المشروع ، إلا أن الإنهاء يحتاج عادة إلى موافقة الهيئة المتعاقدة أو إلى حكم قضائي . ولذلك يستحسن أن يوضح اتفاق المشروع ما هي الظروف الاستثنائية التي يمكن أن تبرر تعليق الخدمة أو حتى إبراء صاحب الامتياز من التزاماته بموجب اتفاق المشروع (أنظر أيضا الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدها وإنهاؤها" ، ـــــ) .

(ج) المساواة في معاملة العملاء أو المنتفعين

٢٥ - في بعض الولايات القضائية تخضع الهيئات التي تقدم خدمات معينة للجمهور لالتزام بضمان توافر هذه الخدمة - بنفس الشروط أساسا - لجميع المنتفعين والعملاء الذين يندرجون في نفس الفئة . غير أن أي تمييز مستند إلى تصنيف معقول وموضوعي للعملاء والمنتفعين مقبول في هذه النظم القانونية ، طالما توفر خدمة متزامنة للمستهلكين والمنتفعين المشتغلين بأعمال مماثلة وفي ظروف مماثلة . ولذلك قد لا يكون تقاضي أسعار مختلفة أو عرض شروط مختلفة للحصول على الخدمة إلى فئات مختلفة من المنتفعين (مثل الاستهلاك المنزلي من ناحية والاستهلاك لأغراض الأعمال التجارية أو الصناعية من ناحية أخرى) متناقضا مع مبدأ المساواة في المعاملة ، شريطة استناد التمييز إلى معايير موضوعية ومطابقته لفوارق حقيقية بين أوضاع المستهلكين أو ظروف تزويدهم بالخدمة . ومع ذلك فعندما يكون الفارق في الرسوم أو في خلاف ذلك من شروط الخدمة قائما على فوارق حقيقة في الخدمة (مثل زيادة رسوم الخدمات الموفرة في ساعات ذروة الاستهلاك) ، يجب عادة أن يكون متناسبا مع مقدار الفارق .

٢٦ - وعلاوة على ذلك التمييز الذي يحدده صاحب الامتياز نفسه ، قد يكون تباين معاملة منتفعين أو عملاء معينين ناجما عن إجراء تشريعي . ففي بلدان كثيرة يقضي القانون بأنه يجب توفير خدمات معينة بشروط ميسرة بشكل خاص إلى فئات معينة من المنتفعين والعملاء (مثل تخفيض أسعار النقل لتلاميذ المدارس أو المسنين ، أو تخفيض أسعار المياه أو الكهرباء لمحدودي الدخل أو سكان الريف) . ويمكن لمقدمي الخدمات العامة تعويض أعباء أو تكاليف الخدمة هذه بعدة طرق ، من بينها الدعم الحكومي ، أو بواسطة صناديق أو خلاف ذلك من آليات رسمية تنشأ من أجل تقسيم الأعباء المالية لهذه الالتزامات على جميع مقدمي الخدمات العامة ، أو من خلال الدعم اداخلي المتبادل مع خدمات أخرى مربحة (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، ـــــ) .

(د) ترابط شبكات البنية التحتية وإمكانية النفاذ إليها

٢٧ - تكون الشركات التي تشغل شبكات البنية التحتية في قطاعات مثل النقل بالسكك الحديدية أو الاتصالات السلكية واللاسلكية أو الطاقة الكهربائية أو الغاز ملزمة أحيانا بأن تتيح لشركات أخرى إمكانية النفاذ إلى الشبكة . وقد يرد هذا الاقتضاء في اتفاق المشروع أو قد ينص عليه في قوانين أو لوائح تخص القطاع بالتحديد . وقد استحدثت في قطاعات معينة من البنية التحتية شروط بشأن الترابط

وامكانية النفاذ تكملة لتدابير التجزئة الرأسية ، بينما اعتمدت تلك الشروط في قطاعات أخرى من أجل تشجيع التنافس في القطاعات التي ظلت مدمجة ادماجا كليا أو جزئيا (للاطلاع على مناقشة موجزة للمسائل المتصلة ببنية السوق ، أنظر أعلاه "مقدمة ومعلومات أساسية" ، ـــــــ) .

٢٨ - وكثيرا ما يجري الزام مشغلي الشبكات بإتاحة النفاذ اليها بشروط عادلة وغير تمييزية من الناحيتين المالية والتقنية . وعدم التمييز يعني ضمناً أنه ينبغي أن تتمكن أية شركة جديدة أو مقدم خدمات جديد من استخدام البنية التحتية الخاصة بمشغل الشبكة بشروط لا تكون أقل تفضيلا من تلك التي يمنحها مشغل الشبكة لخدماته الخاصة أو لموفري الخدمات المنافسين . إلا أنه ينبغي ملاحظة أن كثيرا من الأنظمة التي تحكم إمكانية النفاذ إلى خطوط الأنابيب ، مثلا ، لا تقضي بمنح شروط مساوية تماما للناقل وللمستخدمين المنافسين . فقد يكون الالزام باتاحة النفاذ مشروطا بطريقة ما ، فيمكن أن يكون قاصرا ، مثلا ، على السعة الفائضة وحدها أو قد يشترط أن تكون اتاحة النفاذ بشروط وأحكام معقولة وليس مساوية .

٢٩ - وفي حين أن تحديد أسعار النفاذ يكون عادة على أساس التكلفة ، فسوف ترغب الهيئات الرقابية أن تحتفظ بحق رصد أسعار النفاذ لكي تضمن أن تكون مرتفعة بقدر كاف لإعطاء حافز واف للاستثمار في البنية التحتية المطلوبة ومنخفضة إلى حد كاف للسماح للشركات الداخلة حديثاً في المجال بالتنافس بشروط عادلة . وفي الحالات التي يوفر فيها مشغل الشبكة خدمات بالتنافس مع غيره من مقدمي الخدمات ، يمكن أن تكون هناك شروط بأن تكون أنشطته مفصوله من الناحية المحاسبية وذلك بغية تحديد التكلفة الفعلية لاستخدام الغير للشبكة أو لأجزاء منها .

٣٠ - وقد تكون للشروط التقنية لامكانية النفاذ نفس الأهمية ، وقد يلزم مشغلي الشبكات بتكييف شبكاتهم كي تفي باحتياجات الداخلين حديثا في المجال للنفاذ إليها . وقد تكون إمكانية النفاذ الى الشبكة بأسرها أو الى أجزاء أو شرائح محتكرة منها (يشار إليها أيضا أحياناً باسم مرافق اختناقية أو أساسية) . وتسمح حكومات كثيرة لمقدمي الخدمات بتشييد بنية تحتية خاصة بهم أو باستخدام بنية تحتية بديلة إذا كانت متاحة . وفي هذه الحالات ، قد لا يحتاج مقدم الخدمة إلا الى النفاذ إلى جزء صغير من الشبكة ، ولا يجوز إرغامه ، بموجب الكثير من اللوائح التنظيمية ، على أن يدفع أكثر من تكلفة استخدام المرفق المعين الذي يحتاج إليه ، مثل الحلقة المحلية في الاتصالات السلكية واللاسلكية ، أو قدرة النقل للإمداد بالكهرباء ، أو استخدام جزء من الخطوط في السكك الحديدية .

٢ - مراقبة الأسعار

٣١ - كثيرا ما تُخضع القوانين المحلية الأسعار التي يطلبها صاحب الامتياز لآلية ضبط ما ، باستثناء الحالات التي تكون له فيها حرية تحديد سياسته التعرفية والاقتصادية . وقد رأت بلدان كثيرة أن تكتفي بالنص في تشريعاتها على مبادئ عامة لتحديد الأسعار ، مع ترك تنفيذها الفعلي للهيئة الرقابية المعنية ولشروط التراخيص أو الامتيازات . وحيثما تستخدم تدابير مراقبة الأسعار ، يقضي القانون عادة بوجوب

الإعلان عن صيغة المراقبة مع طلب العروض ، وبوجوب إدخالها ضمن اتفاق المشروع . وعادة ما تتألف أنظمة مراقبة الأسعار من صيغ لتعديل الأسعار ومن أحكام تتعلق بالرصد بغية ضمان الالتزام بضوابط تعديل الأسعار .

(أ) الطرق المتبعة لمراقبة الأسعار

٣٢ - أكثر الطرق شيوعا المتبعة في القوانين المحلية لمراقبة الأسعار هما طريقتا معدل العائد وطريقة الحد الأقصى للسعر ، وهناك أيضا صيغ هجينة تجمع بين عناصر من الطريقتين كلتيهما . وترد فيما يلي مناقشة موجزة لهذه الطرق .

'١' طريقة معدل العائد

٣٣ - وفقا لطريقة معدل العائد تصمم آلية تعديل الأسعار بحيث تسمح لصاحب الامتياز بالحصول على عائد معين من استثماره يعبَّر عنه عادة بالنسب المئوية ويمثل متوسطاً مرجحاً لتكلفة الدين وتكلفة رأس المال السهمي . وتحدد التعرفات لأي مدة معينة على أساس إجمالي احتياج صاحب الامتياز إلى الايرادات لتشغيل المرفق ، وينطوي ذلك على تحديد تكاليفه ، والاستثمارات التي تتم من أجل توفير الخدمات ، ومعدل العائد المسموح به . ويجري استعراض التعرفات دورياً ، ويكون ذلك أحياناً كلما رأت الهيئة المتعاقدة أو غيرها من الأطراف المعنية أن العائد الفعلي أعلى أو أقل من احتياج المرفق إلى الايرادات . ولهذا الغرض ، تتحقق الهيئة المتعاقدة من نفقات المرفق وتقرر مدى جدارة الاستثمارات التي يقوم بها صاحب الامتياز بأن تحتسب في القاعدة السعرية ، وتحسب العائدات التي يلزم توليدها لتغطية النفقات المسموح بها ومعدل العائد المتفق عليه من الاستثمار .

٣٤ - ويتطلب تنفيذ طريقة معدل العائد قدراً كبيراً من المعلومات ، وكذلك مفاوضات واسعة النطاق (مثل التفاوض بشأن أوجه الإنفاق ذات الجدارة وتخصيص التكاليف) . وقد ثبت أن طريقة معدل العائد تعطي قدراً كبيراً من الضمان لمشغلي البنيات التحتية ، حيث يطمأن صاحب الامتياز الى أن التعرفات التي تفرض سوف تكون كافية لتغطية تكاليف التشغيل التي يتحملها وتسمح بمعدل العائد المتفق عليه . ونظرا لتعديل الأسعار بصفة منتظمة ، مما يجعل معدل عائد صاحب الامتياز ثابتا تقريبا ، لا يكون الاستثمار في شركات تقدم خدمات عامة معرضا إلا لقدر ضئيل من مخاطر السوق ، وتكون النتيجة عادة انخفاض تكاليف رأس المال . والعيب المحتمل في طريقة معدل العائد هو قلة تحفيزها لمشغلي البنيات التحتية على تقليل التكاليف التي يتكبدونها ، نظرا لضمان استرداد تلك التكاليف من خلال التعديلات التعرفية . بيد أنه قد يوجد مستوى ما من التحفيز اذا كانت التعرفات لا تعدل فورا أو اذا كان التعديل لا ينطبق بأثر رجعي .

'٢' طريقة الحد الأقصى للسعر

٣٥ - في طريقة الحد الأقصى للسعر ، تحدد صيغة سعرية لمدة معينة (مثل أربع أو خمس سنوات) مع مراعاة التضخم في المستقبل وازدياد الكفاءة المتوقع مستقبلا في المرفق . ويسمح للأسعار بأن تتقلب في الحدود التي تضعها الصيغة . وفي بعض البلدان ، تكون الصيغة متوسطا مرجحا لمؤشرات مختلفة ، وفي غيرها تكون الصيغة هي مؤشر للأسعار الاستهلاكية يطرح منه معامل انتاجية . وحيثما تكون هناك حاجة إلى استثمارات جديدة كبيرة ، يمكن أن تتضمن الصيغة عنصرا إضافيا لتغطية هذه التكاليف الإضافية . ويمكن أن تنطبق الصيغة على جميع خدمات الشركة أو على مجموعات مختارة من الخدمات فقط ، كما يجوز استخدام صيغ مختلفة لمجموعات مختلفة من الخدمات . بيد أن تعديل الصيغة دورياً يستند إلى حسابات من نوع حسابات معدل العائد تتطلب نفس نوع المعلومات التفصيلية المشار إليها أعلاه ، ولكن أقل تكرارا .

٣٦ - وقد يكون تنفيذ طريقة الحد الأقصى للسعر أقل تعقيداً من طريقة معدل العائد . وقد وجد أن طريقة الحد الأقصى للسعر أكثر تحفيزا لمقدمي الخدمات العامة ، حيث ان صاحب الامتياز يحتفظ ، إلى حين فترة التعديل التالية ، بالمنفعة التي ينالها من كون التكاليف أقل من التكاليف المتوقعة . ولكن في الوقت نفسه يتعرض مقدمو الخدمات العامة عادة في طريقة الحد الأقصى للسعر الى قدر من المخاطرة أكبر مما يتعرضون له في طريقة معدل العائد . وعلى الخصوص يواجه صاحب الامتياز خطر الخسارة عندما يتضح أن التكاليف أكثر مما كان متوقعا ، حيث انه لا يستطيع رفع الأسعار إلى أن يحين موعد تعديل الأسعار التالي . وزيادة التعرض للمخاطرة تزيد تكاليف رأس المال . وما لم يسمح لمعدل عائدات شركة المشروع بأن يزيد فقد توجد صعوبات في اجتذاب رأس مال جديد ، فضلا عن أن الشركة قد تجنح إلى تخفيض جودة الخدمة من أجل تقليل التكاليف .

'٣' الطرق الهجينة

٣٧ - الكثير من الطرق المتبعة حاليا لتعديل التعرفات يستخدم عناصر من كل من طريقتي الحد الأقصى للسعر وطريقة معدل العائد ، وذلك بغية تقليل المخاطرة التي يتعرض لها مقدمو الخدمات وكذلك توفير حوافز كافية لتحقيق الكفاءة في تشغيل البنية التحتية . وتستخدم إحدى هذه الطرق الهجينة جداول متحركة لتعديل التعرفات تكفل اجراء تعديلات الى الأعلى عندما يقل العائد عن حد معين واجراء تعديلات الى الأسفل عندما يتجاوز العائد حداً أعلى معينا ، مع عدم وجود تعديلات لنسب العائد الواقعة بين ذينك المستويين . وهناك طرق أخرى منها قيام الهيئة المتعاقدة باستعراض استثمارات صاحب الامتياز للتأكد من أنها مطابقة لمعايير المنفعة كي تؤخذ في الاعتبار عند حساب احتياج صاحب الامتياز من العائد . وهناك أسلوب آخر يمكن استخدامه لتحديد الأسعار ، أو بوجه أعم لرصد مستويات الأسعار ، وهو تحديد الأسعار وفقا لحد أساسي أو لمقياس . ومن خلال مقارنة عناصر التكلفة بين مقدم خدمة عامة وآخر ، وكذلك مقارنتها بالمعايير الدولية ، يمكن للهيئة المتعاقدة أن تقرر ما إن كانت تعديلات الأسعار التي يطلبها مقدم الخدمة العامة معقولة .

(ب) الاعتبارات المتعلقة بالسياسات

٣٨ - كل من الطرق الرئيسية المذكورة أعلاه لتعديل التعرفات يتسم بمزايا ومساوئ يجب أن يأخذها المشرع في الاعتبار لدى النظر في مدى ملاءمة طرق مراقبة الأسعار للظروف المحلية . ويمكن أيضا اتباع طرق مختلفة لقطاعات مختلفة من البنية التحتية . ويأذن بعض القوانين بالفعل للهيئة المتعاقدة بأن تطبق إما طريقة السعر المحدد أو طريقة معدل العائد لدى اختيار أصحاب الامتيازات ، وفقا لنطاق الاستثمارات أو الخدمات وطابعها . ومن المهم ، أيا كانت الآلية التي يقع عليها الاختيار ، النظر بعناية في قدرة الهيئة المتعاقدة على رصد أداء صاحب الامتياز رصدا وافيا وعلى تنفيذ طريقة التعديل على نحو مقبول (أنظر أيضا الفصل الأول ، "اعتبارات تشريعية عامة" ، ـــــ) .

٣٩ - ومن المهم أيضا التذكر بأنه لا يمكن وضع صيغ تعديل الأسعار نهائيا في مرة واحدة ، لأنه لا بد أن تحدث في أثناء الفترات المعنية تغييرات كبرى ، بل وغير متوقعة ، في التكنولوجيا وأسعار الصرف ومستويات الأجور والإنتاجية وخلاف ذلك من العوامل . ولذلك وضعت بلدان كثيرة آليات لاستعراض الصيغ التعرفية ، من بينها اجراء استعراضات دورية للصيغ (كل أربع أو خمس سنوات مثلا) أو اجراء استعراضات بحسب الحاجة عندما يتبين أن الصيغة المتبعة لم تضمن عائدا مناسباً لصاحب الامتياز (أنظر الفقرات ٥٩ - ٦٨) . ويحتاج نظام التعرفة أيضا إلى قدر كاف من الاستقرار وامكانية التنبؤ لكي يتسنى لمقدمي الخدمات العامة والمنتفعين منها من أن يخططوا على أساس ذلك النظام وكي يتسنى التمويل على أساس عائد يمكن توقعه . وقد يكون المستثمرون والمقرضون قلقين بشكل خاص من حدوث تغييرات تنظيمية تؤثر في طريقة تعديل الأسعار ، ولذلك يشترطون عادة إدخال صيغة تعديل الأسعار في اتفاق المشروع .

٣ - اشتراطات تقديم المعلومات

٤٠ - تفرض قوانين محلية كثيرة التزاما على مقدمي الخدمات العامة بأن يزودوا الهيئة الرقابية بمعلومات دقيقة وفي حينها عن عملياتهم ، وتمنح هذه الهيئات الرقابية حقوقا إنفاذية خاصة . وقد تتضمن هذه الحقوق تقديم الاستفسارات أو مراجعة الحسابات ، بما في ذلك اجراء مراجعات تفصيلية للأداء والامتثال ، وفرض جزاءات على الشركات غير المتعاونة ، واصدار أوامر قضائية أو اتخاذ إجراءات جزائية لانفاذ تقديم المعلومات .

٤١ - وعادة ما تلزم الشركات التي تقدم خدمات عامة بأن تحتفظ بحساباتها وبياناتها المالية وبأن تكشفها للهيئة الرقابية وكذلك بأن تمارس محاسبة تكاليف تفصيلية تسمح للهيئة الرقابية بأن تتعقب مختلف جوانب أنشطة الشركة كلا منها على حدة . وقد يلزم أيضا فحص المعاملات المالية التي تجري بين الشركة صاحبة الامتياز والشركات التابعة لها ، إذ قد تحاول الشركة صاحبة الامتياز أن تحوِّل الأرباح إلى أعمال أخرى ليست خاضعة لضوابط أو إلى شركات تابعة أجنبية . وقد تفرض أيضا على مشغلي البنية التحتية شروط خاصة بتقديم تقارير تفصيلية عن النواحي المالية وعن الأداء . بيد أنه من المهم ، على وجه العموم ، وضع حدود معقولة لمدى ونوع المعلومات التي يطلب من مشغلي البنية

التحتية تقديمهـــا . وعلاوة على ذلك ، يجب اتخاذ تدابير مناسبة لحماية سرية أي معلومات مملوكة قد يقدمها صاحب الامتياز أو الشركات التابعة له إلى الهيئة الرقابية .

٤ - معايير الأداء

٤٢ - يتعين عادة على مقدمي الخدمات العامة أن يفوا بمجموعة من المعايير التقنية والخدمية . وفي معظم الحالات تكون تلك المعايير تفصيلية إلى حد يحول دون النص عليها في التشريعات ، ويمكن أن ترد في القرارات التنفيذية أو في اللوائح التنظيمية أو خلاف ذلك من الصكوك . وكثيرا ما ينص على معايير الخدمة بتفاصيل كبيرة في اتفاق المشروع . وهى تتضمن معايير النوعية ، مثل المتطلبات المتعلقة بنقاء المياه وضغطها ؛ والحد الزمني الأقصى لتنفيذ الإصلاحات ؛ والحد الأقصى لعدد العيوب أو الشكاوى ؛ ودقة التوقيت في خدمات النقل ؛ واستمرارية توفير الخدمة ؛ إضافة إلى المعايير المتعلقة بالصحة والسلامة والبيئة . غير أن التشريع قد يفرض مبادئ أساسية توجه صوغ المعايير التفصيلية أو تقضي بالالتزام بالمعايير الدولية .

٤٣ - وتحتفظ الهيئة المتعاقدة عادة بسلطة رصد التزام شركة المشـــروع بمعاييـــر الأداء المنصـــوص عليها . ويهتم صاحب الامتياز بأن يتجنب قدر الإمكان أي انقطاع في تشغيل المرفق وبحماية نفسه من عواقب أي انقطاع . ويسعى إلى الحصول على تأكيدات بأن ممارسة الهيئة المتعاقدة لسلطاتها في الرصد والرقابة لن تؤدي إلى اضطراب أو انقطاع لا داعي له في تشغيل المرفق وأنها لن تؤدي إلى تحمل صاحب الامتياز تكاليف إضافية لا داعي لها .

٥ - سلطات صاحب الامتياز الإنفاذية

٤٤ - تخول الهيئات الحكومية عادة سلطات يقصد منها تيسير توفير الخدمة وضمان التزام المنتفعين باللوائح والقواعد ذات الصلة . وتتضمن هذه السلطات ، مثلا ، حق إصدار قواعد تتعلق بالسلامة أو مراقبة الالتزام بها والحق في تعليق توفير الخدمة في حالات طارئة أو لأسباب تتعلق بالسلامة . وتنبثق هذه السلطات عادة من السلطة الشاملة للحكومة ، وهي في بعض النظم القانونية سلطات حكومية صميمة .

٤٥ - في البلدان التي يكون فيها تقليد منح الامتيازات لتوفير الخدمات العامة راسخا ، يمكن أن يعهد إلى صاحب الامتياز بالسلطات اللازمة بتفويض من الحكومة . وعادة ما يكون مدى السلطات المعهود بها لصاحب الامتياز معرفا في اتفاق المشروع وقد لا يلزم النـــص عليـــه بالتفصيـــل فـــي التشريـــع . ومـــع ذلك فقد يكون من المفيد أن ينص القانون على أنه يجوز أن يؤذن لصاحب الامتياز بإصدار قواعد تحكم استخدام الجمهور للمرفق وباتخاذ تدابير معقولة لضمان التزام الجمهور بهذه القواعد . وقد يستحسن النص على أن تلك القواعد تصبح سارية بعد أن توافق عليها الهيئة الرقابية أو الهيئة المتعاقدة ، حسب الاقتضاء . غير أنه لا ينبغي لحق الموافقة على قواعد التشغيل التي يقترحها صاحب الامتياز أن يكون

خاضعا لحرية التقدير ، وينبغي أن يكون لصاحب الامتياز الحق في استئناف قرار رفض الموافقة على القواعد المقترحة (أنظر الفصل الأول ، "اعتبارات تشريعية عامة" ، ـــــ) .

٤٦ - ومما له أهمية خاصة لدى صاحب الامتياز مسألة ما إن كان يجوز وقف توفير الخدمة بسبب التقصير من جانب المنتفعين أو عدم التزام من جانبهم . فعلى الرغم من التزام صاحب الامتياز التزاما عاما بضمان استمرار تقديم الخدمة (أنظر الفقرتين ٢٣ - ٢٤) ، يعترف الكثير من النظم القانونية بأنه يجوز للكيانات التي توفر خدمات عامة أن تصدر وأن تنفذ قواعد تقضي بقطع الخدمة عن المستهلك أو المنتفع الذي يتخلف عن السداد أو الذي يخالف شروط الانتفاع من الخدمة مخالفة جسيمة . وكثيرا ما تعتبر هذه السلطة لازمة من أجل منع إساءة الاستخدام وضمان جدوى الخدمة اقتصاديا . ومع ذلك فنظرا لضرورة خدمات عامة معينة فقد تتطلب هذه السلطة في بعض النظم القانونية إذنا تشريعيا . وعلاوة على ذلك ، قد يكون هناك عدد من القيود أو الشروط الصريحة أو الضمنية لممارسة هذه السلطة ، مثل الشروط الخاصة بتقديم الاشعارات وسبل العلاج المحددة للمستهلك . وقد تنبثق قيود أو شروط إضافية من القواعد العامة لحماية المستهلكين (أنظر الفصل السابع ، "القانون الناظم" ، ـــــ) .

هاء - ضمانات الأداء والتأمين

٤٧ - عادة ما تستكمل التزامات صاحب الامتياز بتقديم شكل من أشكال ضمان الأداء في حالة التقصير وتغطية تأمينية لعدد من المخاطر . وفي بعض البلدان يقضي القانون عموما بأن يقدم صاحب الامتياز ضمانات وافية للأداء ، ويحيل التفاصيل إلى اتفاق المشروع . وفي بلدان أخرى يتضمن القانون أحكاما أكثر تفصيلا ، فيقضي مثلا بتقديم نوع معين من الضمان لا يزيد على نسبة مئوية معينة من الاستثمار الأساسي .

١ - أنواع ضمانات الأداء ووظائفها وطابعها

٤٨ - يوجد على وجه العموم نوعان من ضمانات الأداء . ففي أحدهما ، وهو الضمان النقدي للأداء ، لا يتعهد الضامن إلا بأن يدفع للسلطة المتعاقدة مبلغا لا يتجاوز حدا منصوصا عليه للوفاء بالتزامات صاحب الامتياز في حالة تقصيره في الأداء . وقد تأخذ ضمانات الأداء النقدية شكل تعهد بتنفيذ العقد ، أو خطاب اعتماد احتياطي ، أو ضمان يستحق عند الطلب . وفي النوع الآخر ، وهو كفالة الأداء ، يختار الضامن أحد خيارين : (أ) أن يصحح التشييد المعيب أو غير الكامل بنفسه ، أو (ب) أن يأتي بمقاول آخر لإصلاح أو إكمال التشييد وأن يعوض الهيئة المتعاقدة عن الخسائر الناجمة عن التخلف عن الأداء . وتكون قيمة هذه التعهدات في حدود مبلغ معين أو نسبة مئوية معينة من قيمة العقد . وكثيرا ما يحتفظ الضامن أيضا ، بموجب كفالة الأداء ، بالحق في إبراء ذمته من التزاماته بأن يدفع للسلطة المتعاقدة قدرا من المال . وتصدر كفالات الأداء عادة مؤسسات ضمان متخصصة ، مثل شركات الضمان وشركات التأمين . وهناك نوع خاص من كفالة الأداء هو كفالة الصيانة ، التي تحمي الهيئة المتعاقدة

من حدوث أوجه قصور في المستقبل قد تظهر أثناء فترة بدء التشغيل أو فترة الصيانة ، وتكون ضمانا بأن ينفِّذ صاحب الامتياز أي أعمال إصلاح أو صيانة أثناء فترة الضمان اللاحقة لاكمال العمل .

٤٩ - أما من حيث طبيعة الضمانات ، فيمكن عموما تقسيم ضمانات الأداء إلى ضمانات مستقلة وضمانات ملحقة ، ويقال إن الضمان "مستقل" إذا كان التزام الضامن مستقلا عن التزامات صاحب الامتياز بموجب اتفاق المشروع ، وبمقتضى الضمان المستقل (الذي كثيرا ما يسمى ضمانا مستحقا عند أول طلب) أو خطاب الاعتماد الاحتياطي يكون الضامن أو الـمصدر ملزما بالدفع عند طلب المستفيد ، ويحق للمستفيد أن يحصل على تعويض عند تقديم الصك أو الصكوك المنصوص عليها في شروط الضمان أو خطاب الضمان الاحتياطي . وقد يكون ذلك الصك مجرد إفادة بأن المقاول قصر في التنفيذ . ولا يحق للضامن أو للـمصدر أن يرفض الدفع بحجة أنه لم يحدث تقصير فعلا بموجب العقد الرئيسي ، إلا أنه يجوز بموجب القانون المنطبق على الصك ، رفض أو حجز الدفع في ظروف استثنائية للغاية ودقيقة التعريف (مثلا عندما يكون جليا أن مطالبة المستفيد احتيالية) . وعلى خلاف ذلك ، يكون الضمان ملحقا عندما ينطوي التزام الضامن على أكثر من مجرد فحص طلب دفع مستندي ، من حيث انه قد يتعين على الضامن أن يقيِّم الأدلة على مسؤولية المقاول عن التقصير في التنفيذ بموجب عقد الأشغال . وقد يختلف طابع الصلة تبعاً لاختلاف الضمانات ، وقد تتضمن وجوب إثبات مسؤولية المقاول في إجراءات تحكيمية . وتكون لكفالات الأداء ، بحكم طبيعتها ، سمة الإلحاق بالعقد الأساسي .

٢ - مزايا ومساوئ مختلف أنواع ضمانات الأداء

٥٠ - يمكن أن تكون ضمانات الأداء النقدية مفيدة بشكل خاص من وجهة نظر الهيئة المتعاقدة من حيث تغطية التكاليف الاضافية التي قد تتكبدها نتيجة لتأخير أو تقصير من جانب صاحب الامتياز . ويمكن أن يكون هذا النوع من الضمانات أيضا أداة للضغط على صاحب الامتياز لاستكمال التشييد في حينه ولتأدية التزاماته الأخرى وفقا لمقتضيات اتفاق المشروع ، بيد أن مبلغ هذه الضمانات عادة ما لا يكون إلا جزءا صغيرا للغاية من قيمة الالتزام المكفول بالضمان ولا يكفي لتغطية تكلفة تكليف طرف آخر بالتنفيذ بدلا من صاحب الامتياز أو مقاوليه .

٥١ - ومزية الضمان المستحق لدى أول طلب ، من وجهة نظر الهيئة المتعاقدة ، هي أنه يكفل الاسترداد الفوري للمبالغ التي يشملها الضمان ، دون تقديم دليل على تقصير المقاول في التنفيذ أو على مدى خسارة المستفيد . وعلاوة على ذلك ، يفضل الضامنون الذين يقدمون ضمانات التنفيذ النقدية ، ولا سيما المصارف ، الضمان المستحق لدى أول طلب ، وذلك لوضوح الشروط التي يجري بمقتضاها تقرير مسؤولياتهم عن دفع المستحقات ، ولا يكون الضامنون طرفا في منازعات تثور بين الهيئة المتعاقدة وصاحب الامتياز حول ما إن كان قد حدث تقصير في الأداء بموجب اتفاق المشروع . وهناك مزية أخرى للمصرف الذي يصدر ضمانا مستحقا لدى أول طلب ، وهي إمكانية سرعة وكفاءة استرداد المبالغ المدفوعة بمقتضى هذا الضمان من خلال إمكانية الوصول إلى أصول صاحب الامتياز مباشرة .

٥٢ - ومن مساوئ الضمان المستحق لدى أول طلب أو خطاب الاعتماد الاحتياطي ، بالنسبة إلى الهيئة المتعاقدة ، أن هذا النوع من الصكوك قد يؤدي إلى زيادة في تكاليف المشروع الإجمالية ، إذ يُلزَم صاحب الامتياز عادة بالحصول على ضمانات مقابلة كبيرة وتجنيبها لصالح المؤسسات التي تصدر الضمان المستحق لدى أول طلب أو خطاب الاعتماد الاحتياطي . وكذلك قد يرغب صاحب الامتياز الذي يصدر مثل هذا الضمان أن يحصل على تأمين ضد خطر استرداد الهيئة المتعاقدة المبلغ المشترط بمقتضى الضمان أو خطاب الاعتماد الاحتياطي حين لا يكون هناك في الواقع تقصير في الأداء من جانب صاحب الامتياز ، وتدخل تكلفة هذا التأمين ضمن تكلفة المشروع . وقد يدخل صاحب الامتياز كذلك في تكلفة المشروع التكاليف المحتملة لأي دعوى يضطر إلى إقامتها ضد الهيئة المتعاقدة من أجل استرداد المبلغ الذي طالبت به بغير وجه حق . وإضافة إلى ذلك ، في حدود استطاعة الهيئة المتعاقدة أن تحصل على المبلغ المستحق بمقتضى الضمان أو خطاب الاعتماد الاحتياطي بمجرد الادعاء بأن صاحب الامتياز قصَّر في التنفيذ ، قد يرغب صاحب الامتياز أن يحدد المبلغ الواجب الدفع بنسبة مئوية صغيرة من تكلفة المشروع ، فيحد بذلك من الخسارة التي قد يتكبدها باضطراره لتعويض الضامن في حالة مطالبته من جانب الهيئة المتعاقدة حين لم يحدث تقصير في التنفيذ .

٥٣ - ومن مساوئ الضمان المستحق عند أول طلب أو خطاب الاعتماد الاحتياطي ، بالنسبة إلى صاحب الامتياز ، أنه إذا استردت الهيئة المتعاقدة المبلغ المستحق دون وجود تقصير في الأداء من جانب صاحب الامتياز ، فقد يتكبد خسارة فورية إذا قام الضامن أو مُصدر خطاب الاعتماد بتعويض نفسه من أصول صاحب الامتياز بعد دفع قيمة الضمان إلى الهيئة المتعاقدة . وقد يواجه صاحب الامتياز أيضا صعوبات وتأخيرات في استرجاع المبلغ المطالب به دون وجه حق من الهيئة المتعاقدة .

٥٤ - وتقضي عادة شروط الضمان الملحق بأن يثبت المستفيد تقصير المقاول في التنفيذ ومدى الخسارة التي تكبدها المستفيد . وعلاوة على ذلك ، تكون الدفوع المتاحة للمدين في حالة مقاضاته بدعوى التقصير في التنفيذ متاحة أيضا للضامن . وبالتالي ، يكون هناك احتمال بأن تواجه الهيئة المتعاقدة نزاعا مطولا عندما تقدم مطالبة بمقتضى الضمان . ولكن نظرا لقلة المخاطرة التي يتحملها الضامن ، والتي تتجسد أيضا في انخفاض تكلفة الضمان الملحق ، قد يكون الحد النقدي لمسؤولية الضامن أعلى بكثير منه في حالة الضمان المستحق لدى أول طلب ، مغطيا بذلك نسبة مئوية أكبر من الأشغال التي ينبغي أداؤها بمقتضى اتفاق المشروع . وقد يكون ضمان التنفيذ الشامل مفيدا عندما لا يتيسر للهيئة المتعاقدة أن تعمل بنفسها ترتيبات لتصحيح العيوب أو لاستكمال التشييد وتحتاج إلى مساعدة طرف آخر في عمل ترتيبات للتصحيح أو الاستكمال . غير أنه حيثما ينطوي التشييد على استخدام تكنولوجيا لا يعرفها إلا صاحب الامتياز فقد يتعذر التصحيح أو الاستكمال بواسطة طرف آخر ، وقد لا تعود لضمان التنفيذ الشامل المزية الأخيرة المذكورة مقارنة بضمان التنفيذ النقدي . وبالنسبة إلى صاحب الامتياز ، تتميز الضمانات الملحقة بأنها تحافظ على قدرة صاحب الامتياز للاقتراض ، ذلك لأن الضمانات الملحقة لا تؤثر في الحد الائتماني المتاح لصاحب الامتياز عند المقرضين ، على خلاف الضمانات المستحقة لدى أول طلب وخطابات الضمان الاحتياطية .

٥٥ - ويتضح من الاعتبارات السالفة الذكر أن أنواعا مختلفة من الضمانات قد تكون مفيدة فيما يتصل بالالتزامات المختلفة التي يتعهد بها صاحب الامتياز . فبينما يفيد إلزام صاحب الامتياز بأن يقدم ضمانات وافية للتنفيذ ، يستحسن أن تترك للطرفين مسألة تحديد مدى الحاجة إلى ضمانات وأي الضمانات ينبغي تقديمها بالنسبة إلى مختلف الالتزامات التي تعهد بها صاحب الامتياز ، بدلا من النص في القانون على شكل واحد من أشكال الضمان دون غيرها . وتجدر ملاحظة أن شركة المشروع نفسها سوف تشترط أن يقدم مقاولوها مجموعة من ضمانات التنفيذ (أنظر الفقرة ٦) وأن الضمانات الإضافية لصالح الهيئة المتعاقدة تزيد عادة تكلفة المشروع الإجمالية ومدى تعقيده . وفي بعض البلدان ، تنصح التوجيهات العملية الموجهة الى الهيئات المتعاقدة المحلية بأن تنظر هذه الهيئات بعناية في ما إن كانت تلك الضمانات ضرورية والظروف التي تكون ضرورية فيها ، وما هي مخاطر الخسارة المحددة التي ينبغي تغطيتها ، وأي نوع من الضمانة يكون أكثر ملاءمة في كل حالة . وقد تتعرض للخطر قدرة شركة المشروع على تدبير التمويل اللازم للمشروع إذا حددت شروط الضمانات المطلوبة عند مستوى مُبالَغ فيه .

٥٦ - وتتعلق إحدى المشاكل الخاصة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بمدة الضمان . فقد تكون للسلطة المتعاقدة مصلحة في الحصول على ضمانات للتنفيذ تظل سارية طوال مدة المشروع ، وتغطي مرحلتي التشييد والتشغيل كلتيهما . غير أنه نظرا لطول مدة مشاريع البنية التحتية وصعوبة تقدير مختلف المخاطر التي قد تظهر ، فقد يصعب على الضامن أن يصدر كفالة أداء لمدة المشروع بأسرها أو أن يحصل على إعادة تأمين لالتزاماته بمقتضى كفالة الأداء . ومن الناحية العملية ، تتفاقم هذه المشكلة من جراء الاشتراطات التي تقضي بأن عدم تجديد كفالة الأداء يشكل سببا للمطالبة بدفع قيمة الكفالة ، وبذلك قد لا يكون مجرد السماح لشركة المشروع بتقديم كفالات لمدد أقصر من ذلك حلا مُرضيا . وثمة حل ممكن يستخدم في بعض البلدان ، وهو اشتراط تقديم كفالات منفصلة لكل من مرحلتي التشييد والتشغيل ، مما يتيح إمكانية تقدير المخاطر تقديرا أفضل ويحسن احتمالات إعادة التأمين . ويمكن تعزيز هذا النظام بتعريف دقيق للمخاطرة المراد تغطيتها أثناء فترة التشغيل ، بما يسمح بإجراء تقدير أفضل للمخاطر وبتخفيض إجمالي مقدار الكفالة . وهناك إمكانية أخرى يمكن أن تنظر فيها الهيئة المتعاقدة ، وهي اشتراط تقديم ضمانات الأداء أثناء فترات حاسمة معينة بدلا من مدة المشروع بأسرها . فمثلا ، قد تشترط كفالة أثناء مرحلة التشييد وتستمر لمدة مناسبة بعد اكتمال التشييد ، من أجل تغطية أي عيوب قد تظهر في وقت متأخر . ويمكن بعد ذلك أن تحل محل هذه الكفالة كفالة أداء لعدد معين من سنوات التشغيل ، حسب الاقتضاء ، كي تثبت شركة المشروع قدرتها على تشغيل المرفق وفقا للمعايير المطلوبة . وإذا ثبت أن أداء شركة المشروع مُرض ، يمكن التنازل عن اشتراط الكفالة لما يتبقى من مرحلة التشغيل ، حتى مدة معينة قبل انتهاء فترة الامتياز ، وقد تلزم شركة المشروع عندئذ بتقديم كفالة أخرى تضمن التزاماتها بصدد تسليم الأصول وخلاف ذلك من تدابير تصفية المشروع على نحو منظم ، حسب الاقتضاء (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدها وإنهائها" ، ـــــ) .

٣ - ترتيبات التأمين

٥٧ - تتباين ترتيبات التأمين المتعلقة بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تبعا للمرحلة التي تنطبق عليها ، ولا تشتري أنواع معينة من التأمين إلا أثناء مرحلة معينة من مراحل المشروع . ويمكن أن يشتري صاحب الامتياز أشكالا معينة من التأمين لمصلحته الخاصة ، مثل التأمين ضد التوقف المؤقت للأعمال ، بينما قد تكون أشكال أخرى من التأمين إلزامية بموجب قوانين البلد المضيف . ومن أشكال التأمين التي كثيرا ما يشترطها القانون التأمين ضد الضرر الذي يلحق بالمرفق ، والتأمين لصالح الغير ، وتأمين تعويضات العاملين ، والتأمين ضد التلوث واتلاف البيئة .

٥٨ - وكثيرا ما يلزم الحصول على وثائق التأمين الإلزامية بموجب قوانين البلد المضيف من شركة تأمين محلية أو من مؤسسة أخرى يسمح لها بالعمل في البلد ، وقد يشكل ذلك عددا من الصعوبات العملية في بعض الحالات . ففي بعض البلدان ، قد يكون نوع التغطية المتاحة محدوداً أكثر من التغطية المتاحة عادة في السوق الدولية ، وفي هذه الحالة قد يظل صاحب الامتياز معرضا لأخطار عدة قد تفوق قدرته على التأمين الذاتي . وقد يكون هذا الخطر جسيما بشكل خاص فيما يتعلق بالتأمين ضد اتلاف البيئة . وقد تنشأ مشاكل أخرى في بعض البلدان نتيجة للقيود الواقعة على قدرة شركات التأمين المحلية على إعادة التأمين ضد الأخطار في أسواق التأمين وإعادة التأمين الدولية . ونتيجة لذلك ، قد تحتاج شركة المشروع في حالات كثيرة إلى تدبير تأمين إضافي من خارج البلد ، مما يزيد من التكاليف الإجمالية لتمويل المشروع .

واو - التغيرات في الظروف

٥٩ - مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص تستمر عادة لمدة طويلة من الزمن قد تتغير خلالها ظروف كثيرة ذات صلة بالمشروع . وقد يغطي اتفاق المشروع تلقائيا أثر الكثير من هذه التغييرات ، إما من خلال ترتيبات مالية مثل هيكل تعرفات يتضمن أحكاما خاصة بربط التعرفة بمؤشر أسعار (أنظر الفقرات ٣٣ - ٣٧) ، أو من خلال تحمل أحد الطرفين - صراحة أو بالاستثناء - مخاطر معينة (فمثلا ، في حالة عدم أخذ سعر الوقود أو الكهرباء في الحسبان في آليات ربط التعرفة بمؤشر أسعار ، يتحمل صاحب الامتياز خطر أن تكون الأسعار أعلى مما كان متوقعا) . بيد أنه قد تكون هناك تغيرات لا يسهل إدخالها ضمن آلية تلقائية للتعديل ، أو يفضل الطرفان استبعادها من تلك الآلية . ومن وجهة النظر التشريعية ، تحتاج فئتان معينتان إلى عنايـة خاصة ، وهما التغييرات التشريعية أو التنظيمية والتغيرات غير المتوقعة في الظروف الاقتصادية .

١ - التغييرات التشريعية والتنظيمية

٦٠ - نظرا لطول مدة مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، قد يواجه صاحب الامتياز تكاليف إضافية في الوفاء بالتزاماته بمقتضى اتفاق المشروع تنجم عن تغييرات غير متوقعة تحدث في المستقبل في التشريع المنطبق على أنشطة صاحب الامتياز . وفي الحالات القصوى قد يكون من شأن التشريع أن يحول دون استطاعة صاحب الامتياز ماليا وماديا مواصلة تنفيذ المشروع . وبهدف النظر في

الحل المناسب لمعالجة التغييرات التشريعية ، قد يكون من المفيد التمييز بين التغييرات التشريعية التي لها تأثير خاص على مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أو على مشروع واحد معين ، من ناحية ، والتغييرات التشريعية العامة التي تؤثر أيضا في أنشطة اقتصادية أخرى لا في تشغيل البنية التحتيـــة وحده ، من ناحية أخرى .

٦١ - إن جميع مؤسسات الأعمال التجارية ، في القطاعين العام والخاص على السواء ، عرضة لتغييرات في القانون ويتعين عليها عموما أن تتعامل مع ما قد يكون لتلك التغييرات من عواقب على أعمالها ، بما في ذلك أثر التغيرات الواقع على أسعار منتجاتها أو على الطلب عليها . ويمكن أن يكون من الأمثلة على ذلك ما يلي : تغييرات في هيكل التخفيضات الضريبية على الاستثمارات تنطبق على فئات كاملة من الأصول ، سواء أكانت مملوكة للقطاع العام أو الخاص وسواء أكانت تتعلق بمشاريع البنية التحتية أم لا ؛ وصدور لوائح ذات الصلة بصحة وسلامة عمال التشييد في جميع مشاريع التشييد ، لا في مشاريع البنية التحتية وحدها ؛ وتغييرات في اللوائح التي تحكم التخلص من المواد الخطرة . ويمكن أن تعتبر التغييرات العامة في القانون مخاطرة عادية تتعرض لها الأعمال التجارية ، لا مخاطرة تخص أنشطة صاحب الامتياز بالتحديد ، وقد يصعب على الحكومة أن تتعهد بحماية مشغلي مشاريع البنية التحتية من العواقب الاقتصادية والمالية للتغييرات التشريعية التي لها تأثير مماثل على مؤسسات الأعمال التجارية الأخرى . وعلى ذلك ، قد لا يكون هناك سبب ظاهر لعدم وجوب تحمل صاحب الامتياز عواقب المخاطر التشريعية العامة ، بما فيها خطر ارتفاع التكاليف الناجم عن اجراء تغييرات في القانون المنطبق على قطاع الأعمال التجارية بأسره .

٦٢ - ومع ذلك ، فمن المهم أن تؤخذ في الحسبان الحدود المحتمله لقدرة صاحب الامتياز على التعامل مع الزيادات في التكلفة الناجمة عن تغييرات تشريعية عامة ، أو قدرته على استيعابها . فكثيرا ما يكون مشغلو مشاريع البنية التحتية خاضعين لمعايير للخدمة ولآليات لمراقبة الأسعار (انظر الفقرات ٣١ - ٣٩) تجعل من الصعب عليهم التعامل مع التغييرات التي تحدث في القانون بنفس الطريقة التي تتعامل معها بها الشركات الخاصة الأخرى (أي مثلا بزيادة التعرفات أو تقليل الخدمات) . وفي الحالات التي ينص فيها اتفاق المشروع على آليات لمراقبة الأسعار ، سوف يسعى صاحب الامتياز إلى أن يحصل على تأكيدات من الهيئة المتعاقدة والهيئة الرقابية ، حسب الاقتضاء ، بأنه سيسمح له باسترداد التكاليف الإضافية المترتبة على التغييرات التي تحدث في التشريع بأن يزيد الأسعار . وإذا تعذر إعطاء هذا التأكيد فيستحسن تفويض الهيئة المتعاقدة صلاحية التفاوض مع صاحب الامتياز بخصوص التعويض الذي قد يكون مستحقا له في حالة عدم سماح تدابير مراقبة الأسعار باسترداد التكاليف الاضافية الناتجة عن تغييرات تشريعية عامة استردادا كاملا .

٦٣ - وينشأ وضع مختلف عندما يواجه صاحب الامتياز زيادات في التكلفة نتيجة لتغييرات تشريعية محددة تستهدف المشروع المعين أو فئة من المشاريع المماثلة أو مشاريع البنية التحتية الممولة من القطـــاع الخاص عموما ، ولا يمكن أن تعتبر هذه التغييرات مخاطرة عادية في مجال الأعمال التجارية ، وقد تعدل الافتراضات الاقتصادية والمالية التي جرى التفاوض على المشروع في ضوئها تعديلا كبيرا

. وعلى ذلك ، فكثيرا ما توافق الهيئة المتعاقدة على أن تتحمل التكلفة الإضافية الناتجة عن تشريع محدد يستهدف المشروع المعين أو فئة من المشاريع المماثلة أو مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عموما . فعلى سبيل المثال ، في مشاريع الطرق العامة ، قد يؤدي تشريع يستهدف مشروعا معينا لإنشاء طريق ، أو شركة معينة لتشغيل الطرق ، أو تلك الفئة من مشاريع الطرق التي يشغلها القطاع الخاص ، إلى تعديل في الأسعار وفقا للبنود ذات الصلة في اتفاق المشروع .

٢ - التغيرات في الظروف الاقتصادية

٦٤ - توجد في بعض النظم القانونية قواعد تسمح بإعادة النظر في شروط اتفاق المشروع بعد حدوث تغيرات في الظروف الاقتصادية أو المالية تجعل الوفاء بالتزامات أحد الطرفين التعاقدية أكثر تكلفة بكثير مما كان متوقعا أصلا وقت الاتفاق عليها ، دون أن تحول دون الوفاء بها . وفي بعض النظم القانونية ، يكون مفهوما ضمنا في جميع العقود الحكومية إمكانية إعادة النظر في شروط الاتفاق ، أو يُنص على ذلك صراحة في التشريع ذي الصلة .

٦٥ - ويجري التفاوض على الاعتبارات المالية والاقتصادية لاستثمار صاحب الامتياز في ضوء افتراضات تستند إلى الظروف السائدة وقت التفاوض وتوقعات الطرفين المعقولة لكيفية تطور تلك الظروف أثناء مدة المشروع . ونظرا لطول مدة مشاريع البنية التحتية ، سوف يسعى صاحب الامتياز إلى الاتفاق على آليات توفر شيئا من الحماية ضد الآثار الاقتصادية والمالية المناوئة الناتجة عن أحداث استثنائية وغير متوقعة ما كان يمكن أن تؤخذ في الحسبان وقت التفاوض على الاتفاق ، أو كانت ستؤدي ، لو أخذت في الحسبان ، إلى اختلاف توزيع المخاطرة أو اختلاف مكافأة استثمار صاحب الامتياز . ونتيجة لذلك طبقت في عدد من البلدان قواعد تحكم إعادة النظر ، ووجد أنها مفيدة من حيث مساعدة الطرفين على التوصل إلى حلول عادلة لضمان استمرار الجدوى الاقتصادية والمالية لمشاريع البنية التحتية ، مما يمنع حدوث قصور من جانب صاحب الامتياز يعطل التنفيذ . بيد أنه قد يكون للقواعد التي تحكم إعادة النظر بعض المساوىء ، وبخاصة من وجهة نظر الحكومة .

٦٦ - والتغيرات في الظروف الاقتصادية ، مثلها مثل التغييرات التشريعية العامة ، هي مخاطر تتعرض لها غالبية مؤسسات الأعمال التجارية ، دون سبيل للرجوع إلى ضمان عام من الحكومة يحمي تلك المؤسسات من الآثار الاقتصادية والمالية المترتبة على تلك التغيرات . وقد يؤدي الالتزام غير المشروط من الهيئة المتعاقدة بتعويض صاحب الامتياز عن التغيرات في الظروف الاقتصادية إلى إلقاء جزء كبير من المخاطر التجارية التي كان مفترضا أصلا أن يتحملها صاحب الامتياز على عاتق القطاع العام ، ويمثل ذلك مسؤولية مالية غير محددة . وعلاوة على ذلك ، تجدر ملاحظة أن مستوى التعرفة المقترح والعناصر الأساسية لتوزيع المخاطرة هي عوامل هامة - إن لم تكن حاسمة - في اختيار صاحب الامتياز . وقد يؤدي الإفراط في اللجوء إلى إعادة التفاوض بخصوص المشروع إلى تقديم عروض منخفضة إلى حد غير واقعي أثناء عملية الاختيار ، توقعا لزيادات في التعرفات بعد منح المشروع .

ولذلك فقد تكون للهيئة المتعاقدة مصلحة في وضع حدود معقولة للأحكام القانونية أو الشروط التعاقدية التي تأذن بإعادة النظر في اتفاق المشروع عند حدوث تغيرات في الظروف الاقتصادية .

٦٧ - وقد يستصوب أن ينص في اتفاق المشروع على أن التغير في الظروف الذي يبرر إعادة النظر في اتفاق المشروع يجب أن يكون خارجا عن إرادة صاحب الامتياز ، وأن يكون ذا طابع ما كان من المعقول أن يتوقع من صاحب الامتياز أن يأخذه في الحسبان وقت التفاوض على المشروع أو أن يتجنبه أو أن يتغلب على عواقبه . فعلى سبيل المثال ، ربما لا يمكن أن يتوقع من مشغل طريق بمكوس حاصل على امتياز حصري (أنظر الفصل الرابع ، "اتفاق المشروع" ، ـــــ) أن يأخذ في حسبانه وأن يتحمل مخاطرة نقص الحركة على الطريق نتيجة لقيام كيان آخر غير الهيئة المتعاقدة بفتح طريق بديل خال من المكوس في وقت لاحق . غير أنه يتوقع عادة من صاحب الامتياز أن يأخذ في الحسبان احتمال حدوث زيادات معقولة في تكاليف اليد العاملة أثناء مدة المشروع . وعلى ذلك ، لا يكون ارتفاع الأجور بأكثر مما كان متوقعا سببا كافيا ، في الأحوال العادية ، لإعادة النظر في اتفاق المشروع .

٦٨ - وقد يُستصوب أيضا النص في اتفاق المشروع على أنه يلزم لطلب إعادة النظر في اتفاق المشروع أن تبلغ التغيرات المزعومة في الظروف الاقتصادية أو المالية حدا أدنى معينا بالنسبة الى إجمالي تكلفة المشروع أو عائد صاحب الامتياز . وقد تكون مثل تلك القاعدة مفيدة من أجل تجنب اجراء مفاوضات مضنية بخصوص تعديلات لمواجهة تغيرات ضئيلة ، حتى تتراكم تلك التغيرات وتشكل رقما يستحق النظر فيه . وفي بعض البلدان ، توجد قواعد تضع حدا أعلى للمبلغ التراكمي للتنقيحات الدورية لاتفاق المشروع . والغرض من تلك القواعد هو تجنب إساءة استخدام آلية التغيير بصفة وسيلة لتحقيق توازن مالي شامل لا علاقة له بالتوازن المالي الذي توخاه اتفاق المشروع الأصلي . بيد أن تلك الحدود قد تشكل من وجهة نظر صاحب الامتياز والمقرضين تعرضا كبيرا للمخاطرة ، وذلك ، مثلا ، في حالة حدوث زيادات هائلة في التكلفة نتيجة لتغير الظروف تغيرا كبيرا بقدر استثنائي . ولذلك يتعين توخي الحرص لدى النظر في استصواب وضع مثل هذا الحد الأعلى والمبلغ المناسب .

زاي - أحكام الإعفاء

٦٩ - قد تقع أحداث في أثناء مدة مشروع من مشاريع البنية التحتية تعوق تنفيذ أحد الطرفين التزاماته التعاقدية . وعادة ما تكون الأحداث المسببة لمثل هذا العائق خارجة عن إرادة أي من الطرفين ، وقد تكون ذات طابع مادي ، مثل الكوارث الطبيعية ، أو قد تكون نتيجة لفعل الإنسان ، مثل الحرب أو الشغب أو الهجوم الإرهابي . وتعترف نظم قانونية كثيرة بأن الطرف الذي لا ينفذ التزاما تعاقديا نتيجة لوقوع أنواع معينة من الأحداث يجوز إعفاؤه من عواقب عدم التنفيذ هذا .

١ - تعريف حالات الإعفاء

٧٠ - يعتبر عادة من الظروف التي تؤدي الى الإعفاء الأحداث الخارجة عن إرادة أحد الطرفين التي تتسبب في عدم إمكانية الطرف تنفيذ التزامه ولا يستطيع الطرف أن يتغلب عليها بالاجتهاد اللازم . ومن بين الأمثلة الشائعة ما يلي : الكوارث الطبيعية (مثل الأعاصير والفيضانات والجفاف والزلازل والعواصف والحرائق والبرق) ؛ والحرب (سواء أكانت معلنة أم غير معلنة) أو أي نشاط عسكري آخر، بما في ذلك الشغب والاضطرابات المدنية ؛ وتعطل المرفق أو تخريبه ، والأفعال الارهابية ، والإتلاف الإجرامي أو التهديد به ؛ والتلوث الإشعاعي أو الكيميائي أو الإشعاع المؤيَّن ؛ وآثار العوامل الطبيعية ، بما فيها الظروف الجيولوجية التي لا يمكن التنبؤ بها ومقاومتها ؛ واضرابات العاملين ذات الأثر الاستثنائي .

٧١ - ولا يشير بعض القوانين إلى الظروف المؤدية الى الاعفاء إلا بشكل عام ، بينما تتضمن قوانين أخرى قوائم شاملة للظروف التي تعفي الطرفين من التنفيذ بمقتضى اتفاق المشروع . وقد يخدم هذا الأسلوب الأخير أغراض ضمان معاملة متسقة لجميع المشاريع التي تنفذ بموجب التشريع ذي الصلة ، فيتجنب بذلك مواقف يحصل فيها أحد أصحاب الامتياز على شروط لتوزيع المخاطر أفضل مما يُنص عليه في اتفاقات مشاريع أخرى . غير أنه من المهم النظر في المساوئ المحتملة لإدراج قائمة في الأحكام التشريعية أو التنظيمية بالأحداث التي تعتبر عوائق تؤدي الى الإعفاء في جميع الحالات . فثمة خطر من أن تكون القائمة ناقصة وتغفل عوائق هامة . وإضافة إلى ذلك ، قد تكون كوارث طبيعية معينة ، مثل العواصف والاعاصير والفيضانات ، أحوالا عادية في وقت معين من السنة عند موقع المشروع ، ولذلك قد تمثل تلك الكوارث الطبيعية مخاطر يتوقع من أي كيان يقدم خدمات عامة في المنطقة أن يتحملها .

٧٢ - وهناك جانب آخر قد يلزم النظر فيه بعناية ، وهو ما إن كان يجوز أن تشكل أفعال معينة من جانب هيئات حكومية غير الهيئة المتعاقدة عوائق مؤدية الى الاعفاء وإلى أي مدى . فقد يلزم صاحب الامتياز بالحصول على ترخيص أو على شكل آخر من الموافقة الرسمية لتنفيذ بعض من التزاماته . ولذلك فقد ينص اتفاق المشروع على أنه في حالة رفض الترخيص أو الموافقة ، أو إذا منحا ثم سحبا في وقت لاحق ، بسبب عجز صاحب الامتياز نفسه عن الوفاء بالمعايير ذات الصلة اللازمة لإصدار الترخيص أو الموافقة ، لا يستطيع صاحب الامتياز أن يعتمد على الرفض كعائق يؤدي الى الاعفاء . أما في حالة رفض الترخيص أو الموافقة بسبب دوافع خارجية أو غير سليمة فيكون من العدل أن ينص على أن صاحب الامتياز يستطيع أن يعتمد علىالرفض كعائق يؤدي الى الاعفاء . وقد يكون هناك عائق محتمل آخر يتمثل في توقف المشروع نتيجة فعل من جانب هيئة حكومية غير الهيئة المتعاقدة ، مثلا نتيجة لحدوث تغييرات في الخطط والسياسات الحكومية تستلزم ايقاف المشروع أو إجراء تعديلات كبيرة فيه ، مما يؤثر إلى حد كبير على الخطط الأصلية . وفي هذه الأوضاع ، قد يكون من المهم النظر في العلاقة المؤسسية التي تربط بين الهيئة المتعاقدة والهيئة الحكومية التي تُحدث العائق وكذلك مدى استقلالهما عن بعضهما . فالحدث الذي يصنف على أنه عائق معف يمكن أن يعد ، في بعض الحالات ، انتهاكا سافرا لاتفاق المشروع من جانب الهيئة المتعاقدة ، بحسب ما إن كان من المعقول أن يعتبر أنه كان في وسع الهيئة المتعاقدة أن تتحكم في أفعال الهيئة الحكومية الأخرى أو أن تؤثر عليها .

٧٣ - وفي ضوء ما سبق ، يستحسن أن تحدد في اتفاق المشروع الظروف التي تعفي أيا من الطرفين من الأداء بمقتضى اتفاق المشروع ، كي تترك للطرفين الحرية اللازمة للوصول إلى ترتيبات مناسبة . ومن أجل تجنب الخلافات العملية ، ينبغي لاتفاق المشروع أن يوضح كذلك ما إن كانت الظروف التي تؤدي الى الإعفاء تحدث آثارا تلقائية أم يجب أن يثبت الطرفان حدوثها باتباع إجراء خاص .

٢ - العواقب بالنسبة إلى الطرفين

٧٤ - في بعض النظم القانونية يؤدي حدوث أحد العوائق المفضية الى الإعفاء الى تعليق تنفيذ المشروع أو تعليق تشغيل الامتياز طوال مدة وجود ذلك العائق . وفي نظم قانونية أخرى لا يكون اتفاق المشروع معلقا من الناحية الفنية ، ولكن إذا كان طابع الظروف يحول دون وفاء صاحب الامتياز بالتزاماته بمقتضى اتفاق المشروع فلا يفسر عدم القدرة على أنه إخلال بعقد المشروع . والمسألتان الرئيسيتان اللتان يتعين النظر فيهما فيما يتعلق بوقوع أي حدث معف هما ما إن كان يمنح وقت إضافي لتنفيذ الالتزام وأي الطرفين يتحمل التكاليف المترتبة على التأخير أو تكلفة إصلاح الممتلكات التالفة .

٧٥ - وأثناء مرحلة التشييد يكون عادة حدوث ظروف مفضية الى الإعفاء مبررا لمد الفترة المسموح بها لاكمال المرفق . ومن المهم في هذا الصدد النظر في الآثار المترتبة على هذا المد بالنسبة إلى مدة المشروع الكلية ، خاصة عندما تؤخذ مرحلة التشييد في الاعتبار في حساب المدة الإجمالية للامتياز . فالتأخير في استكمال المرفق يؤدي إلى تقليل مدة التشغيل وقد يؤثر سلبياً على تقديرات صاحب الامتياز والمقرضين الإجمالية للعائد . ولذلك فقد يستحسن النظر في ماهية الظروف التي تبرر تمديد مدة الامتياز كي تؤخذ في الاعتبار التمديدات المحتملة أثناء مرحلة التشييد . وأخيراً ، يستحسن النص على أنه إذا كان الحدث المعني ذا طابع دائم فيجوز أن يكون للطرفين خيار إنهاء اتفاق المشروع (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدها وإنهاؤها" ، ـــــ) .

٧٦ - وهناك مسألة هامة أخرى ، وهي ما إن كان يحق لصاحب الامتياز أن يحصل على تعويض عن أي خسارة في العائد أو عن أي تلف ناتج من حدوث ظروف مفضية الى الإعفاء . وترد الإجابة في توزيع المخاطر المنصوص عليه في اتفاق المشروع . وباستثناء الحالات التي توفر فيها الحكومة شكلا ما من الدعم المباشر (أنظر الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، ـــــ) ، عادة ما يتحمل صاحب الامتياز المخاطرة في مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، بما في ذلك مخاطر الخسائر التي قد تنجم عن الكوارث الطبيعية وخلاف ذلك من ظروف مؤدية الى الإعفاء ، وهي ظروف يكون على صاحب الامتياز عادة أن يحصل على تغطية تأمينية كافية لها (أنظر الفقرتين ٥٧ - ٥٨) . وعلى ذلك ، قد يستبعد بعض القوانين صراحة أي شكل من التعويض لصاحب الامتياز في حالة خسارة أو تلف نتيجة لحدوث ظروف مفضية الى الاعفاء . غير أن ذلك لا يستتبع بالضرورة أن الحدث الذي يعتبر ظرفا مؤديا الى الإعفاء لا يجوز أن يبرر ، في الوقت نفسه ، إعادة النظر في شروط اتفاق المشروع من أجل استعادة توازنه الاقتصادي والمالي (أنظر أيضا الفقرات ٥٩ - ٦٨) .

٧٧ - بيد أنه يوجد نوع آخر من توزيع المخاطر يتوخى أحيانا للمشاريع المتعلقة بتشييد مرافق تملكها الهيئة المتعاقدة ملكية دائمة أو التي ينص على نقل ملكيتها إلى الهيئة المتعاقدة عند إنتهاء مدة المشروع . وفي بعض البلدان يؤذن للهيئة المتعاقدة بأن تتخذ ترتيبات لمساعدة صاحب الامتياز في إصلاح أو إعادة تشييد مرافق البنية التحتية التي تصاب بتلف نتيجة للكوارث الطبيعية أو ما شابه ذلك من أحداث محددة في اتفاق المشروع ، شريطة أن تكون إمكانية هذه المساعدة واردة في طلب العروض . ويؤذن أحيانا للهيئة المتعاقدة بأن توافق على دفع تعويض لصاحب الامتياز في حالة انقطاع العمل بما يتجاوز عددا معينا من الأيام حتى حد أقصى من الزمن ، إذا كان الانقطاع ناتجا عن حدث لا يكون صاحب الامتياز مسؤولا عنه .

٧٨ - وفي حالة عجز صاحب الامتياز عن التنفيذ بسبب أي عائق من هذا النوع ، وإذا عجز الطرفان عن الوصول إلى تنقيح مقبول للعقد ، يأذن بعض القوانين الوطنية لصاحب الامتياز بإنهاء اتفاق المشروع ، دون إخلال بما قد يستحق من تعويض في هذه الظروف (أنظر الفصل السادس ، "إنتهاء مدة المشروع وتمديدها وإنهاؤها" ، ـــــ) .

٧٩ - والأحكام القانونية والشروط التعاقدية بشأن الظروف المفضية الى الإعفاء يجب أن ينظر فيها أيضا في ضوء القواعد الأخرى التي تحكم تقديم الخدمة المعنية . فالقانون في بعض النظم القانونية يلزم مقدمي الخدمات العامة بأن يبذلوا قصارى الجهود لمواصلة توفير الخدمة رغم حدوث الظروف المعرَّفة بأنها عوائق تعاقدية (أنظر الفقرتين ٢٣ - ٢٤) . وفي تلك الحالات يستحسن النظر في مدى معقولية فرض التزام على صاحب الامتياز ، وفي التعويض الذي قد يكون مستحقا عن التكاليف الإضافية التي يتكبدها وعما يواجهه من مشقة .

حاء - حالات التقصير وسبل العلاج

٨٠ - هناك عموما طائفة واسعة من سبل العلاج يمكن للطرفين أن يتفقا عليها لمعالجة عواقب التقصير ، التي قد تصل الى إنهاء العقد . ويتناول هذا الباب اعتبارات عامة بشأن التقصير وسبل العلاج من جانب أي من الطرفين (أنظر الفقرتين ٨١ - ٨٢) . ويتناول الباب الآثار التشريعية لأنواع معينة من سبل العلاج التي يقصد منها تصحيح أسباب التقصير والمحافظة على استمرارية المشروع ، وعلى الأخص تدخل الهيئة المتعاقدة (أنظر الفقرات ٨٣ - ٨٦) أو استبدال صاحب الامتياز (أنظر الفقرات ٨٧ - ٩١) . وترد في مكان آخر من **الدليل** مناقشة لآخر سبل العلاج ، وهو إنهاء اتفاق المشروع ، وعواقب الإنهاء (أنظر الفصل السادس ، "إنتهاء مدة المشروع وتمديدها وإنهاؤها" ، ـــــ) .

١ - اعتبارات عامة بخصوص التخلف عن الأداء وسبل الانتصاف

٨١ - إن سبل علاج تقصير صاحب الامتياز تشمل عادة سبل العلاج التي ترد عادة في عقود التشييد أو عقـود الخدمات الطويلة الأجل ، مثل مصـادرة الضمان ، والجزاءات التقاعدية ، والتعويضات المقطوعة .[٢] وفي غالبيـة الحالات تكون سبل العلاج هذه تعاقدية ولا تثيـر اعتبـارات تشريعيـة ذات

---

(٢) للاطلاع على مناقشة لسبل الانتصاف المستخدمة في عقود تشييد المنشآت الصناعية المعقدة ، أنظر **الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية** ، الفصل الثامن عشر ، "التأخير والعيوب وغير ذلك من أوجه الإخـلال بالتنفيذ" .

شأن . ومع ذلك ، فمن المهم وضع إجراءات ملائمة للتحقق من أوجة التقصير ولمنح فرص لتصحيح هذا التقصير . وفي بعض البلدان ، يلزم لفرض جزاءات تعاقدية صدور نتائج معاينات رسمية واتخاذ خطوات إجرائية أخرى ، من بينها اجراء مراجعة للهيئة المتعاقدة من جانب مسؤولين كبار قبل فرض جزاءات أكثر شدة . ويمكن دعم تلك الإجراءات بأحكام تميز بين العيوب التي يمكن إصلاحها والعيوب التي يتعذر إصلاحها ، وتحديد ما يقابل ذلك من إجراءات وسبل علاج . ويستحسن عادة النص على ضرورة توجيه إنذار الى صاحب الامتياز بإصلاح الإخلال في غضون فترة كافية . وقد يستحسن أيضا النص على دفع صاحب الامتياز جزاءات أو تعويضات مقطوعة في حالة الإخلال بتنفيذ التزامات أساسية معينة ، وتوضيح عدم انطباق أي جزاءات في حالة الإخلال بالتزامات ثانوية أو تبعية يمكن الحصول على سبل علاج لها بموجب القانون الوطني . وعلاوة على ذلك ، فإن نظام رصد التنفيذ الذي يتضمن فرض جزاءات أو تعويضات مقطوعة يمكن دعمه بنظام منح استثنائية تدفع لصاحب الامتياز اذا قام بإصلاحات تتجاوز الشروط المتفق عليها .

٨٢ - وفي حين أن الهيئة المتعاقدة تستطيع أن تحمي نفسها من عواقب الاخلال من جانب صاحب الامتياز بواسطة أشكال متنوعة من الترتيبات التعاقدية التي يمكن إنفاذها قضائيا ، فقد تكون سبل العلاج المتاحة لصاحب الامتياز خاضعة بموجب القانون المنطبق لعدد من القيود . وقد تكون هناك قيـود هامـة تنبثق من القواعد القانونية التي تعترف بحصانة الهيئات الحكومية من المقاضاة ومن إجراءات الإنفاذ . وتبعا للطابع القانوني للهيئة المتعاقدة أو غيرها من الهيئات الحكومية التي تتعهد بالتزامات تجاه صاحب الامتياز ، قد يُحرم صاحب الامتياز من إمكانية إنفاذ إجراءات للحصول على أداء الالتزامات التي تتعهد بها تلك الهيئات العامة (أنظر الفصل السابع ، "تسوية النزاعات" ، ـــــ) . ويزيد هذا الوضع من أهمية توفير آليات لحماية صاحب الامتياز من عواقب الإخلال من جانب الهيئة المتعاقدة ، وذلك مثلا من خلال ضمانات حكومية تغطي حالات محددة من الإخلال ، أو ضمانات من أطراف أخرى ، مثل مؤسسات الإقراض المتعددة الأطراف (أنظر أيضا الفصل الثاني ، "مخاطر المشروع والدعم الحكومي" ، ـــــ) .

٢ - حقوق الهيئة المتعاقدة في التدخل

٨٣ - يأذن بعض القوانين الوطنية صراحة للهيئة المتعاقدة بأن تتولى تشغيل المرفق مؤقتا ، ويكون ذلك عادة في حالة حدوث تقصير من جانب صاحب الامتياز ، وعلى الأخص حيثما يكون على الهيئة

ضعب يفو . تاقولأا عيمج يف لماكلا وحن ىلع ةينعملا ةمدخلا ريفوت لفكت نأب يونوناق بجاو ةدقاعتملا نود هدوجو ضارتفا نكميو ةيموكحلا دوقعلا ةيبلاغ يف ايرهوج صاخلا قحلا اذه ربتعي ةينوناقلا مظنلا . عورشملا قافتا يف وأ عيرشتلا يف ةحارص هيلع اصوصنم نوكي نأ

٨٤ - وتجدر ملاحظة أن حق الهيئة المتعاقدة في التدخل هو أقصى الإجراءات . وقد يخشى المستثمرون من القطاع الخاص أن تلجأ إليه الهيئة المتعاقدة أو أن تهدد باللجوء إليه لفرض رغباتها بخصوص طريقة توفير الخدمة أو حتى للسيطرة على أصول المشروع . ولذلك يستحسن تعريف الظروف التي يمكن فيها ممارسة حقوق التدخل أوضح تعريف ممكن . وقد يكون من المفيد أن يوضح القانون أن تدخل الهيئة المتعاقدة في المشروع مؤقت ويقصد منه علاج مشكلة عاجلة محددة تخلف صاحب الامتياز عن علاجها . وينبغي أن يعود صاحب الامتياز الى تولي مسؤولية توفير الخدمة فور إصلاح الوضع الطارىء . ومن المهم أيضا قصر حق الهيئة المتعاقدة في التدخل على حالات التقصير الجسيم في الخدمة لا لمجرد الاستياء من أداء صاحب الامتياز .

٨٥ - قد تكون قدرة الهيئة المتعاقدة على التدخل محدودة من حيث أنه قد يصعب التعرف فورا على مقاول من الباطن والتعاقد معه على تنفيذ الأعمال التي تتدخل الهيئة المتعاقدة من أجل الاضطلاع بها . وعلاوة على ذلك فان كثرة التدخلات تحمل معها احتمال أن المخاطر التي نقلت إلى صاحب الامتياز بمقتضى اتفاق المشروع يمكن أن ترتد الى الهيئة المتعاقدة . وينبغي لصاحب الامتياز ألا يعتمد على تدخل الهيئة المتعاقدة للتدخل لمعالجة مخاطرة معينة بدلا من معالجتها بنفسه على النحو الذي يشترطه اتفاق المشروع .

٨٦ - ويستحسن أن يوضح اتفاق المشروع أي الطرفين يتحمل تكلفة التدخل من جانب الهيئة المتعاقدة . وفي غالبية الحالات ، يكون على صاحب الامتياز أن يتحمل التكاليف التي تتكبدها الهيئة المتعاقدة عندما يكون التدخل ناجما عن تقصير في التنفيذ يعزى إلى خطأ من جانب صاحب الامتياز . وفي بعض الحالات ، قد يأذن الاتفاق للهيئة المتعاقدة بأن تتخذ إجراءات لإصلاح المشكلة بنفسها ثم تطالب صاحب الامتياز بالتكلفة الفعلية لهذه الإجراءات (بما فيها التكاليف الادارية التي تتكبدها الهيئة المتعاقدة) ، وذلك لتجنب نزاعات بخصوص المسؤولية ومستوى التكاليف المناسب . بيد أنه عندما يتم مثل هذا التدخل بعد حدوث عائق معف (أنظر الفقرات ٦٩ - ٧٩) فقد يتفق الطرفان على حل مختلف ، وفقا لكيفية تخصيص المخاطرة المعينة في اتفاق المشروع .

٣ - حقوق المقرضين في التدخل ونقل الامتياز إجباريا

٨٧ - قد تنشأ أوضاع أثناء مدة المشروع يكون فيها من مصلحة الطرفين أن يسمحا له باستمرار المشروع تحت مسؤولية صاحب امتياز آخر ، من أجل تجنب إنهاء المشروع ، نتيجة لإخلال من جانب صاحب الامتياز أو وقوع حدث استثنائي خارج إرادة صاحب الامتياز (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدها وانهاؤها ، ـــــ) . أما المقرضون ، الذين يمثل العائد الذي يولده المشروع ضمانهم

الرئيسي ، فيشغلهم بشكل خاص خطر توقف المشروع أو إنهائه قبل سداد القروض . وفي حالة حدوث إخلال أو عائق يؤثر في صاحب الامتياز ، يهم المقرضين ضمان عدم ترك العمل ناقصا وتشغيل الامتياز على نحو مربح . وقد تكون الهيئة المتعاقدة مهتمة هي الأخرى بأن تسمح بأن ينفذ المشروع صاحب امتياز آخر ، كبديل لاضطرارها توليه ومواصلة التنفيذ تحت مسؤوليتها الخاصة .

٨٨ - وقد تضمَّن عدد من الاتفاقات المبرمة مؤخرا لمشاريع بنية تحتية كبيرة أحكاما تسمح للمقرضين ، بموافقة الهيئة المتعاقدة ، بأن يختاروا صاحب امتياز جديد لتنفيذ اتفاق المشروع القائم . وعادة ما تدعم مثل هذه الأحكام باتفاق مباشر بين الهيئة المتعاقدة والمقرضين الذين يوفرون التمويل لصاحب الامتياز . والغرض الرئيسي من هذا الاتفاق المباشر هو أن يسمح للمقرضين بأن يتجنبوا الإنهاء من جانب الهيئة المتعاقدة في حالة إخلال صاحب الامتياز ، وذلك بأن يحل محل صاحب الامتياز المخل صاحب امتياز آخر يواصل التنفيذ بمقتضى اتفاق المشروع . وتختلف حقوق المقرضين في التدخل عن حق الهيئة المتعاقدة في التدخل - الذي يتعلق بتقصير محدد ومؤقت وعاجل في الخدمة - في أنها تخص الحالات التي يكون فيها تقصير صاحب الامتياز في توفير الخدمة متكررا أو غير قابل للعلاج فيما يبدو .

٨٩ - وثبت من تجربة البلدان التي استخدمت هذا النوع من الاتفاقات المباشرة مؤخرا أن القدرة على تجنب الإنهاء وإتاحة صاحب امتياز بديل من شأنها إعطاء المقرضين ضمانات إضافية ضد التقصير من جانب صاحب الامتياز . وفي الوقت نفسه يعطي ذلك فرصة للهيئة المتعاقدة لتجنب التعطيل الناجم عن إنهاء اتفاق المشروع ، ومن ثم المحافظة على استمرارية الخدمة . وفي البلدان التي يمكن فيها للمقرضين أن يحصلوا على مصلحة ضمانية في إجمالي حقوق صاحب الامتياز ومصالحه بمقتضى اتفاق المشروع (أنظر الفصل الرابع ، "اتفاق المشروع" ، ـــــ) ، قد يوجد حق ضمني في التدخل متى شكل وضع معين إخلالا بمقتضى اتفاقات الإقراض .

٩٠ - بيد أن تنفيذ هذه الأحكام قد يواجه صعوبات في بعض البلدان اذا لم يوجد تفويض تشريعي بها . وعادة ما يكون عجز صاحب الامتياز عن تنفيذ التزاماته مبررا مشروعا لتولي الهيئة المتعاقدة تشغيل المرفق أو إنهاء الاتفاق (أنظر الفصل السادس ، "انتهاء مدة المشروع وتمديدها وانهاؤها" ، ـــــ) . وكثيرا ما يلزم أن تتبع الهيئة المتعاقدة نفس إجراءات اختيار صاحب الامتياز الأصلي المخل عند اختيار صاحب امتياز جديد يخلفه ، وقد لا تتمكن الهيئة المتعاقدة من أن توافق بالتشاور مع المقرضين على الارتباط بصاحب امتياز جديد لم يتم اختياره وفقا لتلك الإجراءات . ومن ناحية أخرى فحتى عندما يكون مأذونا للهيئة المتعاقدة بأن تتفق مع صاحب امتياز جديد في ظروف الطوارىء ، قد يلزم إبرام اتفاق مشروع جديد مع صاحب الامتياز الجديد ، وقد تكون هناك قيود على قدرته على تولي التزامات سلفه .

٩١ - ولذلك ، فقد يكون من المفيد الاعتراف في القانون بحق الهيئة المتعاقدة في إبرام اتفاقات مع المقرضين تسمح لهم بتعيين صاحب امتياز جديد ، بمقتضى اتفاق المشروع القائم ، في حالة حدوث

تقصير جسيم من جانب صاحب الامتياز في توفير الخدمة المطلوبة بمقتضى اتفاق المشروع ، أو بعد وقوع أحداث أخرى محددة يمكن أن تبرر إنهاء اتفاق المشروع . وينبغي أن يحدد الاتفاق المبرم بين الهيئة المتعاقدة والمقرضين ما يلي ، بين أشياء أخرى : الظروف التي يسمح فيها للمقرضين بأن يستبدلوا صاحب الامتياز ؛ وإجراءات استبدال صاحب الامتياز ؛ والأسباب التي تستند إليها الهيئة المتعاقدة لرفض بديل مقترح ؛ والتزامات المقرضين بمواصلة توفير الخدمة على نفس المستويات وبنفس الشروط المنصوص عليها في اتفاق المشروع .

- - - - -