



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية

دراسة مقارنة

أطروحة تقدّم بها الطالب

عبد الله علي جبار عبد الحسن

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

بإشراف أستاذ القانون الإداري

الدكتور صادق محمد علي الحسيني

٢٠٢٣ م

١٤٤٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ * الَّذِينَ إِذَا أَكَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ * وَإِذَا

كَالُوهُمْ أَوْزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ * أَلَا يَظُنُّ أُولَٰئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ * لِيَوْمٍ عَظِيمٍ

* يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة المطففين: من الآية ١-٦

الإهداء

إلى.. من حفظني كتاب الله الكريم

إلى.. من كان يُمني النفس لحضور مناقشتي

إلى.. من كان دائم السؤال عني والدعاء لي

إلى.. من شاء قضاء الله وقدره أن يحول دون حضوره لمناقشتي

أستاذي الحافظ لكل القرآن

علي محمد محسن المياحي

(رحمه الله تعالى)

أهدي هذا البحث المتواضع

عبد الله

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين أبي القاسم محمد وآله الطيبين الطاهرين، الحمد لله الذي هيا لي الأسباب لإتمام هذه الأطروحة وإخراجها بصورتها النهائية، ولا يسعني الآن إلا أن أقدم بخالص شكري إلى أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور صادق محمد علي الحسيني لتفضله بقبول الإشراف على الأطروحة وللدعم الذي أبداه من خلال ملاحظاته وتوجيهاته السديدة التي أثّرت البحث وفقه الله لكل خير.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع الأساتذة التدريسيين لما بذلوه من جهود كبيرة لخدمة المسيرة العلمية، وأخص منهم بالذكر منهم الأستاذ الدكتور إسماعيل صمصاع وإلى جميع أساتذة القسم العام الذين لولا خبرتهم وفضلهم لما استطعت الوصول إلى هذه المرحلة فجزاهم الله عني خير الجزاء وأبعد عنهم كل مكروه.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى جميع موظفي مكتبة الروضة الحيدرية العامة في النجف الأشرف ومكتبة العتبة الحسينية ومكتبة العتبة العباسية في كربلاء المقدسة، وموظفي مكتبة كلية القانون في جامعة بابل وأخص بالذكر منهم استاذ (احمد عبد الحسن سرهيد) وست (نجلاء زكي هادي) وجامعة بغداد وجامعة القادسية وجامعة الكوفة وجامعة النهرين وجامعة كربلاء وجامعة ميسان ومعهد العلمين للدراسات العليا في النجف الأشرف، لما أبدوه من تعاون وطول بالٍ في تزويدنا بما نحتاجه من المراجع والمصادر على اختلاف أنواعها.

وأخيرا أقدم شكري وعرفاني إلى أسرتي التي تحملت من المصاعب الكثير من أجل تهيئة الجو الدراسي الملائم لإكمال دراستي، ومن فانتني ذكر اسمه فقد نقشته في قلبي داعيا الباري عزوجل أن يثيب الجميع خيرا إنه سميع مجيب.

الباحث

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٦	الباب الأول الإطار المفاهيمي للإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية
٧	الفصل الأول التعريف بالإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية
٨	المبحث الأول ماهية الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية
٨	المطلب الأول مفهوم المناقصات الإدارية
٩	الفرع الأول مدلول المناقصة العامة
١٦	الفرع الثاني أنواع المناقصات الإدارية
٢٣	المطلب الثاني التعريف بالإحالة إلى التعاقد
٢٣	الفرع الأول معنى الإحالة إلى التعاقد
٣١	الفرع الثاني مراحل الإحالة إلى التعاقد
٣٨	المطلب الثالث ذاتية الإحالة إلى التعاقد
٣٨	الفرع الأول خصائص الإحالة إلى التعاقد
٤٥	الفرع الثاني الطبيعة القانونية للإحالة إلى التعاقد
٥٣	المبحث الثاني القيود السابقة على الإحالة إلى التعاقد

الصفحة	الموضوع	
٥٤	المطلب الأول	تحديد الاحتياجات محل التعاقد
٥٤	الفرع الأول	ضوابط تحديد الاحتياجات محل التعاقد
٦٠	الفرع الثاني	ضوابط تحديد القيمة التقديرية
٦٦	المطلب الثاني	الاعتماد المالي
٦٦	الفرع الأول	مفهوم الاعتماد المالي
٧١	الفرع الثاني	أثر تخلف الاعتماد المالي على إحالة المناقصة
٧٦	المطلب الثالث	الترخيص في التعاقد
٧٧	الفرع الأول	مفهوم الترخيص في التعاقد
٨١	الفرع الثاني	أثر تخلف الترخيص على إحالة المناقصة
٨٤	الفصل الثاني	أحكام الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الادارية
٨٥	المبحث الأول	الإجراءات السابقة على الإحالة إلى التعاقد
٨٥	المطلب الأول	مبادئ المناقصة الرامية إلى الإحالة على أفضل عطاء
٨٥	الفرع الأول	مبدأ العلانية
٨٩	الفرع الثاني	مبدأ المنافسة
٩٧	الفرع الثالث	مبدأ المساواة
١٠٣	المطلب الثاني	تقديم العطاءات

الصفحة	الموضوع	
١٠٣	العطاء	الفرع الأول
١١٠	التأمين الابتدائي	الفرع الثاني
١١٨	اللجان المختصة في الإحالة إلى التعاقد	المبحث الثاني
١١٩	لجنة فتح العطاءات	المطلب الأول
١١٩	تشكيل لجنة فتح العطاءات	الفرع الأول
١٢٦	اختصاص لجنة فتح العطاءات	الفرع الثاني
١٣١	لجنة تحليل وتقييم العطاءات	المطلب الثاني
١٣٢	تشكيل لجنة تحليل وتقييم العطاءات	الفرع الأول
١٣٥	اختصاص لجنة تحليل وتقييم العطاءات	الفرع الثاني
١٣٨	معايير المفاضلة بين العطاءات	المطلب الثالث
١٣٨	معيير السعر	الفرع الأول
١٤٥	معيير الجودة الفنية والسعر	الفرع الثاني
١٥٠	معيير تحقيق التنمية المستدامة	الفرع الثالث
١٥٤	الباب الثاني التنظيم القانوني لسلطات الإدارة في إحالة المناقصات الإدارية	
١٥٥	سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقد	الفصل الأول

الصفحة	الموضوع	
١٥٦	سلطة الإدارة في إحالة المناقصة	المبحث الأول
١٥٦	سلطة الإدارة بالمصادقة على إحالة المناقصة	المطلب الأول
١٥٦	السلطة المختصة بالمصادقة على إحالة المناقصة	الفرع الأول
١٦٣	تطبيقات السلطة المختصة بالمصادقة على إحالة المناقصة	الفرع الثاني
١٦٩	سلطة الإدارة في العدول عن إحالة المناقصة	المطلب الثاني
١٦٩	سلطة الإدارة في العدول عن التعاقد وجوباً	الفرع الأول
١٧٤	سلطة الإدارة في العدول عن التعاقد جوازياً	الفرع الثاني
١٨٠	إجراءات إبرام العقد الإداري	المبحث الثاني
١٨١	إجراءات ما قبل توقيع العقد الإداري	المطلب الأول
١٨١	تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة	الفرع الأول
١٩٢	تقديم التأمين النهائي	الفرع الثاني
٢٠٢	إجراءات توقيع العقد الإداري	المطلب الثاني
٢٠٢	أخذ مشورة الجهات المختصة	الفرع الأول
٢٠٩	شكلية إبرام العقد الإداري	الفرع الثاني
٢١٧	المنازعات الناشئة عن صدور قرار الإحالة	الفصل الثاني
٢١٨	المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار	المبحث الأول

الصفحة	الموضوع	
٢١٨	المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار قبل إبرام العقد	المطلب الأول
٢١٩	نكول المناقص	الفرع الأول
٢٣٠	زوال الشخصية القانونية للمناقص الفائز	الفرع الثاني
٢٣٧	المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار بعد إبرام العقد	المطلب الثاني
٢٣٧	التعاقد من الباطن	الفرع الأول
٢٤٨	التنازل عن العقد	الفرع الثاني
٢٥٤	الرقابة على صدور قرار الإحالة	المبحث الثاني
٢٥٤	الاعتراض على قرار إحالة المناقصة	المطلب الأول
٢٥٥	التظلم من قرار إحالة المناقصة	الفرع الأول
٢٦٤	الطعن بقرار إحالة المناقصة	الفرع الثاني
٢٧٠	الآثار المترتبة على إلغاء قرار الإحالة	المطلب الثاني
٢٧١	أثر إلغاء قرار الإحالة على العملية التعاقدية	الفرع الأول
٢٧٩	مسؤولية الإدارة عن إبرام العقد الإداري	الفرع الثاني
٢٨٧	الخاتمة	
٢٩٦	المصادر	
A	Abstract	

المستخلص

أسندت التشريعات مهمة اختيار المناقص الذي تتعاقد الإدارة معه إلى لجان متخصصة تتوزع على الأغلب إلى لجنتين، تختص اللجنة الأولى بفتح عطاءات المناقصين، بينما تختص اللجنة الثانية بتحليل وتقييم العطاءات واختيار انسبها بما يتفق مع معايير المفاضلة المعدة سلفاً من قبل الجهة الإدارية الراغبة بالتعاقد، إلا أن اختيار هذه اللجان ليس إلا اختياراً أولياً أو مؤقتاً، ولا يكون هذا الاختيار نهائياً إلا بالمصادقة عليه من قبل السلطة المختصة بالمصادقة قانوناً، وقد تباينت تشريعات الدول محل المقارنة في تنظيم هذه السلطة، فمنها من أسند مهمة المصادقة على قرار الإحالة أو عدم المصادقة إلى رئيس جهة التعاقد كالمشرع الفرنسي والمصري، ومنها من أسند ذلك إلى لجنة تتشكل من مجموعة من الأعضاء بمختلف التخصصات كالمشرع الكويتي والعراقي.

على أن مصادقة الإدارة على قرار الإحالة لا تعني انتهاء إجراءات التعاقد بل يبقى هنالك إجراء آخر مهم وخطير قد يترتب عليه الغاء قرار الإحالة، وهو إجراء الطعن، إذ يمنح صدور قرار الإحالة المناقصين المستبعدين من المناقصة الحقية التظلم أو الطعن أمام الجهات المختصة، فقرار الإحالة شأنه شأن أي قرار إداري آخر يتعرض لما يتعرض لها من عيوب المشروعية الداخلية والخارجية، إلا أن الطعن بقرار الإحالة يكون له وضع خاص في مجال العقود الإدارية سيما ما يتعلق بالآثار المترتبة على إلغائه، لأنه في أغلب الأحيان يصدر حكم الإلغاء بعد إبرام العقد، أو أثناء تنفيذه، عندها لا يكون لحكم الإلغاء الفائدة التي يترتبها الطاعن من رفع دعوى الإلغاء، وهذا الأمر دعى بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي إلى إنشاء قضاء موضوعي مستعجل يتمتع فيه القاضي الإداري بصلاحيات إصدار أحكام نهائية ملزمة للإدارة قبل توقيع العقد، وخلال مدة زمنية معقولة، لأجل تفادي الآثار السلبية لدعوى الإلغاء التقليدية الناتجة عن تأخر إجراءات حسم الدعوى.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة

تعد العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لتنفيذ وتحقيق برامج التنمية المستدامة، فهي تمثل في الوقت الحاضر الركن الأساس في التقدم الاقتصادي والاجتماعي للدولة، ومما لا شك فيه إن من يتعاقد في إطار القانون الخاص يملك الحرية في اتباع الأسلوب الذي يراه مناسباً في انجاز معاملاته، وفي اختيار من يرغب في التعاقد معه، غير إن هذا الواقع لا يمكن التسليم به بالنسبة للعلاقات التعاقدية في نطاق القانون الإداري.

وحيث إنه من المقرر إن الجهة الإدارية حينما تتعاقد مع الأفراد أو الهيئات، وتعزم على اتخاذ طريق المناقصة أسلوباً، فإن الأمر يستوجب منها السير وفقاً للقواعد والأحكام التي رسمها لها المشرع في قوانين تنظيم المناقصات بعدّها السبيل الأوضح المقرر لها في هذا الشأن، والتعاقد وفقاً لهذه القواعد والإجراءات تتولاها ثلاثة جهات أولهم لجنة فتح العطاءات وثانيهم لجنة تحليل وتقييم العطاءات وثالثهم جهة التعاقد، ولكل من هذه الجهات اختصاص حدده المشرع لها على سبيل الحصر، فلجنة فتح العطاءات تقوم بفتح العطاءات المقدمة من المناقصين تمهيداً لفحصها والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها، ثم يأتي دور لجنة البت، ومهمتها إتمام الإجراءات واستبعاد العطاء غير المطابق للمواصفات بغية الوصول إلى الترسية أو الإحالة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية، ويجب أن يشتمل قرار استبعاد العطاءات وإحالة المناقصة على الأسباب التي بني عليها.

وعليه وبعد استنفاد لجنتي فتح وتحليل وتقييم العطاءات دورهما على هذا النحو يأتي دور السلطة المختصة جهة التعاقد، فإذا وافقت على إبرام العقد مع المناقص الذي تم الإحالة عليه فإن العقد يكون بذلك يكون قد انعقد واستكملت حلقاته بتلاقي الإيجاب والقبول، وتحددت فيه على نحو واضح وصريح حقوق والتزامات الطرفين بناءً على إيجاب وقبول بينهما، وعليه فإن إجراءات لجنة تحليل وتقييم العطاءات بإحالة المناقصة على أحد المناقصين ورفض غيره على هذا الوجه ليست نهاية المطاف في التعاقد، بل إنها تعد حلقة من حلقات العقد الإداري المركبة، فالتوصية التي تتخذها لجنة تحليل وتقييم العطاءات بالإحالة على

أحد المتقدمين ورفض غيره لا يسوغ عدّها بمثابة القبول الذي ينعقد به العقد الإداري على أساسه، إنما لا تعدو أن تكون إجراءً من جملة إجراءات متابعة إلى أن يصل الأمر إلى انتهاء بإنعقاد العقد وتصديق السلطة المختصة وموفقتها على المناقص المختار، ومن ثم يتحقق القبول بهذه الموافقة.

ويترتب على صدور قرار الإحالة أحقية المناقصين المستبدين في التظلم أو الطعن أمام الجهات المختصة، فقرار الإحالة شأنه شأن أي قرار إداري آخر من حيث تكوينه ومشروعيته، فيتعرض لما تتعرض لها هذه القرارات من عيوب المشروعية الداخلية والخارجية، غير أن الطعن بقرار الإحالة يكون له وضع خاص في مجال العقود الإدارية خصوصاً فيما يتعلق بالآثار المترتبة على إلغاء قرار الإحالة، لأنه في أغلب الأحيان يصدر حكم الإلغاء بعد إبرام العقد، أو أثناء تنفيذه، عندها لا يكون لحكم الإلغاء الفائدة التي يترتبها الطاعن من رفع دعوى الإلغاء، وهو ما دعى بعض التشريعات لأجل تفادي الآثار السلبية لدعوى الإلغاء التقليدية إلى إنشاء قضاء موضوعي مستعجل يتمتع فيه القاضي الإداري بصلاحيّة إصدار أحكام نهائية ملزمة للإدارة قبل توقيع العقد.

ثانياً: أهمية موضوع الدراسة

لما كان النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية لا يعرف معنى الثبات أو الجمود، بل هو نظام متغير ومتجدد، فقد صدرت العديد من التشريعات الحديثة التي أضفت على إجراءات إبرام تلك العقود الفاعلية والبساطة، بما يتيح للجهات الإدارية استخدام أسلوب المناقصة العامة لترشيد الإنفاق العام من ناحية، وتشجيع العملاء الاقتصاديين على المشاركة في بناء وتطوير ونهضة الاقتصاد الوطني من ناحية أخرى، وقد انعكست هذه التطورات إيجاباً على مرحلة إحالة المناقصة، عبر اعتماد الوسائل الالكترونية سواء في قبول العطاءات، أم في تبليغ قرار الإحالة إلى المناقص الفائز، وهذا ما يدعونا لمحاولة التعرف على أبرز التطورات التشريعية في إجراءات إبرام العقد الإداري، ومقارنة مدى استجابة التشريع العراقي لها، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن العقود الإدارية وما يخصص لها من مبالغ مالية ضخمة أصبحت وسيلة من وسائل تنامي ظاهرة الفساد المالي والإداري، والحقيقة إن ظاهرة الفساد وإن كانت تتجلى في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، غير أن الواقع يظهر إن مرحلة الإبرام هي الأكثر استيعاباً لمفهوم الفساد.

ولأن البدايات الصحيحة تقود إلى نهايات سليمة، من هنا لابد أن تُبعد مرحلة إبرام العقد من الوقوع في دوامة الفساد الذي تعاني منه أغلب المؤسسات الإدارية، لنصل إلى اختيار أفضل المناقصين المتنافسين من حيث الكفاءة الفنية والمالية بما يخدم تحقيق المنفعة العامة، وتحقيقاً لذلك نصت التشريعات على مجموعة من المعايير التي تُعين الإدارة في اختيار أفضل المنافسين، إلا أن هذه المعايير لا فائدة منها إن كان سعي القائمين على تطبيقها تغليب المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة.

ثالثاً: اشكالية الدراسة

تتمحور مشكلة الدراسة لموضوع الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية في قصور النظام القانوني عن الإحاطة بتفاصيل هذا الموضوع، على الرغم من كثرة التشريعات المنظمة لمواضيع التعاقدات الإدارية عموماً وموضوع الإحالة خصوصاً، ويتجسد هذا القصور التشريعي سواء من ناحية التعارض الحاصل بين مواد التشريعات المنظمة لموضوع الإحالة، أم في نقص التشريعات عن تنظيم بعض المسائل المتعلقة بالإحالة من ناحية أخرى.

فالعراق لا يزال يعاني من أزمة تشريعية وفراغ كبير يعوزه التدخل التشريعي يمتد إلى مختلف مراحل الإحالة، فأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ كإطار قانوني لإجراء عمليات التعاقد لم يتضمن السمات العامة والجوهرية التي يمكن على ضوءها بناء نظام قانوني متكامل يجري على أساسه إحالة المناقصات الإدارية، وإن ترك مسألة وضع القواعد العامة للتعاقدات وتفصيلاتها إلى السلطة التنفيذية على حد سواء، لا يستوي مع المنطق القانوني السليم، ولا يستقيم في الحيلولة دون هدر المال العام في نطاق العقود الإدارية، كما يؤدي إلى إرباك الأطراف العاملة في إطار التعاقدات الإدارية، سواء الإدارات الحكومية ذاتها، أم المناقصين الراغبين في التعاقد، فترك تنظيم تعاقدات الإدارة لقرارات السلطة التنفيذية رغم أهمية موضوع التعاقدات الحكومية ودورها الفاعل في تحقيق التنمية الاقتصادية، يتعارض مع ما يتطلبه إحالة المناقصة من استقرار وثبات، فلا يكاد يمضي عام من دون أن تعلن الجهات الإدارية عن رغبتها بالتعاقد، وهذا الحال خلاف ما يجري عليه الوضع في الدول محل المقارنة، التي تشهد تقدماً ملموساً وسعياً جاداً في مواكبة التطورات التقنية والتكنولوجية في مجال إبرام العقود الإدارية، وجعل تشريعاتها متلائمة مع الواقع الذي يفرض عليها تعديلها، أو إلغائها واستبدالها بتشريعات أخرى، فقد

ظهرت بفلسفة تشريعية جديدة تهدف إلى الحد من مظاهر الفساد والانحراف لاسيما في المجال الذي نحن بصدد بحثه.

وزيادة على ذلك، فإن حسم منازعات الطعن بقرار الإحالة لا يزال هو الآخر يعاني من عدم الثبات التشريعي _حتى مع اسناد اختصاص النظر فيها لولاية القضاء العادي_ بسبب إجراءات حسم الدعوى التي تستغرق أمدا طويلا، ففي أغلب الأحيان يصدر حكم المحكمة أثناء تنفيذ العقد، أو بعد الانتهاء من تنفيذه مما يفوت الفرصة من التقاضي.

رابعاً: منهج الدراسة

التزاماً بالمنهج العلمي للبحث بصفة عامة، والبحث القانوني بصفة خاصة، ولغرض الإحاطة بجوانب الموضوع كافة، فقد سنعتمد في دراستنا على المنهجين التحليلي والمقارن، وسبب اعتمادنا المنهج التحليلي لأننا سنتناول المواد القانونية بالشرح والتحليل، محاولين الكشف عن مواطن النقص وعناصر الخلل، ونستهدي في كل ذلك بآراء الفقه، وأحكام القضاء، بعدّهما مصدرين مهمين يتم بهما شرح أحكام القانون، وسد أوجه النقص فيه، وبهدف معالجة ما تعاني منه عملية إحالة المناقصة للتعاقد في العراق من ضعف وتعثر في ممارسة نشاطها.

ولأن المنهج التحليلي وحده لا يضيف كثيراً إذا اقتصر على تشريع وطني واحد، أو حتى نظام قانوني واحد، إذ تبرز أهمية المقارنة على نحو خاص بالنسبة للدول التي تتجه نحو مرحلة جديدة - مثل العراق- تفرض مواجهة مقتضياتها بقواعد قانونية ملائمة، وخير معين لوضع هذه القواعد هو المنهج المقارن، وفي هذا السياق نود أن نشير إلى أن النظم القانونية المقارنة التي اعتمدناها في هذه الدراسة هي النظم في كل من فرنسا، ومصر، والكويت، ويعود سبب اختيارنا لفرنسا كونها البلد الذي نشأت وتطورت فيه نظرية العقود الإدارية بشكل عام، فضلا عن تشريعها لقانون النظام العام الحديث المتعلق بالعقود الإدارية لسنة ٢٠١٩، الذي جمع بين نصوصه كل ما يتعلق بموضوع إبرام العقد الإداري، وأما مصر، فلأنها تعد الرائدة بين الدول العربية في ميدان القانون الإداري، وفيها ثروة تشريعية وفقهية وقضائية لا يمكن الاستغناء عنها في ميدان البحث، فضلا عن صدور قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ الجديد الذي عدل كثيرا في أحكام إبرام العقد الإداري المنصوص عليها في قانون المناقصات والمزايدات الملغى لسنة ١٩٩٨،

وأما الكويت فإنها تعد من الدول ذات الاهتمام بتطوير النظام القانوني للعقود الإدارية وقد كللت ذلك بتشريع قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦.

خامساً: هيكلية الدراسة

لغرض الإحاطة بتفاصيل وأهمية موضوع الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية، سنقسم الدراسة إلى بابين، سنبحث في الباب الأول الإطار المفاهيمي للإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية، وكان بواقع فصلين، سنبيين في الفصل الأول التعريف بالإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية، عبر تقسيمه إلى مبحثين، سنسلط الضوء في المبحث الأول على ماهية الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية، أما المبحث الثاني فسنتناول القيود السابقة على الإحالة إلى التعاقد، أما الفصل الثاني، فجاء تحت عنوان أحكام الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية، وقد قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول الإجراءات السابقة على الإحالة إلى التعاقد، والمبحث الثاني اللجان المختصة في الإحالة إلى التعاقد.

أما الباب الثاني، فنكرسه للحديث عن التنظيم القانوني لسلطات الإدارة في إحالة المناقصات الادارية، وقسمناه إلى فصلين، الفصل الأول سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقد، مقسم إلى مبحثين، سنوضح في المبحث الأول سلطة الإدارة في إحالة المناقصة، بينما سنتطرق في المبحث الثاني إلى إجراءات إبرام العقد الإداري، أما الفصل الثاني، فسيكون تحت عنوان المنازعات الناشئة عن صدور قرار الإحالة، فصلناه إلى مبحثين، المبحث الأول المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار، أما المبحث الثاني فسنخصصه للحديث عن الرقابة على صدور قرار الإحالة، وأخيراً ينتهي البحث بخاتمة نعرض فيها ما توصلنا إليه من استنتاجات ومقترحات.

الباب الأول

الإطار المفاهيمي للإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية

تتميز العقود الإدارية بنظام قانوني خاص مختلف في كثير من نواحيه عن النظام القانوني الذي يحكم العقود المدنية أو عقود القانون الخاص، والسبب الرئيس في هذا الاختلاف هو أن العقود الإدارية التي تبرمها الجهات الإدارية تستهدف خدمة الصالح العام لاتصالها بالمرافق العامة التي تقدم الخدمة لجمهور المواطنين، وما ترتبط بها من مصالح عامة تعلو على مصالح الأفراد الخاصة، على عكس الأمر في عقود الأفراد الخاصة أو العقود المدنية التي تبرمها الإدارة أحياناً وفقاً لأساليب القانون الخاص، على أن بعض جوانب النظام القانوني للعقود الإدارية المتصلة بإبرام أو انعقاد العقد تنطبق أيضاً على جميع عقود الإدارة الإدارية وأيضاً عقود الإدارة المدنية، بحسبان أن فكرة حماية أموال الخزانة العامة التي تدفع منها الإدارة التزاماتها العقدية توجب سريان قواعد عامة مقيدة لسلطة الإدارة في إبرام جميع العقود الإدارية والمدنية.

وتتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيداً منها في العقود المبرمة بين الأفراد، فإذا كان التعبير عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة يشبه في بساطته التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص، إلا أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالباً ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة، وقد تكون على مراحل متعددة، وفي فترات متلاحقة على حسب الأحوال، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيء لمولد ذلك التصرف ذاته، فالتعاقد يكون مسبوقاً بإجراءات سائدة وموافقات يشترطها القانون، الذي تعقبه طائفة أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، وتكون مكملة له مستهدفة أعمال أحكامه وتطبيق بنوده، ولأجل تبيان ما تقدم، سنقسم هذا الباب إلى فصلين، إذ سنبين في الفصل الأول التعريف بالإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية، بينما سنوضح في الفصل الثاني أحكام الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية.

الفصل الأول

التعريف بالإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية

على الرغم من السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في نطاق العقود الإدارية، إلا أنها ليست مطلقة الحرية تتعاقد بأي طريق تشاء، إذ إن المشرع يتدخل ليقيد حرية الإدارة بإتباع أحد أساليب التعاقد التي نص عليها، وأهم هذه الأساليب هو أسلوب المناقصة، بعدد الأصل العام للتعاقد، والتي تتبلور فكرتها في إتاحة الفرصة لقيام منافسة حرة بين جميع الراغبين في التعاقد ممن تتحقق فيهم شروط الاشتراك، ما يتيح الفرصة لجهة الإدارة لاختيار أفضل العروض المقدمة من الناحيتين المالية والفنية وفق احتياج الجهة الإدارية المتعاقدة، ومما يزيد من أهمية المناقصة كأسلوب للتعاقد الإداري هو تعدد أشكالها ولا يكون أمام الجهة الرغبة بالتعاقد إلا اختيار الشكل المناسب للعقد الذي تريد إبرامه، فهي قد تكون وطنية أو محلية، وقد تكون عامة أو محدودة أو على مرحلتين.

واختيار الإدارة للمنافسة كأسلوب للتعاقد يتطلب منها احترام ومراعاة مجموعة من المبادئ من مرحلة ما قبل إعلان المناقصة وإلى غاية إحالتها على المناقص، غير أن عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة ليست عملية تلقائية، بل إنها عملية معقدة يحتاج اتمامها الكثير من الإجراءات، إذ تسبق مرحلة الإحالة مجموعة من القيود التي يتوقف مصير صحة التعاقد على استيفائها، وهذه القيود عبارة عن عدد من الإجراءات التي تمر بها الإدارة قبل إبرامها العقد الذي ترومه مع المتعاقد الذي اختارته لتنفيذ العمل أو المشروع، ومن هذه القيود ما هو ذو طبيعة مالية، فالإدارة ملزمة كقاعدة عامة بالإتفاق في حدود الاعتمادات المالية المقررة في الموازنة الاتحادية، لذا فإن عليها قبل الدخول في أي علاقة تعاقدية أن تتأكد أولاً من وجود الاعتماد المالي الكافي للوفاء بالتزاماتها المالية، على أن تحديد الاعتماد المالي يتم في ضوء ما يسعى المرفق إلى تحقيقه من حاجات أو خدمات، فأولى خطوات الإدارة المتعاقد هو تحديد الاحتياجات ووضع القيمة التقديرية اللازمة لتنفيذ العقد، ومن هذه القيود أيضاً ما هو ذو طبيعة قانونية، إذ إن الإدارة ملزمة في بعض الأحيان أن تستأذن جهات أخرى قبل أبرام العقد، وعليه سنقسم هذا الفصل على مبحثين، سنتناول في المبحث الأول ماهية الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية، بينما سنتناول في المبحث الثاني القيود السابقة على الإحالة إلى التعاقد.

المبحث الأول

ماهية الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية

تخضع العقود الإدارية لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني لإبرام العقود المدنية، إذ تمر بمراحل متعددة ومختلفة، ما يستلزم معها اتخاذ العديد من الإجراءات وإصدار الكثير من القرارات الإدارية، ولعل أهم مراحل إبرام العقد الإداري هي مرحلة الإحالة، إذ تعد مرحلة مفصلية تنقلنا من نطاق الإجراءات الممهدة لإبرام العقد إلى مرحلة إبرام العقد الإداري نفسه، ومن نطاق اللامسؤولية العقدية إلى نطاق المسؤولية العقدية، فبموجبها تفصح الإدارة عن إرادتها بقبول التعاقد وإبرام العقد مع المناقص الذي وقع عليه اختيار لجنة تحليل وتقييم العطاءات أو لجنة البت، ولا يتحقق هذا القبول إلا بعد اتباع الجهة المتعاقدة لإجراءات محددة، لذا ولغرض الإحاطة بمتطلبات ما تقدم ارتأينا تقسيم دراسة هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، سنتناول في المطلب الأول مفهوم المناقصات الإدارية، في حين سيخصص المطلب الثاني للحديث عن التعريف بالإحالة إلى التعاقد، أما المطلب الثالث فسنبحث فيه ذاتية الإحالة إلى التعاقد.

المطلب الأول

مفهوم المناقصات الإدارية

نظرا لأهمية العقود الإدارية في مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية، فقد أحاط المشرع عملية إبرامها بالعديد من القيود والإجراءات، فلا تلجأ الإدارة إلى إبرام عقودها الإدارية إلا بعد اتباع أساليب قانونية محددة نص عليها المشرع يتوجب على جهات التعاقد التقييد بها، وذلك لغرض حماية المال العام، وضمان مبدأ المساواة، وتمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض، ومن بين هذه الأساليب القانونية هو التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، الذي يعد الأصل العام في إبرام الإدارة لتعاقداتها، مع منح الإدارة بعض الاستثناءات عند إبرامها بعض أنواع العقود، عبر التعاقد بأي صورة من صور المناقصات الأخرى، كالمناقصة على مرحلتين والمناقصة المقيدة وغيرها، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنسلط الضوء في الفرع الأول على مدلول المناقصة العامة، في حين سنتناول في الفرع الثاني أنواع المناقصات الإدارية.

الفرع الأول

مدلول المناقصة العامة

تعتبر فكرة المناقصة العامة من حيث مضمونها وفكرتها الأساسية عن مجموعة من الإجراءات التي تلتزم جهة الإدارة عند التعاقد باتباعها، بحيث يتم بمقتضاها اختيار أنسب العروض المقدمة وأفضلها شروطاً وأقلها سعراً، وعليه سوف نلقي الضوء في نطاق هذا الفرع على تعريف المناقصة العامة في كل من التشريع، وأحكام القضاء والفقه الإداريين.

أولاً: موقف التشريع من تعريف المناقصة العامة:

لما كان النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية لا يعرف معنى الثبات أو الجمود بل هو نظام متغير ومتجدد نتيجة تجدد المجال الذي يعمل فيه، فقد صدرت العديد من التشريعات الحديثة التي أضفت على ضوابط وضمانات إبرام العقود الفاعلية والبساطة بما يتيح للجهات الإدارية استخدام أسلوب المناقصة العامة لترشيد الأنفاق من ناحية، وتشجيع العملاء أو المناقصين على المشاركة في بناء وتطوير ونهضة الاقتصاد الوطني من ناحية أخرى.

ومن هذه التشريعات الحديثة في فرنسا قانون الشراء العام رقم (٩٧٥) لسنة ٢٠٠٦ الملغى، وأوامر ومراسيم الشراء العام (الملغاة) رقم (٨٩٩) لسنة ٢٠١٥، و(٣٦٠) لسنة ٢٠١٦، و(١٠٧٥) لسنة ٢٠١٨، التي صدرت في ضوء التوجيهات الصادرة عن البرلمان الأوروبي رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٤ بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٤ وتوجيه رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٤ في ٢٦/٢/٢٠١٤، وكان آخر هذه التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الادارية قانون النظام العام النافذ لسنة ٢٠١٩، والأمر ذاته في مصر، فقد صدر قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل، وكذلك في الكويت فقد صدر قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦، فقد جاءت هذه التشريعات بفلسفة مغايرة لتلك التي كانت سائدة في ظل التوجيهات والتشريعات السابقة، فهي فلسفة تهدف إلى استيعاب التطورات التقنية، والمستجدات الحديثة في مجال إبرام العقود الإدارية.

وسنتعرض في هذه الفقرة لتعريف المناقصة العامة في كل من فرنسا، ومصر، والكويت، والعراق، لنبين من خلال هذا العرض مدى ما يتوافر فيما بينها من نقاط الاتفاق أو الاختلاف.

ويمكن القول إن أسلوب المناقصة العامة في فرنسا بقي ولزمن طويل يمثل القاعدة العامة في التعاقد، وذلك لتجاوبه مع مفاهيم الحرية الاقتصادية وما يتضمنه من حرية المنافسة، كما لوحظ في التعامل أن كثيراً ما يقع تحايل في المناقصات يهدم فكرة المنافسة، فضلاً عن أن العرض الأقل سعراً لا يكون بالضرورة هو العرض الأفضل، من هنا بدأ الانحسار التدريجي لأسلوب المناقصة، وبصفة أساسية فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها الدولة، إلى أن أصبح هذا الانحسار تدريجياً مع صدور مرسوم ١٣/٣/١٩٥٦، الذي أعطى للوزراء حق الاختيار في كل حالة على حده بين أسلوب المناقصة وأسلوب الممارسة، حتى أصبح أسلوب الممارسة هو السائد واقعاً في فرنسا^(١).

مع الإشارة إلى أن أسلوب المناقصة والممارسة أصبحا مع ظهور الفلسفة التشريعية الحديثة في فرنسا من الماضي، فقد عملت هذه الفلسفة على تنويع أساليب التعاقد بما يتلاءم والتطورات التقنية والاتجاهات الاقتصادية والتجارية للتكتلات الإقليمية (الاتحاد الأوروبي)، وبما ينسجم مع توجيهات البرلمان الأوروبي في هذا الخصوص^(٢).

ومن هنا ظهرت طريقة أخرى أكثر مرونة من حيث إرساء التعاقد، تعطي للإدارة سلطة تقديرية لاختيار المتعاقد وفق مجموعة من المعايير فضلاً عن معيار السعر، كمعيار آجال التنفيذ والنجاعة الاقتصادية والفنية والتقنية، وهذا الطريقة تعرف بتقنية أو أسلوب طلب العروض "L'appel d'offres"، الذي أصبح يشكل حالياً الطريق الرئيس والأصل العام للتعاقد العام في القانون الفرنسي^(٣).

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال القانونية الإدارية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٣٩.

(٢) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، ط ١، دار الفلاح للنشر والتوزيع، الإمارات، ٢٠١٨، ص ٣٧.

(٣) د. عبدالله بخباز، أساليب وتقنيات إبرام عقود الشراء العام في القانون المقارن، ط ١، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢٠. ولابد من التطرق إلى الجدل الذي حدث نتيجة لترجمة مصطلح طلب العروض باللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، إذ تعددت الترجمات فقد ترجم مصطلح "L'appel d'offres" إلى اللغة العربية إلى مصطلحات عدة، فهناك من استعمل مصطلح الدعوة إلى التعاقد، غير أن هذه الترجمة محل نظر، كون أن كل طرق التعاقد هي بمثابة دعوة إلى التعاقد، بينما هناك من ترجم المصطلح على أنه المناقصة، ما يشكل خطأ في الترجمة أيضاً، إذ أن تسمية المناقصة تتناقض بين اللغة العربية واللغة الفرنسية، فالمناقصة تعني L'adjudication، ومن ثم فإن الترجمة القانونية الدقيقة

وقد عرف أسلوب طلب العروض تطوراً كبيراً مع مرور الزمن وصدور قوانين متعددة لعمليات الشراء العام، فمن طريقة ثانوية ممزوجة مع الممارسة التي تعرف في فرنسا بالعقود التفاوضية، إلى أسلوب رئيس إلى جانب المناقصة، حتى تحول في نهاية المطاف إلى الأسلوب الرئيس لإبرام العقود الإدارية بعد اختفاء طريقة المناقصة من القانون الفرنسي بشكل نهائي^(١)، وقد جاء تقرير هذه الأسلوب نتيجة التحولات الاقتصادية الكبيرة بفعل تأثير القانون الفرنسي بالتوجهات الأوروبية، فكان لزاماً عليه أن يتماشى مع هذه التوجهات وتطبيقها في الداخل الفرنسي، وهو ما أدى إلى السماح باللجوء إلى أساليب أكثر مرونة مما كان عليه الوضع سابقاً في ظل أسلوب المناقصة^(٢).

وعليه فقد أصبح طلب العروض أسلوباً أساسياً في إبرام العقود الإدارية في فرنسا، سواء بالنسبة لعقود الحكومة المركزية، أم لعقود الجماعات المحلية، بعد أن كانت المناقصة العامة هي الشريعة العامة والأسلوب الرئيس في إبرام العقود الإدارية في فرنسا، واستناداً لذلك فقد عرف قانون النظام العام الفرنسي لعام ٢٠١٩ طلب العروض العام أو المقيد، بأنه (الإجراء الذي تختار بموجبه السلطة المتعاقدة أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية دون تفاوض، على أساس معايير موضوعية يتم إخطار المرشحين بها سلفاً)^(٣).

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن أسلوب طلب العروض في فرنسا يكون على نوعين هما: طلب العروض العام أو المفتوح وطلب العروض الخاص أو المقيد، وما يعنينا هنا هو طلب العروض العام، أما طلب العروض الخاص أو المقيد فسنكلم عنه فيما بعد، هذا ويكون طلب العروض مفتوحاً أو عاماً عندما يسمح لكل متعامل اقتصادي معني بالمشاركة في تقديم عرضه، بأن لا يكون محروماً أو مستبعداً من المشاركة^(٤).

للمصطلح المذكور هو طلب العروض. ينظر د. لكصاصي سيد أحمد، أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية، بحث منشور في مجلة النمو الاقتصادي وريادة الأعمال، المجلد ١، عدد ٢، سنة ٢٠١٩، ص ٨١.

(١) د. عبدالله بخباز، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) د. هاني عبد الرحمن اسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٣١٥.

(٣) المادة (٢ - ٢١٢٤) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

<https://www.legifrance.gouv.fr> منشور على موقع التشريعات الفرنسية. تأريخ الزيارة ٢٠٢٢/٩/١

(٤) المادة (٢ - ٢١٢٤) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لعام ٢٠١٩.

ومن ثم يلاحظ أن أسلوب طلب العروض يمنح قدرًا كبيرًا من الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد مع الاحتفاظ بالمبادئ العامة التي تحكم المناقصات، كمبدأ العلانية والمنافسة الحرة بين المتقدمين والمساواة، ويسمح لها أن تحصل على أفضل العروض المقدمة، وفي المقابل يحررها من مبدأ آلية الإرساء في اختيار المتعاقد، الذي كان يقوم عليه أسلوب المناقصة، وعلى هذا الأساس فإن أسلوب طلب العروض يتطابق إلى حد كبير مع ما هو مقرر في القانون الخاص من حرية اختيار المتعاقد^(١).

وعلى خلاف المشرع الفرنسي فإن المشرع المصري بقي معتمداً على أسلوب المناقصة العامة ضمن أساليب التعاقد، إلا أنه لم يورد تعريف لها ضمن نصوص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨، ولا تحت التنفيذ لسنة ٢٠١٩، على الرغم من أن المناقصة تعد من طرق التعاقد الرئيس، وإبرام الإدارة لتعاقداتها بغيرها يتطلب أن يكون بقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على اقتراح من إدارة التعاقدات^(٢).

أما في الكويت، فقد عرف قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ المناقصة العامة بأنها (مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الجهة المختصة بالشراء وفقاً لهذا القانون لتنفيذ عمليات الشراء أو لحصول الجهة صاحبة الشأن على الخدمات أو أي أعمال مطلوبة وفقاً لهذا القانون وتخضع لمبدأ العلانية والمساواة والمنافسة)^(٣).

ومقارنة مع العراق، فقد عرفت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ المناقصة العامة بأنها (إعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوفر فيهم شروط

(١) د. خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص ٧.

(٢) (يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة ويجوز استثناء وقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على عرض إدارة التعاقدات إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية...)، ينظر المادة (٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل، منشور في الوقائع المصرية، العدد (٣٩) مكرر (د) في ٣ تشرين الأول ٢٠١٨.

(٣) المادة (١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦، منشور في الجريدة الرسمية عدد (١٢٩٩) في

المشاركة وأن تتسم إجراءاتها بالعمومية والتنافسية والعدالة والوضوح ومراعاة السقوف المالية المقررة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية عند اعتماد هذا الأسلوب^(١).

مما تقدم يتضح لنا اتفاق كل من المشرع الفرنسي والكويتي والعراقي على إيراد تعريف محدد للمناقصة العامة خلافاً للمشرع المصري الذي اكتفى بالنص على المناقصة العامة كطريق رئيس من طرق التعاقد، مع ملاحظة التفاوت في التسميات، فقد انفرد المشرع الفرنسي بتسمية هذا الأسلوب من أساليب التعاقد بطلب العروض، بينما اتفقت بقية تشريعات الدول محل الدراسة على تسميته بالمناقصة العامة.

ثانياً/ موقف القضاء الإداري من تعريف المناقصة العامة:

لم نعثر على تعريف قضائي لمجلس الدولة الفرنسي لإجراء طلب العروض بحدود القرارات القضائية التي بحثنا عنها واطلعنا عليها، لكنه عرف المناقصة العامة سابقاً عبر العديد من أحكامه، ومنها على سبيل المثال أحكامه الصادرة في ١٩١٩ / ١ / ٢٤ في قضية (clazel)، وفي ١٩٤٤ / ٤ / ٢٦ وفي قضية (dame dejean)، وفي ١٩٥٠ / ٥ / ٣ في قضية (societe de peche malagache)، إذ أفادت جميعها بأن المناقصة تعد الطريقة التي بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدم للتعاقد معها سواء من الناحية المالية أم من الناحية الفنية، وإن القاعدة المطبقة لدى القضاء الإداري الفرنسي مؤداها حرية الإدارة في تحديد واختيار أسلوب التعاقد، وذلك في حالة إذا لم يوجد نص يفرض عليها الالتجاء إلى طريقة المناقصة العامة^(٢).

أما القضاء الإداري المصري، فعلى الرغم من أنه لم يورد تعريفاً للمناقصة العامة بحدود القرارات التي اطلعنا عليها، إلا أنه تناولها في أحكامه بعدّها أسلوباً أصيلاً من أساليب التعاقد الإداري، فقد عبر عن فكرته وتصوره المبدئي للمناقصات العامة من خلال أحكامه المتواترة الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا ومنها حكمها الصادر عام ٢٠٠٧، وذلك بقولها (...إنه من الأصول المسلمة إن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، ذلك إنها تلتزم هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في

(١) المادة (٣ / أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، منشورة في الوقائع العراقية عدد (٤٣٢٥) في ٢٠١٤/٦/١٦.

(٢) السلال سعيد جمعه الهويدي، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ١٩٩٨، ص ٥٦.

القوانين، كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، سواء من حيث الأهلية وحسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية، وضمنا في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقا للصالح العام...^(١)، على عكس القضاء الكويتي الذي عرّف المناقصة بأنها (...طريق الإدارة لتختار بمقتضاها أفضل من يتقدم للتعاقد معها، بتغليب مصلحة المرفق العام مقرونة بالمصلحة الفنية التي تبدو في اختيار المتناقص الأفضل كفاءة وحسن سمعة...)^(٢).

أما القضاء الإداري في العراق، فلم نجد له تعريفا للمناقصة العامة في نطاق القرارات القضائية التي اطلعنا عليها، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى خروج منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري سواء أكان ذلك قبل إبرام العقد، أم بعد إبرامه، وانعقاد اختصاص النظر في شأنها إلى القضاء العادي.

ثالثا/ موقف الفقه من تعريف المناقصة العامة:

عرف الفقه الفرنسي طلب العروض بأنه أسلوب لتبادل الإيجاب والقبول في نطاق إبرام العقد الإداري، وتخضع في كل ذلك لمبادئ أساسية هي المساواة وحرية الوصول إلى الطلب العمومي وشفافية الإجراءات، إذ يعطي هذا الأسلوب للجهة الإدارية هامشاً لممارسة سلطتها التقديرية في اختيار المتعاقد وفقا لعدة معايير موضوعية مسبقا، يشترط فيها أن لا تكون ذات أثر تمييزي ولا تعتمد على معيار السعر فقط، ويكون الهدف منها الوصول إلى اختيار المتعاقد الأفضل من الناحية الاقتصادية والفنية مع حظر كل تفاوض مع المرشحين^(٣).

كما عرف آخر طلب العروض بأنه طريقة لتخصيص العقد من قبل لجنة تسمى لجنة طلب العروض تختار المتعاقد الأنسب وفق مجموعة من الشروط الموضوعية المحددة وفق المشتريات العامة (قانون العقود

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٣٧٨٤) سنة ٤٣ قضائية، في ١٥/٤/٢٠٠٧، نقلا من موقع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، <http://www.alamiria.com> ، وهو موقع يحتوي على جميع أحكام القضاء المصري، تم الاشتراك في الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٤/٥.

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية رقم ١٤٤ السنة ١١ ق في ٢٧/٢/١٩٩٠، نقلا عن عبد العزيز ناصر عيد البراك، وسائل إبرام العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق_ جامعة طنطا، ٢٠١٧، ص ٩٦.

(٣) Guibal.m. lucien.r. Temeyre et autres droit public des affaires. Lany.france 1998.p794.

الإدارية)، وهذه التقنية لا تأخذ في الحسبان السعر فقط وإنما تأخذ بمعايير أخرى كالقيمة التقنية للعرض، وكلفة الاستخدام، وآجال تنفيذ الخدمات المطلوبة وغيرها^(١).

وفقد عرف الفقه المصري المناقصة بأنها (طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون معها شروط سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب اداؤها)^(٢)، وعرفها آخر بأنها (مجموعة من الإجراءات التي تهدف الإدارة من ورائها دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها بقصد الوصول إلى المناقص الذي يتقدم بأرخص الاسعار وبأفضل الشروط الفنية للتعاقد معه)^(٣)، كما تعرف المناقصة أيضا بأنها (مجموعة من الإجراءات التي تهدف الإدارة من ورائها دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها بقصد الوصول إلى المناقص الذي يتقدم بأرخص الأسعار وبأفضل الشروط الفنية للتعاقد معه)^(٤).

وفي العراق فقد عرّف جانب من الفقه المناقصة العامة أنها (عملية إرساء العقد على أوطأ العطاءات سعراً من بين العطاءات المقدمة من المتنافسين لضمان توفير لخزينة الدولة أكبر قدر ممكن من المال حين الصرف على تنفيذ العقد)^(٥)، وبحسب جانب آخر عُرِفَتْ بأنها (طريقة من طرق إبرام العقد الإداري تهدف الإدارة منها الوصول إلى المتعاقد الذي يتقدم بأفضل العطاءات من الناحية المالية والفنية)^(٦).

مما تقدم يتضح لنا أن المناقصة العامة طريق من طرق التعاقد التي تعتمد عليها الجهات العامة لتلبية احتياجاتها على مختلف أنواعها، وذلك عبر مجموعة من الإجراءات الغاية منها حصول الإدارة على أنسب العطاءات سواء من الناحية المالية أم الفنية أم كليهما، وحسبما يتراءى لها طبقاً لمعايير الترجيح بين العطاءات.

(1) Corina Arapu. Réflexion sur les processus d'application des procédures de passation des marches publics. mémoire DESS. Un lumière lyon2, France, 2003, P.120

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص٢٢٦.

(٣) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٢٧.

(٤) د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٦٤.

(٥) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص٦١.

(٦) د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر،

جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص٨٦.

الفرع الثاني

أنواع المناقصات الإدارية

لما كانت المناقصة العامة تقوم على مبدأ آلية الإرساء على السعر الأقل عموماً، ما أدى إلى تقييد حرية الإدارة في الاختيار إلى أقصى حد، ولغرض منح الإدارة قدر أكبر من الحرية في اختيار العطاء فقد تنوعت طرق المناقصات، فكان هذا التنوع وسيلة لتحقيق الإنسجام والتوفيق بين مقتضيات تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد، وبين ما يتطلبه العمل الإداري في هذا المجال من ضرورة تمتع الإدارة بقدر لازم من الحرية في اختيار أسلوب التعاقد^(١)، فكان للمناقصات الإدارية أنواع تناولتها القوانين المقارنة، وهي كالاتي:

أولاً: المناقصة المحدودة أو المقيدة:

تعرف المناقصة المحدودة أو المقيدة بأنها مجموعة من الإجراءات تهدف إلى دعوة افراد أو هيئات معينة بذواتها للاشتراك في العملية التي تطرحها بقصد الوصول إلى المناقص الذي يتقدم بأرخص الأسعار، وتعد من الطرق الاستثنائية في مجال التعاقدات الإدارية^(٢)، وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من المناقصات عندما تريد القيام بمشروعات ضخمة أو ذات أهمية كبيرة، كإنشاء ميناء بحري أو جوي، وغيرها من العمليات التي تحتاج إلى درجة عالية من الكفاءة والخبرة التي يقتصر الاشتراك فيها على مناقصين معينين ثبتت كفاءتهم الفنية والمالية^(٣).

وتختلف المناقصة المحدودة عن المناقصة العامة من حيث تحديدها لمن يسمح لهم بالاشتراك في المناقصة، ومن حيث منح الإدارة سلطات واسعة في اختيار المتعاقد، إذ تضع مقدماً قائمة بأسماء الأشخاص الذين يحق لهم من دون سواهم التقدم لتلك المناقصة^(٤)، لذا تتمتع الإدارة بحق قصر الاشتراك في المناقصة

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢١٨.

(٢) د. ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٤٣، وأيضاً د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦٥٣.

(٣) د. عبد العزيز عبد النعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٤٤.

(٤) د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٥٣٧.

على عدد محدود من المتنافسين ممن تتوافر فيهم شروط الملاءة المالية والكفاءة الفنية والسمعة الحسنة^(١)، شريطة عدم انحراف الإدارة في تحديد من يحق لهم الاشتراك في المناقصة المحدودة، وهو ما حصل في إحدى المنازعات الإدارية التي أثّرت أمام محكمة القضاء الإداري بكفر الشيخ في مصر، التي تتلخص ووقائعها في أن الجهة الإدارية أعلنت عن مناقصة عامة، وتقدم المناقص الطاعن بعطاءه وتم قبوله من قبل لجنة البت، بحسبانه أفضل العطاءات فنيا وماليا، إلا أن السلطة المختصة عمدت الى إلغاء المناقصة العامة وتحويلها الى مناقصة محدودة، وقد تم إخطار مقدمي العطاءات جميعهم ولم تتم دعوة المناقص الطاعن رغم كفاءته فنيا وماليا وحسن سمعته، فقضت المحكمة المذكورة بعدم مشروعية قرار الإدارة، فبادرت الأخيرة إلى الطعن بقرار محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا التي قضت عام ٢٠١١ بالصادقة على قرار محكمة القضاء الإداري، وجاء فيه (...وحيث إنه بغض النظر عن مشروعية قرار إلغاء المناقصة فإن قرار عدم دعوة المطعون ضده قد أصابه بالضرر ومن ثم يكون بحسب الظاهر مخالفا للقانون ولم يتغي وجه المصلحة العامة...)^(٢).

وفيما يتعلق بموقف التشريعات من المناقصة المحدودة، فقد نص المشرع الفرنسي في قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على مجموعة من أساليب التعاقد الشكلية (الاساسية) أو الاستثنائية (الكيفية)^(٣)، مع

(١) د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد ٢٥، العدد الأول، تموز ١٩٩٨، ص ٤٦٥. وينظر في المعنى ذاته أيضا د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٦٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٣٥٣٢) سنة ٥٤ قضائية، جلسة ٢٢/٢/٢٠١١، موقع الطابع الاميرية.

(٣) إن اعتماد طرق التعاقد في التشريع الفرنسي تعتمد بشكل أساس على مبلغ وطبيعة العقد المراد إبرامه وطبيعة السلطة المتعاقدة، ومن ثم فإن الإدارة إما أن تلجأ إلى اتباع أساليب التعاقد الشكلية (الاساسية) وهي واجبة الاتباع من الجهات العامة والخاصة، أو تلجأ إلى أساليب التعاقد الكيفية أو الثانوية، ومعيار التمييز بينهما هو أن الأساليب الشكلية تقوم على أساس الزام الإدارة باتباع إجراءات محددة بينها المشرع عند التعاقد وتنقيد حريتها في اختيار المتعاقد معها إلى أبعد مدى، بينما تمنح الأساليب الاستثنائية أو الكيفية هامش من الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها ما يعطي لها حرية أكبر في توجيه إرادتها عند إبرامها للعقد الإداري. ينظر ببو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية _ جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٩ _ ٢٠٢٠، ص ١٣٣. وأساليب التعاقد الشكلية نصت عليها المواد (من ٢ _ ٢١٢٤ إلى ٤ _ ٢١٢٤) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ وهي (طلب العروض، الإجراء التنافسي مع التفاوض، الحوار التنافسي)، أما أساليب التعاقد الاستثنائية فقد نصت عليها المادة (١) _ ٢١٢٥ من القانون ذاته وهي (الاتفاق الإطاري، المسابقة، الاقتناء الديناميكي، الفهارس (الكتالوك) الإلكتروني، المزادات

الإشارة إلى أن أساليب التعاقد التي اعتمدها المشرع الفرنسي هي ذات الأساليب الصادرة عن توجيهات البرلمان الأوروبي رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٤، التي من بينها أسلوب طلب العروض، وهذا الأخير على نوعين طلب العروض العام وطلب العروض المقيد، وبعد أن اتضح معنا فيما مضى معنى طلب العروض المفتوح (العام)، فإن طلب العروض المقيد يراد به قصر تقديم العروض على المرشحين الذين تم اختيارهم من طرف السلطة المتعاقدة للمشاركة في المنافسة^(١)، وقد منح قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ للإدارة سلطة تقديرية في الاختيار بين نوعي طلب العروض العام والمقيد.

أما في مصر، فقد نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على طريقة المناقصة المحدودة كأسلوب من أساليب التعاقد، لكن لا يمكن للجهة الإدارية اللجوء إليها إلا في حالات محددة بينها القانون المذكور، وتتمثل هذه الحالات بالتعاقدات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك على مناقسين بذاتهم، والعمليات التي

الإلكترونية). ويشترط لاتباع الإدارة أحد أساليب التعاقد الأساسية أن تكون القيمة التقديرية للاحتياجات المطلوبة مساوية أو أعلى من القيمة المقدرة للتعاقدات الأوروبية، وتخضع هذه القيمة للمراجعة كل سنتين من قبل المفوضية الأوروبية. ينظر Christophe, Lajoye, Droit des marchés publics, 6eme éd., Paris, 2017, p.257.

(١) المادة (٢_٢١٢٤) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لعام ٢٠١٩.

ويلاحظ أنه قبل سنة ١٨٣٦ لم تكن المناقصة المقيدة معروفة أبداً في فرنسا، حتى أن الأمر الصادر في ١٨٢٩/٥/١٠ والمتعلق بمناقصات الجسور والطرق لم يحدد إلا نموذجاً واحداً للمناقصة هو المناقصة المفتوحة، ولكن أمر ١٨٣٦/١٢/٤ يعد الأصل التشريعي التاريخي للتفرقة بين المناقصة المفتوحة والمناقصة المقيدة، إذ قرر ما يلي: (إذا كان من شأن المنافسة غير المحدودة أن تسبب ضرراً للإدارة، فإنها يمكن أن تخضع لقيود تحصر المنافسة بين أشخاص معروفين بكفاءتهم، وذلك بالاستناد إلى تدابير مسبقة متخذة من قبل الإدارة)، ولكن مشرع هذه الفترة لم يأت على ذكر مصطلح المناقصة المقيدة، مما جعل التفرقة بين المناقصة المفتوحة والمناقصة المقيدة غامضة، واستمر ذلك حتى سنة ١٨٨٠ حيث ظهر مصطلح المناقصة المقيدة في فرنسا لأول مرة في منشور دوري متعلق بأشغال الجسور والطرق، وبعد ذلك صدر مرسوم ١٨٨٢ الذي أجاز للإدارة تقييد المنافسة، لكنه لم يحدد بشكل واضح مبدأ المناقصة المقيدة، وكذلك لم يسجل لمجلس الدولة الفرنسي في القرن التاسع عشر حكم حدد النظام القانوني للمناقصة المقيدة وميزه عن المناقصة المفتوحة، وفي منتصف القرن العشرين صدر مرسوم ١٩٤٢/٤/٦ والذي وضح لأول مرة في فرنسا مبدأ المناقصة المقيدة ونظامها القانوني، وقد استقر مبدأ المناقصة المقيدة نهائياً في تقنين عقود الشراء العام الحالي، وذلك بموجب المادة ٩١/ منه التي تنص على ما يلي: (تكون المناقصة مقيدة عندما لا يقبل فيها لإيداع العروض إلا المرشحون المقبولون من جانب الشخص المسؤول عن العقد قبل مجلس المناقصة). ينظر د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٣٩٨ _ ٣٩٩. ونتيجة للتحويلات في فلسفة إبرام العقود الإدارية بصفة عامة والمناقصات العامة بصفة خاصة أصبحت المناقصة المحدودة المبدأ العام المتبع كأسلوب للتعاقد في فرنسا، وقد بلغت نسبة تطبيقه عام ١٩٨٨ في عقود الدولة ٤٦.٧% وعلى المستوى المحلي بلغت ٥٤.٩% وذلك بالقياس بنسبة عقود المناقصة العامة. ينظر السلال سعيد جمعه الهويدي، مصدر سابق، ص ٣١.

اتخذت الجهة الإدارية بشأنها إجراءات التأهيل المسبق، وأيضا التعاقدات المرتبطة بالأمن القومي للبلد أو توفير المستحضرات الطبية والأدوية، وغيرها من المستلزمات الخاصة بالمحافظة على حياة الأفراد وصحتهم، وكذلك من بين تلك الحالات إذا كان وقت وتكلفة طرح التعاقد بطريق المناقصة لا يتناسب مع قيمة التعاقد، أو حالة عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصة العامة التي تم طرحها مرة أو أكثر وانتهت الجهة الإدارية إلى قرار تغيير أسلوب الطرح^(١).

والأمر ذاته لدى المشرع الكويتي، فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على طريقة المناقصة المحدودة ضمن أساليب التعاقد الاستثنائية، التي يتم بموجبها دعوة عدد من الموردين أو المقاولين المتخصصين من الناحية الفنية والمالية والمسجلين لدى الجهاز المركزي للمناقصات العامة لتقديم عروضهم^(٢).

أما في العراق، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على المناقصة المحدودة كطريق من طرق التعاقد، ويُعتمد هذا الأسلوب عندما يكون موضوع المناقصة متوفرا لدى جهات محددة من

(١) (يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في أي من الحالات الآتية: ١- العمليات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو فنيين أو استشاريين أو خبراء بذاتهم، سواء في مصر أو في الخارج. ٢- العمليات التي اتخذت الجهة الإدارية إجراءات تأهيل مسبق في شأنها وبحيث يتم دعوة من تم تأهيلهم للاشتراك فيها. ٣- التعاقدات المرتبطة باعتبارات الأمن القومي. ٤- توفير المستحضرات والأجهزة الطبية والأدوية، وغيرها من المستلزمات المرتبطة بالمحافظة على الحياة والصحة. ٥- إذا كان الوقت أو التكلفة اللازمان للطرح بطريقة المناقصة العامة لا يتناسبان مع قيمة التعاقد ٦- عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة التي تم طرحها مرة أو أكثر وانتهت دراسة الجهة الإدارية إلى مناسبة تغيير طريقة الطرح). المادة (٥٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨. ويرى الباحث إن حالات اللجوء إلى التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في التشريع المصري واردة على سبيل الحصر لا الاستثناء، فلا يمكن للإدارة طرح هذه المناقصة في غير هذه الحالات، لأن أسلوب المناقصة المحدودة أسلوب استثنائي من أساليب التعاقد، ولا يجوز اللجوء إلى المناقصة المحدودة أو أي أسلوب آخر من أساليب التعاقد عدا المناقصة العامة، إلا بقرار من السلطة المختصة بناء على طلب من إدارة التعاقدات، ومن ثم فإذا كان أسلوب المناقصة المحدودة هو بحد ذاته استثناء، فإنه يكون من باب أولى في حالات اللجوء إلى تطبيقه.

(٢) (ويجوز استثناء بقرار من المجلس -بناء على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن- التعاقد بإحدى الطرق الآتية: أ- المناقصة المحدودة وتتم الدعوة فيها لعدد من الموردين أو المقاولين المتخصصين من الناحية الفنية والمالية والمسجلين لدى الجهاز)، المادة (١٣) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

حيث الاختصاص، لغرض تقديم عروضهم وفق المواصفات والتصاميم المعدة من جهة التعاقد، ويتم الإعلان عنها إلى جميع الراغبين ممن تتوفر فيهم شروط الاشتراك لتقديم عطاءاتهم لقاء ثمن محدد^(١).

مما تقدم يتضح لنا إن أسلوب المناقصة المحدودة يعد من أساليب التعاقد الاستثنائية التي لا يتم اللجوء إليها إلا في حالات محددة بينها التشريعات المختصة، ولا تختلف المناقصة المحدودة عن المناقصة العامة إلا من حيث عدد المشتركين، نظرا لخصوصية موضوعها، فتخضع للمبادئ ذاتها التي تخضع لها المناقصة العامة، كالعلانية والمساواة والتنافسية بين المناقصين.

ثانيا: المناقصة ذات المرحلتين:

ذكرنا فيما مضى إن المشرع الفرنسي أحدث تغييرات كبيرة في ميدان التعاقدات الحكومية بفعل تأثيره بتوجهات الاتحاد الأوروبي، وقد انعكس هذا التأثير على الأمن القانوني التعاقدية، فقد ألغى المشرع الفرنسي الكثير من التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية، حتى استقر أخيرا على قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩، فلم تعد أساليب التعاقد كما كانت في السابق، إذ قسم المشرع الفرنسي بموجب القانون المذكور أساليب التعاقد إلى قسمين: أساليب عامة واستثنائية، وألغى صور أو أنواع المناقصات المعروفة وأبقى على أسلوب طلب العروض بنوعيه العام والمقيد فقط، وعليه فإن المشرع الفرنسي لم ينص على أسلوب المناقصة على مرحلتين ضمن أساليب التعاقد الواردة في قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩.

أما المشرع المصري، فقد نص على أسلوب المناقصة ذات المرحلتين، وأجاز للجهة الإدارية إجراء التعاقد بموجبها في أي من الحالات الآتية^(٢):

١- التعاقدات ذات المواصفات الفنية المركبة.

٢- عندما ترغب الجهة الإدارية أن تأخذ في الاعتبار مختلف الحلول الفنية أو التعاقدية والمزايا النسبية لتلك الحلول قبل اتخاذ قرار في شأن المواصفات الفنية النهائية والشروط التعاقدية.

(١) (ينفذ هذا الأسلوب عندما تكون السلع أو الخدمات الاستشارية أو المقاولات موضوع المناقصة متوفرة لدى جهات محدودة من حيث الاختصاص لغرض تقديم عطاءاتها وفق المواصفات والتصاميم والشروط المعدة من جهة التعاقد ويتم الإعلان عنها إلى جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة لقاء ثمن...)، ينظر المادة (٣/ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) المادة (٥٨) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

٣- عندما لا تتوفر تفاصيل المواصفات الفنية الدقيقة أو خصائص الموضوع محل التعاقد عند البدء في إجراءات الطرح.

وقد بين قانون تنظيم التعاقدات إجراءات التعاقد وفقاً لأسلوب المناقصة على مرحلتين، ففي المرحلة الأولى تقوم الجهة الإدارية في الإعلان عن المناقصة ودعوة المسجلين أو المؤهلين من المشغلين الاقتصاديين لتقديم عطاءاتهم، بعد أن تكون قد ضمنت كراسة الشروط والمواصفات الخطوط العريضة والمؤهلات المطلوبة لتنفيذ العقد، ويطلب منهم في هذه المرحلة تقديم عروضهم الفنية الأولية فقط دون المالية، مع بيان ملاحظاتهم على شروط العقد أو أي شروط أخرى، ويمكن للجهة الإدارية الدخول في مناقشات فنية مع أصحاب العروض المستجيبة للحد الأدنى من المتطلبات الأساسية، بعدها تخطر الجهة الإدارية في المرحلة الثانية مقدمي العطاءات المقبولة لتقديم عطاءاتهم الفنية والمالية وفقاً للشروط والمواصفات المدققة^(١).

أما المشرع الكويتي، فقد أجاز إجراء المناقصة العامة على مرحلتين في الحالات التي يصعب فيها عملياً على جهة التعاقد تحديد المواصفات الفنية والقانونية الخاصة بعملية الشراء على نحو كامل، إذ توضح وثائق المناقصة في المرحلة الأولى المواصفات والخصائص المطلوبة لموضوع المناقصة، وتتم دعوة المناقصين لتقديم عروضهم الفنية على هذا الأساس، وفي نهاية تلك المرحلة تقوم الجهة الإدارية برفض العروض التي لا تستوفي المتطلبات الأساسية أو الحد الأدنى للأداء أو تكون قد شابها ضعف مما يجعلها غير متفقة مع شروط المناقصة، أما في المرحلة الثانية من مراحل المناقصة تقوم جهة الشراء بدعوة المناقصين الذين لم ترفض عروضهم لتقديم عطاءاتهم النهائية المتضمنة الأسعار، ويتم تطبيق إجراءات المناقصة العامة على إجراءات المناقصة على مرحلتين بالقدر الذي لا يتعارض مع ما ورد أعلاه^(٢).

أما التشريع العراقي، فقد اعتمد أسلوب المناقصة بمرحلتين بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ التي نصت على أن يستخدم هذا الأسلوب في العقود التي يصعب على جهة التعاقد اعداد مواصفاتها الفنية أو تصاميمها، وفي العقود ذات المستوى التكنولوجي المعقد، والعقود التخصصية ذات الطبيعة العلمية المتطورة، ويتم في المرحلة الأولى إعلان دعوة عامة لجميع الراغبين مقابل ثمن لتقديم

(١) المادة (٥٨) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) المادة (١٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

عطاءاتهم الفنية على أساس التصاميم الأولية، ليتم دراستها من لجنة فنية لغرض اختيار العطاءات المناسبة وفقا لمعايير التأهيل، ولجهة التعاقد تعديل التصميم أو المواصفات الفنية والمتطلبات الأخرى على ضوء ما جاء في العطاءات الفنية المقدمة، أما في المرحلة الثانية فتوجه جهة التعاقد دعوة مباشرة لمقدمي العطاءات المقبولة عطاءاتهم الفنية لتقديم عطاءاتهم المالية على أساس وثائق المناقصة المعدلة^(١).

مما تقدم يتضح اتفاق المشرع والمصري والكويتي والعراقي على الأخذ بأسلوب المناقصة بمرحلتين على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يعتمد هذا الأسلوب، كما تبين لنا أيضا أن السبب الرئيس في لجوء الإدارة نحو هذا النوع من المناقصات هو صعوبة انفراد الإدارة في تحديد المواصفات الفنية الدقيقة، نظرا للطبيعة المعقدة للعقد المراد تنفيذه، ما يتطلب منها الاستعانة بالشركات المتخصصة في هذا الشأن.

ثالثا: المناقصة المحلية:

تعد المناقصة المحلية نوع من المناقصات المحدودة التي يقتصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ العقد^(٢)، فتقتصر على نطاق جغرافي محدد، ومقيدة بقيمة مالية معينة للعملية موضوع التعاقد^(٣)، ولا يجوز تجزئة محل العقد إلى القيمة المحددة لجعل المناقصة محلية^(٤)، وتعد هذه المناقصة من طرق التعاقد الاستثنائية فيما يتعلق بشراء المنقولات والتعاقد على مقاولات الاعمال أو على الخدمات والدراسات الاستشارية^(٥).

وهو ما أخذ به المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ وقد اشترط لإمكان التعاقد بطريق المناقصة المحلية أن لا تتجاوز قيمة التعاقد أربعة ملايين جنيه، وأن يقتصر الاشتراك فيها على المناقصين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ موضوع التعاقد، ومن بينهم

(١) المادة (٣/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٩٥.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٣٥.

(٤) د. محمود حلمي، العقد الإداري، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٣٤.

(٥) د. ممدوح طنطاوي، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

المشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر، ويجوز قصر التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على مليوني جنيه على المشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر^(١).

ولم يأخذ كل من المشرع الفرنسي والكويتي والعراقي بهذا النوع من أنواع المناقصة، ولا بأس فيما لو اعتمد هذا الطريق في المناقصات غير المعقدة أو الصعبة دعماً للمشاريع الصغيرة أو المتوسطة.

المطلب الثاني

التعريف بالإحالة إلى التعاقد

تصدر الإدارة قبل إبرام العقد الإداري قرارات إدارية عديدة يعد قرار الإحالة من أهمها، فبموجبه تفصح الإدارة عن التعاقد الذي وقع عليه الاختيار بعد إجراءات معقدة وطويلة، غير أن اختيار لجان المناقصة لصاحب العطاء لا يكون قطعياً إلا بعد المصادقة عليه من السلطة المختصة، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتكلم في الفرع الأول عن معنى الإحالة إلى التعاقد، بينما سنخصص الفرع الثاني لمراحل الإحالة إلى التعاقد.

الفرع الأول

معنى الإحالة إلى التعاقد

تعد مرحلة إحالة المناقصة المرحلة الأخيرة من مراحل إبرام العقد الإداري، ويترتب عليها التزام الإدارة اتجاه المناقص الذي وقع عليه اختيارها من بين المتنافسين، لكن قبل التطرق لبيان هذه المرحلة وإجراءاتها، يتوجب علينا الإحاطة بتعريف الإحالة أولاً بحسبانها مدخلاً مهماً، وتلبية لذلك سنقسم دراسة هذا الفرع إلى

(١) (يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على أربعة ملايين جنيه ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين ومقدمي الخدمات والأعمال الفنية والاستشاريين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ موضوع التعاقد ومن بينهم المشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر. ويجوز قصر التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على مليوني جنيه على المشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر التي يقع نشاطها في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ موضوع التعاقد...)، المادة (٥٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

فقرتين نخصص الفقرة الأولى لتعريف الإحالة لغة، بينما سنخصص الفقرة الثانية لتعريف الإحالة اصطلاحاً وكما يلي:

أولاً/ تعريف الإحالة لغة:

تعرف الإحالة لغة بأنها (مصدر الفعل أحال الذي يدل على التحول ونقل الشيء إلى شيء آخر، نقول أحلت الكتاب عن مكانه أي حولت الكتاب عن مكانه)^(١)، وتعرف الإحالة أيضاً بأنها (جعل الأمر مقصوراً للمحال إليه مطلوباً منه، وحول الشيء فتحول، وأحال الأمر إلى فلان جعله مقصوراً عليه، وحال الشيء تحول من حال إلى حال)^(٢)، ونظراً لاستعمال تشريعات الدول محل المقارنة مصطلح الإرساء فإنه يحتم علينا تعريفه من الناحية اللغوية أيضاً، ومن ثم يعرف الإرساء لغة بأنه (رسا الشيء ثبت، ويقال رست السفينة وقفت عن السير في أحد الموانئ)^(٣).

ثانياً/ تعريف الإحالة اصطلاحاً:

إن التعريف الاصطلاحي للمفاهيم القانونية يتم عبر تتبعه من زوايا ثلاثة، تتمثل بالزاوية التشريعية والقضائية والفقهية، وهذا ما سنتبعه في تعريفنا لمصطلح الإحالة في المناقصات الإدارية وفق الآتي:

١- موقف التشريع من تعريف الإحالة:

قبل التطرق لتعريف الإحالة تشريعياً، لابد من التأكيد على أن التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الإدارية اختلفت فيما بينها بشأن المصطلح المستعمل للتعبير عن هذا الموضوع عبر استخدام مصطلحين هما (الإرساء والإحالة)، فنجد مثلاً أن المشرع الفرنسي في قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ استعمل مصطلح إرساء المناقصة (L'attribution du marché)^(٤)، وكذلك المشرعين المصري في قانون تنظيم التعاقدات

(١) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، ط١، المطبعة الخيرية، مصر، ١٣٠٦ هـ، بلا صفحه.

(٢) محمد علي النجار، المعجم الوسيط، الجزء الأول، مجموع اللغة العربية، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص ٢٠٧. وينظر في ذات المعنى أيضاً نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة، المجلد الأول، دار العربية، بيروت، ط١، ١٩٧٤، ص ٣٥٤.

(٣) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٠، ص ٢٤٣.

(٤) المادة (٧-٢١٥٢) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩.

التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة ٢٠١٨^(١)، والمشرع الكويتي في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦^(٢)، قد اتفقا أيضا على استعمال مصطلح الإرساء.

أما التشريع العراقي، فقد تردد بين المصطلحين، فتارة يستعمل مصطلح الإرساء كما جاء في أمر سلطة الائتلاف^(٣)، وتارة أخرى يستخدم مصطلح الإحالة كما جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة لسنة ٢٠١٤^(٤)، وإن كان مصطلح الإحالة هو المصطلح شائع الاستعمال في الواقع العملي، مع الإشارة أن ثمة تشريعات لدول أخرى^(٥) اتفقت مع التشريع العراقي في استعمال مصطلح الإحالة.

ويذهب جانب من الباحثين^(٦) إلى أن التشريع العراقي يستعمل مصطلح الإحالة عند حديثه عن المناقصات، ويستعمل مصطلح الإرساء عن حديثه في مجال المزايدات، وهو ما لا نتفق معه نظرا لاستعمال التشريع العراقي لكلا المصطلحين سواء الإرساء أم الإحالة في القوانين المنظمة للمزايدات^(٧) والمناقصات الحكومية، ومن ثم لا يمكن الجزم قانونا بتخصيص مصطلح الإرساء للمزايدات، ومصطلح الإحالة للمناقصات.

(١) نصت المادة (٣٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ على (...وتتم ترسية المناقصة أو الممارسة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا...).

(٢) نصت المادة (١/٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ على (طرح المناقصات العامة... وتلقي العطاءات والبت فيها وإرسائها...).

(٣) نص القسم (٣) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ على (تمارس حصرا المؤسسات الحكومية المؤهلة... صلاحية الالتزام بالوفاء بأموال الحكومة وإرساء وتوقيع العقود...)، منشور في الوقائع العراقية عدد (٣٩٨٤) في حزيران ٢٠٠٤.

(٤) نصت المادة (٥/أولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على (شكل في الجهات التعاقدية الرسمية لجنة مركزية تسمى (اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة...)).

(٥) كالمشرع الاردني الذي نص في تعليمات تنظيم إجراءات المشتريات الحكومية رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٩ في المادة (٥١) على (على المناقص الذي أحيل عليه العطاء استكمال إجراءات التعاقد الخاص بقرار الإحالة...). نشرت في الجريدة الرسمية عدد (٥٦٠٨) في ٢١/١١/٢٠١٩.

(٦) محمد عبود ناجي البهادلي، أثر تغيير الظروف في المرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٣، ص ٢٢.

(٧) نصت المادة (١٢/سابعاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ على (... تم تقرر لجنة البيع أو الإيجار الإحالة على المزايد الأخير...)، بينما نصت المادة (٣١/ثانياً) من نفس القانون على مصطلح الرسو وجاء فيها (بيع المال في المزايدة الثانية بالسعر الذي ترسو عليه...).

وبعد أن اتضح لنا الاختلاف التشريعي في استعمال المصطلحات المعبرة عن موضوع قبول الإدارة لعطاء المناقص نتساءل هل كان المشرع العراقي موقفا باستعمال مصطلح الإحالة؟

نعتقد أن استعمال مصطلح إرساء المناقصة في ميدان القانون الإداري أدق من مصطلح إحالة المناقصة، لأن مصطلح الإحالة لا يقتصر استعماله على القانون الإداري فقط، بل تشترك معه فروع القانون الأخرى على اختلافها سواء الداخلية منها^(١)، أم الدولية^(٢)، سيما وأن هذه القوانين متفقة على أن المراد من الإحالة هو التخلي أو التنازل، مما يبدو معها أن مصطلح إحالة المناقصة في القانون الإداري مصطلحا مبهما عند مقارنته مع معناه في القوانين الأخرى.

وفيما يتعلق بتعريف الإحالة تشريعيا، فإننا لم نثر لدى مراجعتنا لنصوص القوانين المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية في الدول محل الدراسة، على أي نص يعرف مصطلح الإحالة أو الإرساء، وفي واقع الأمر فإن هذا الوضع يعد طبيعيا، فإيراد تعاريف للمصطلحات القانونية التي يستعملها المشرع لا يدخل في مهمته بقدر ما هو من اختصاص الفقه القانوني^(٣).

(١) كقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل الذي نص في المادة (٧٨) (إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي أو الوظيفي أو النوعي أو المكاني وجب عليها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة...) وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ الذي نص في المادة (٥٤) على (إذا قدمت شكوى أو اخبار ضد متهم إلى جهتين مختصتين أو أكثر من جهات التحقيق وجب إحالة الأوراق التحقيقية إلى الجهة التي قدمت لها الشكوى أو الاخبار أولا).

(٢) كالقانون الدولي الخاص ضمن ما يعرف بنظرية الإحالة، ويراد بها (تخلي قاعدة التنازع في قانون الدولة الأجنبية التي انعقد لها الاختصاص لمصلحة قانون القاضي)، د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و م. آرم عصام خضير، دور الإحالة في تطور قواعد الاسناد، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد ٤٩، تشرين الأول، ٢٠٢٠، ص ٥٥٧. وينظر في ذات المعنى أيضا د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الجزء الثاني، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ص ١٤٤. وينظر أيضا د. أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٧٧. وأيضاً د. باسم عواد محمود العموش، مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة روح القوانين، العدد ٩٠، ٢٠٢٠، ص ٢٤٦.

(٣) د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية تشريعا وقضاء وفقها، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٦٠ - ٦١.

٢- تعريف الإحالة قضائياً:

تختص السلطة القضائية أساساً بالفصل في المنازعات المعروضة أمامها عن طريق إصدار الأحكام، وهي كالتشريع لا تختص بتعريف المصطلحات القانونية ولا يعد من صميم مهمتها، لكن قد تتعرض السلطة القضائية في بعض القضايا لإيراد تعريفات لبعض المصطلحات في معرض تسبيبها لأحكامها وتدعيمها لحججها، ووفقاً لذلك يذهب اتجاه من الفقه إلى أن المحكمة الإدارية العليا في مصر عرفت الإرساء في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥ بأنه (...إن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة إنما هو في طبيعته قرار إداري نهائي يجتمع له مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادراً من جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة...)^(١)، ونعتقد من وجهتنا أن قرار المحكمة أعلاه لا يمكن عدّه تعريفاً لإرساء المناقصة، بحسبان أنه قد ركز على إبراز طبيعة الإرساء كقرار إداري أكثر من كونه تعريفاً لها.

ولم نجد تعريفاً قضائياً للإحالة بحدود الأحكام القضائية التي اطلعنا عليها لدى كل من القضاء الفرنسي والكويتي والعراقي.

٣- تعريف الإحالة فقهاً:

تعددت واختلفت تعريفات فقهاء وباحثي القانون الإداري لمصطلح الإحالة، وكل حسب رؤيته، فمنهم من عرف الإحالة عبر بيان طبيعتها، ومنهم من ركز على إجراءات الإحالة، وغيرهم من نحا منحى آخر، وكل له مبناه.

فعرفت^(٢) الإحالة بأنها (قرار إداري يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد، باعتبار أن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعد، الأمر الذي يجعل منه قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد الإداري ويجوز معه الطعن على هذا القرار بالإلغاء استقلالاً عن العقد إذا توافرت موجبات الإلغاء)، ونلاحظ أن هذا التعريف أهتم ببيان طبيعة قرار الإحالة كونه من القرارات القابلة للإنفصال التي يمكن الطعن بها

(١) د. منصور محمد أحمد منصور، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، ط٢، بلا دار نشر، ٢٠٠٢، ص ٢٤١.

(٢) فيصل بن عبدالله بن محمد المطرودي، القرار المتصل والمنفصل في العقد الإداري في الفقه والنظام، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن مسعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء - قسم السياسة والشرعية، ٢٠٠٧، ص ١١٢.

استقلالاً عن العملية التعاقدية أمام القاضي الإداري، وأغفل عن بيان ماهية الإحالة كمرحلة مهمة من مراحل إبرام العقد الإداري.

وعلى الطريقة ذاتها عرفها آخر بأنها (قرار إداري يخضع للطعن أمام محكمة القضاء الإداري بوصفه قراراً قابلاً للانفصال عن العملية التعاقدية كونها عملية مركبة وهو عمل منتج لآثاره القانونية إلا إن تلك الآثار موقوفة على تحقق شرط التصديق من السلطة المختصة)^(١)، ويرى الباحث أن التعريف خلط بين الإحالة والتصديق وجعل منهما عمليتين مستقلتين، وهو ما لا نؤيده، فالتصديق على توصية لجنة تحليل وتقويم العطاءات يعد من متممات إصدار قرار الإحالة، فإذا كانت الإحالة موقوفة على المصادقة كما يتجه صاحب التعريف فهذا معناه أنها لاتزال عملاً تحضيرياً، ومن ثم لا يمكن تعريفها على أنها قرار حتى تصدر المصادقة، فما دام لم تحصل الموافقة بالإحالة تعد من الأعمال التحضيرية، وهذا يدل على أن الإحالة عمل قانوني واحد يكتمل وجوده بمصادقة السلطة المختصة على توصية لجنة الإحالة.

وعرفت أيضاً بأنها (إبرام العقد وتصديقه من قبل الجهة المختصة بذلك وفق الصلاحيات المالية والإدارية بموجب قرار إداري يترتب التزامات متبادلة على عاتق الإدارة من تأريخ صدوره وعلى عاتق من أحيل عليه العقد من تاريخ تبليغه بقرار الإحالة)^(٢)، ويرى الباحث أن هذا التعريف مزج بين مرحلتين متميزتين هما مرحلة الإحالة النهائية التي تتم بمصادقة السلطة المختصة على توصية اللجنة المختصة بالإحالة، ومرحلة إبرام العقد، وهي مرحلة لاحقة للمرحلة الأولى، فلا يصح تعريف الإحالة بأنها إبرام العقد، لأن الأخير يأتي بعد الإحالة، فبعد أن تتم إحالة المناقصة يبلغ المناقص الفائز بقرار الإدارة ويتم دعوته لغرض إبرام وتوقيع العقد.

وهناك من عرف الإحالة بتعريف مقارب للتعريف أعلاه، إذ جاء فيه بأنها (عملية تمهيدية لإبرام العقد بموجب قرار إداري يترتب التزامات متبادلة بين الإدارة وصاحب العطاء الأفضل من ناحية الشروط والمواصفات المنصوص عليها في المناقصة)^(٣)، ونرى من وجهتنا أنه لا يمكن وصف الإحالة بأنها عملية

(١) محمد عبود ناجي البهادلي، مصدر سابق، ص ٤١.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(٣) إسراء طارق جواد الجابري، الحماية القانونية لمناقصات العقود الحكومية العامة في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٠ - ٢٠٢١، ص ١٨٦.

تمهيدية لإبرام العقد الإداري لأن العمل التمهيدي لا يرتب أثراً قانوناً، وهو ما لا ينطبق على الإحالة لأنها قرار إداري يرتب التزامات متبادلة بين الإدارة من جهة والمرشح للتعاقد من جهة أخرى، وإخلال أي منهما بالتزامات المفروضة يرتب المسؤولية القانونية عليه.

وهناك من ذهب في تعريف الإحالة بأنها (قرار إداري لا ينتج بذاته الآثار القانونية وإن كان ممهداً للتعاقد وشرطاً ضرورياً من شروط تكوين العقد إلا إنه لا يؤدي إلى إبرام العقد بحد ذاته إلا بعد تصديقه من الجهة الإدارية المختصة)^(١)، ولا يتفق الباحث مع هذا التعريف فمن خصائص القرار الإداري أن يرتب أثراً قانونياً وبه يتميز القرار الإداري عن العمل المادي، فالإحالة قرار إداري مرتباً لأثر قانوني هو اختيار المناقص الذي سيبرم معه العقد.

كما تعرف الإحالة بأنها (إحالة المناقصة بعهدة شركة أو مكتب تجاري يتولى تنفيذ العمل أو المشروع أو تجهيز المواد التي تحتاجها الإدارة الحكومية بعد اتباع إجراءات المناقصة العامة أو المحدودة أو الدعوة التنافسية والمباشرة ليتم إصدار أمر إداري يسمى أمر الشراء بعد أن تستوفي عملية الشراء للإجراءات المطلوبة وحسب توصية اللجنة المختصة)^(٢)، ونرى من وجهتنا أن التعريف أسهب في تعريف الإحالة، فضلاً عن أنه قصر الإحالة على عقود محدودة، ومع ذلك فإننا نرى أن مفهوم الإحالة واحد بغض النظر عن اختلاف طرق التعاقد أو تنوع مواضيعها بين التوريد أو غيرها.

وعلى المنوال ذاته عرفت الإحالة بأنها (التزام جهة الإدارة بالترسية على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً حيث تقوم لجنة البت بترتيب العطاءات المستوفاة للشروط والمواصفات ترتيباً تصاعدياً ثم تختار على أثره العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للتعاقد مع صاحبه إذ تملك الجهة الإدارية رفض كل أو بعض العروض المقدمة إليها دون أن يكون لأي من المناقصين الحق بالرجوع عليها بأي خسارة أو ضرر ناشئ عن تقديم العروض وبنفس الوقت لا يجوز إحالة العطاء على أحد العروض المخالفة لدعوة العطاء وإلا

(١) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١١٥.

(٢) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الأحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، مكتبة القانون والقضاء، بلا مكان نشر، ٢٠١٥، ص ٢٥٥.

كان القرار غير مشروع كما يتوجب أن يكون قرار الإحالة مسببا تسببيا كافيا وإلا كان معيبا بعيب الشكل^(١)، ويظهر جليا أنه فضلا عما ذكرناه من ملاحظات متعلقة بالتعريف السابق فإنها تنطبق على هذا التعريف أيضا من حيث أنه قد أسهب في تعريف الإحالة، فضلا عن عدم بيان المقصود بالإحالة.

في حين اتجه آخر في تعريف الإحالة بأنها (القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قبل الجهة الإدارية المختصة بعد قرار لجنة البت بالإرساء)^(٢)، ويرى الباحث أن هذا التعريف لم يبين المقصود بقرار الإحالة، بل اكتفى ببيان محل قرار الإحالة وهو اعتماد نتائج المناقصة لكن ما هو قرار الإحالة؟ هذا ما بقي غامضا عن البيان وفقا للتعريف أعلاه.

وبصورة مقارنة للتعريف المتقدم ذكره عُرفت الإحالة بأنها (قرار يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قبل الجهة المختصة للإدارة بعد اقتراح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بقرار الإرساء مما يؤدي إلى انشاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعامل وبه يكتمل رضا طرفي العقد)^(٣).

وفي المقام ذاته عُرفت بالإحالة بأنها (تعبير الإدارة عن إرادتها في قبول الإيجاب الصادر من قبل صاحب العطاء أو العرض يتحول بمقتضاه إلى مرشح للتعاقد بعد مصادقة السلطة المختصة وفقا للإجراءات التي حددها القانون)^(٤)، وعلى الرغم من مقبولية هذا التعريف إلا أنه لم يوضح لنا الطريقة أو الشكلية التي تعبر الإدارة بموجبها عن إرادتها بقبول إيجاب المناقص، فهل تكون بصورة كتابية، أم شفوية، أم كليهما.

هذا ما يدعونا إلى أن نستجمع الأوضاع القانونية الخاصة بالإحالة وصياغتها وفق التعريف الآتي بأنه (قرار إداري تفصح الإدارة بموجبه عن اختيارها لصاحب أفضل عطاء بغية إبرام وتنفيذ العقد).

(١) محمد سالم لهمايص، الفراغ التشريعي في أحكام المناقصات العامة في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٥، ص ١٣٨.

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٧٨.

(٣) طارق بين دياب أكرم، القرارات الإدارية المتصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، ٢٠١٧، ص ١١١.

(٤) عماد محمد شاطي هندي، النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٢١، ص ٧٢.

الفرع الثاني

مراحل الإحالة إلى التعاقد

من المسلم به أن العقد الذي تبرمه الجهات الإدارية الحكومية لا ينعقد بمجرد تقديم العطاءات في المناقصة، إذ لا يعدو عن كونه إجراء تمهيدياً سابقاً على مرحلة التعاقد ولا يكون له أثر أو قيمة قانونية إلا بعد صدور قرار الإحالة من الجهة الإدارية المختصة، فصدور قرار الإحالة يمثل اقتران القبول بالإيجاب الصادر عن مقدم العطاء، وقرار الإحالة يعني القبول الرسمي من صاحب العمل لعرض المناقص الذي وقع عليه الاختيار^(١).

على أنه من الأسس العامة التي يقوم عليها تعاقد الإدارة مع الأفراد أو الشركات عن طريق المناقصة أن يخضع التعاقد لمسوغات تتعلق بمصلحة المرفق المالية والفنية، والتي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً تحقيقاً للمصلحة الفنية والمالية^(٢)، ولكن هذه الإحالة لا تعد المرحلة النهائية في إجراءات التعاقد بطريق المناقصة، بل لابد من صدور قرار بالمصادقة على هذه الإحالة من الجهة الإدارية المختصة، أي بمعنى آخر إن الإحالة في مناقصات العقود الإدارية تتم على مرحلتين هما مرحلة الإحالة الأولية، ومرحلة الإحالة النهائية، وهو ما سنحاول بيانه وفقاً للبندين الآتيتين:

أولاً/ مرحلة الإحالة الأولية:

إن العقد الإداري شأنه شأن أي عقد قانوني آخر لا ينعقد إلا بتلاقي رضا كل من الطرفين المتعاقدين برضا الطرف الآخر، غير أن التعبير عن إرادة أطراف العقد الإداري يختلف من طرف إلى آخر، فالمتعاقد مع الإدارة يعبر عن إرادته بالطريقة نفسها التي يعبرها عنها عندما يتعاقد في نطاق القانون الخاص، لكن التعبير عن إرادة الإدارة غالباً ما تسبقه طائفة من التدابير والإجراءات التي تمهد وتهيئ لذلك التصرف^(٣).

(١) د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانوني الإداري، دار وائل، عمان، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٧٠٠.

(٢) المستشار علي الدين زيدان والاستاذ محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، الجزء الرابع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة نشر، ص ١٠٢ وما بعدها.

(٣) د. فاروق أحمد خماس ود. محمد عبدالله الدليمي، مصدر سابق، ص ٧٢.

لهذا نجد قوانين المناقصات في الدول محل المقارنة قد اتفقت على اسناد مهمة اختيار المناقص صاحب العطاء الأفضل إلى لجان مختصة تتوزع في الأغلب على لجنتين هما: لجنة فتح العطاءات ولجنة البت أو تحليل وتقييم العطاءات، وتقتصر مهمة اللجنة الأخيرة على الإيصاء بالإحالة.

فتصدر الإحالة عن لجنة البت كإجراء تمهيدي مؤقت لا يكون نهائيا إلا بعد بالمصادقة عليه من قبل الجهة الإدارية المختصة، بمعنى أن الإحالة الأولية لا يترتب عليها اتمام عملية التعاقد وإن كانت ممهدة للتعاقد وشرطا ضروريا من شروط تكوين العقد، إلا أنها لا تؤدي إلى إبرام العقد إلا بعد اعتماده من الجهة الإدارية المختصة، وإن سبب عدم انعقاد العقد إلا بعد اعتماد السلطة المختصة لتوصية لجنة البت، يكمن في السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة بعدم إتمام التعاقد وإلغاء المناقصة فيما إذا اقتضت ذلك متطلبات المصلحة العامة، التي قد تتحقق في أي مرحلة من مراحل المناقصة^(١)، هذا ويطلق على المقاول أو المورد الذي وقع عليه اختيار لجنة البت بالمتعاقدين المؤقت، بحسبان أن جهة الإدارة لا تملك التعاقد مع غيره^(٢).

وتأكيدا لما تقدم ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها الصادر عام ١٩٩٥ الذي جاء فيه (...وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل ليس إلا إجراء تمهيديا في عملية العقد الإداري المركبة، ثم بعد ذلك يأتي دور الجهة المختصة بإبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذا المجال اختصاص مقيد، حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المناقص ولا تستبدل غيره إلا إنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية في حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه، إذا ثبت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة...)^(٣).

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص ٣٢٨.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب قانون الصفقات العمومية رقم ١٥ _ ٢٤٧ في ٢٠١٥ في المادة (٧٣)، فبعد أن تنتهي لجنة فتح الأظرفة من عملها تقوم بنشر إعلان يدعى المنح المؤقت بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقدين ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي والتقني. ينظر د. هزيل جويل، المنح المؤقت، بحث منشور في مجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد الأول، العدد ٢، ٢٠١٦، ص ٤.

(٢) د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط ١، دار الميسرة، عمان، الاردن، ١٩٩٧، ص ٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٢٨٦)، سنة ٣٣ قضائية جلسة ١٣/٢/ ١٩٩٥ وإن كان الباحث يرى أنه لا يصح تسمية ما يصدر عن لجنة البت من نتائج حول تقييم العطاءات واختيار أنسبها بالقرار لأنها وبصريح النصوص

وأیضا ما قضت به المحكمة ذاتها بحكمها الصادر في ٢٠١٠ الذي جاء فيه (...ومن حيث أنه على هدي ما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة بمثابة القبول في العقود، إذ إن هذه المرحلة النهائية تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساء المناقصة من قبل الجهة الإدارية المختصة على أنه إذ أجاز ادماج لجنة البت في نطاق إجراءات القبول فهو لا يعدو ان يكون قبولا مؤقتا أو هو قبول معلق على اعتماد من الجهة المختصة بإبرام العقد فإذا اعتمدته ورأت إبرام العقد أصبح القبول نهائيا والقول بخلاف ذلك بان قرار لجنة البت بمثابة القبول في العقود قول لا يتفق مع نصوص القانون...)^(١).

إذاً فدور لجنة تحليل وتقييم العطاءات -لجنة البت- في هذه المرحلة هو تعيين من ترسو عليه المناقصة، وينتهي عمل تلك اللجنة بتقرير أصلح العطاءات، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في مصر بمناسبة أحد أحكامها سنة ١٩٥٦ (...إن لجنة البت هي المرجع النهائي فيما يتعلق بنتيجة المناقصة وذلك تأسيسا على أنها اللجنة التي تجتمع بين أيديها جميع العناصر الضرورية واللازمة للبت في أفضل عطاء بعد إجراء المفاضلة والمقارنة بين جميع أصحاب العطاءات وهي بحكم تشكيلها تضم من رجال الإدارة أصحاب الفن والخبرة والذين يمكنهم الوصول إلى اختيار أحسن المتقدمين سواء من الناحية المالية أو الفنية أو الإدارية، وسلطتها في هذا الخصوص مقيدة فلا تملك تعديل شروط المناقصة وإنما تصدر قرارات بقبول العطاءات أو برفضها وبترتيب المتقدمين للعطاء وإبرام العطاء أو بإلغاء المناقصة إذا ما عرض عليها ذلك رئيس المصلحة للأسباب المبررة لذلك قانونا...)^(٢).

والأصل أن لا يترتب على صدور الإحالة المؤقتة أية نتائج قانونية، إلا جانبا من الفقه يرى أن المدة بين الإعلان عن التعاقد وصدور قرار التصديق على العقد تنشئ التزامات قانونية متصلة مركبة، نابعة من كثرة الإجراءات والضوابط التي من الواجب اتباعها في العقود الإدارية، وتعد هذه الإجراءات دون العقد من حيث الأثر القانوني، ولذلك يرى هذا الفقه أن من رست عليه المناقصة مؤقتا إذا بادر في طرح مواده الأولية تنفيذًا للعقد وفوجئ بعدم صدور قرار التصديق من الإدارة المختصة، فإن له في هذه الحالة إقامة دعوى على

القانونية لا تصدر قرارات بل توصيات خاضعة لمصادقة الجهة الإدارية، وبما أنه لم تصدر المصادقة فإنها لا تزال عملا تحضريا.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٢٣٠٦٥) سنة ٥١ قضائية، في ١٦/٣/٢٠١٠، نقلا من موقع المطابع الاميرية.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر طعن رقم (٨٣) سنة ٦ قضائية في ٢٤/٤/١٩٥٦، نقلا من موقع المطابع الاميرية.

أساس الفعل الضار وليس على أساس عقدي، لأن العقد لم يصادق بعد هذا من جانب، ومن جانب آخر يمكن أن يستفاد من رست عليه المناقصة مؤقتاً من فكرة الوعد بالتعاقد المعروفة في القانون المدني، فليست الإجراءات السابقة على صدور قرار التصديق عديمة الأثر من الناحية القانونية بل هي في الواقع إجراءات ممهدة لتكوين الإرادة النهائية للإدارة، فهذه الإجراءات بمثابة وعد بالتعاقد ملزمة للإدارة مثلما هي ملزمة للأفراد في نطاق القانون الخاص، وبناء على ذلك يستطيع الفرد الموعود من جانب الإدارة إقامة الدعوى لإصدار حكم بثبوت انعقاد العقد ليكون هذا الحكم بديلاً عن قرار التصديق^(١).

وزيادة على ذلك، أن اتجاهها آخر ذهب إلى القول أن قرار اللجنة المختصة بالإحالة في المناقصات هو قرار إداري يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري، سيما وأن هذا القرار لا يمكن للجهة الإدارية المختصة بالتعاقد الخروج عنه، إلا في حالات محددة وأن يكون الخروج مسبباً^(٢).

في حين يرى الجانب الآخر من الفقه أن الرأي المتقدم بجانب الصواب، لأن الإجراءات التي فرضها المشرع على الإدارة هدفها ضمان حسن اختيار من يتعاقد معها، وكل هذه الإجراءات لا ترتب التزامات قانونية أو تعاقدية عليها، وبالنسبة للمتقدم فإنه يلتزم بعهائه لحين إبرام العقد، لما فيه من أهمية للمصلحة العامة، إذ إن هدف الإدارة عندما تتعاقد اختيار أفضل العطاءات من النواحي المالية والفنية، ولأجل الكشف عن جدية المتقدم وحرصه على التعاقد مع الإدارة اقتضى الأمر إلزامه بعهائه، فهو إيجاب ينتظر قبول الجهة الإدارية، وهذا القبول لا يتم إلا بتصديق أو اعتماد المناقصة من السلطة المختصة، ومن جانب آخر إن فكرة الوعد بالتعاقد تتعارض مع طبيعة العقد الإداري والامتيازات التي تتمتع بها في نطاقه، فكيف نفسر سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك بينما هي تلتزم بالتعاقد على أساس فكرة الوعد بالتعاقد، ومن ثم فإن هذه الفكرة تهدر حق الإدارة في إلغاء المناقصة، وتحملها أعباء مالية لا مسوغ لها، كما إن العقد الإداري لا ينعقد إلا بصور قرار المصادقة، فليس هنالك مجال لإقامة الدعوى على أساس مسؤولية الإدارة عن الفعل الضار، كونها لم تطلب منه طرح مواد تنفيذ العقد ما لم يكن هناك ما يثبت ذلك، أما القول مطلقاً بمسؤوليتها على أساس الفعل الضار فهو قول غير دقيق^(٣).

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢) د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٧٧، ص ١١١.

(٣) د. فاروق أحمد خماس و د. محمد عبدالله الدليمي، مصدر سابق، ص ٩٧ - ٩٨.

ويرى الباحث مما تقدم، إن الرأي الثاني أقرب للصواب، وأكثر اتفاقاً مع المصلحة العامة، والقول خلاف ذلك يقيد من سلطة الإدارة التقديرية في الغاء المناقصة، فقد تحدث ظروف طارئة بين صدور التوصية بالإحالة، وبين المصادقة، يجعل الاستمرار بالتعاقد من شأنه استنزاف الأموال العامة، والاضرار بالمصلحة العامة، فضلاً عن أن الرأي القائل بترتب آثار قانونية بعد صدور الإحالة المؤقتة وقبل المصادقة عليها قول يخالف النصوص القانونية التي منحت لجنة البت صلاحية تقييم وتحليل العطاءات والتوصية بالإحالة، فلا يصح قانوناً ترتيب آثار قانونية على توصية بمثابة عمل تحضيرى^(١)، زيادة عن ذلك، فإن تكييف الإحالة المؤقتة على أنها وعد بالتعاقد يخالف جوهر فكرة الوعد بالتعاقد القائمة على أساس قيام الإدارة بالزام نفسها في مواجهة الغير، إذ يعرف الوعد بالتعاقد بأنه (قيام الإدارة بالالتزام في مواجهة الغير بناء على إرادتها المنفردة ويكون من شأن ذلك الالتزام إحداث آثار يترقبها صاحب الشأن حيث تقوم الإدارة بتقييد سلطتها طوعية واختياراً بما تفرضه على نفسها من التزام ناجم عن إرادتها المنفردة)^(٢)، وهو ما لا ينسجم مع فكرة الإحالة المؤقتة التي في حقيقتها توصية بالإحالة موجهة إلى الجهة صاحبة الاختصاص بالمصادقة عليها^(٣).

ثانياً/ مرحلة الإحالة النهائية:

إن توصية لجنة تحليل وتقييم العطاءات -لجنة البت- بإرساء المناقصة على أحد المتنافسين ليست الخطوة الأخيرة في التعاقد، فما هي إلا إجراء تمهيدي من إجراءات إبرام العقد الإداري، فاختصاص لجنة تحليل وتقييم العطاءات -لجنة البت- كما أسلفنا يقتصر على إتمام الإجراءات التي تؤدي إلى تعيين

(١) وهذا ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في العراق بموجب قرارها المرقم (١٣٢/اتحادية/تميز/٢٠١٢) في ٢٠١٢/٩/٣٠ حيث طعن المدعي إضافة إلى وظيفته بالفقرة (سابعاً) من توصيات اللجنة التحقيقية للتحقيق في المواد المجهزة لصالح المدعى عليه الثاني والتي تضمنت ادراجه في القائمة السوداء وحيث ثبت للمحكمة بأن الأمر المطعون فيه هو توصية وإن التوصية تعد من الإجراءات الإدارية التحضيرية أو الإعدادية التي تقضي إلى اصدار القرار وليست بقرار.

(٢) د. مجدي عز الدين يوسف، مدى مسؤولية الإدارة عن وعودها، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، سنة ٣٢، عدد ٢، ديسمبر ١٩٩٠، ص ١٣٢.

(٣) ذهب الفقيه (mazeres) إلى أن فكرة الوعد بالتعاقد فكرة حديثة لم تتحد طبيعتها بعد بصفة مؤكدة، فقد تعد أعمالاً مادية، وقد تأخذ شكل القرارات الإدارية، وقد تكون محلاً للعقود الإدارية، الأمر الذي يؤكد إن وعود الإدارة ليست لها طبيعة محددة، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي عدّ وعود الإدارة بمثابة قرارات إدارية فردية، إذ أعلن في العديد من أحكامه إن الوعود المقدمة بصفة شخصية لبعض الأفراد ليس لها طابع القرارات الإدارية المنشئة للحقوق، فقضى إن (الوعد ليس له طبيعة القرار المنشئ للحق حتى ولو كان صاحب الشأن قد اعتقد - وكان اعتقاده مبرراً أن حصوله على الترخيص أصبح أمراً مكتسباً له). ينظر د. مجدي عز الدين يوسف، مصدر سابق، ص ١٣٣.

المناقص الذي سوف تحال عليه المناقصة تمهيدا لقيام الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد^(١)، أما عملية التعاقد بشكلها النهائي فإنها تأتي عبر خطوة أخرى لاحقة لعملية التوصية تتمثل بمصادقة الإحالة، فقرار الإحالة القطعية (قرار تصديق أو اعتماد الإرساء) الذي يصدر عن السلطة الإدارية المختصة، يشكل عنصرا مركزيا في صيرورة تكوين العقد، لأن هذا القرار يؤدي إلى إنشاء العلاقة التعاقدية وبه يكتمل رضا طرفي العقد.

وبناء على ذلك، فإن قرار الإحالة النهائي يعرف بأنه القرار الذي يكون محله تصديق قرار الإحالة الأولية الصادر عن الجهة المختصة قانونا باتخاذها، ويطلق على عملية تدخل تلك السلطة المختصة بتصديق نتائج الإحالة تسمية الاعتماد، ويعد هذا الإجراء أكثر الإجراءات أهمية من الناحية القانونية، لأنه بمثابة القبول في العقد الإداري، بل يعد قرارها في هذا الشأن القبول النهائي للعقد^(٢).

والمسلم به أن التزامات الإدارة لا تبدأ إلا من هذه اللحظة، أما قبل ذلك فإن التعاقد يكون في طور التكوين، وكل ما يترتب على توصية لجنة البت هو التزام الإدارة بأن لا تتعاقد إلا مع من عينته هذه اللجنة^(٣)، فلا ينعقد العقد أو تلزم الإدارة بشيء بمجرد إحالتها بل لابد لقيام العقد من اعتماد الرئيس المختص لهذه الإحالة، ورغم التزام الإدارة بأن لا تتعاقد إلا مع من رست عليه المناقصة فإنها ليست ملزمة بإبرام العقد حتى لا يفرض عليها متعاقد غير مرغوب فيه، ولها أن تمتنع عن إتمام العقد إذا وجدت من الأسباب ما يسوغ ذلك^(٤).

ولكن هذه السلطة ليست تحكمية فهي تخضع لرقابة القضاء فيما لو انحرفت عن هدفها أو كانت أسباب القرار الذي أصدرته غير مشروعة، وتراخي الإدارة عن اتخاذ القرار بإلغاء المناقصة يشكل خطأ من جانبها يثير مسؤوليتها التقصيرية إذا ما نجم عنه أضرار أصابت المناقص الفائز، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها عام ١٩٩٥، إذ جاء فيه (... ولئن كان من حق الجهة الإدارية الامتناع عن اعتماد نتيجة المناقصة تمهيدا لإعادتها بقصد الوصول إلى أقل الاسعار، وإن قرارها الصادر في هذا

(١) د. فاروق أحمد خماس د. محمد عبدالله الدليمي، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٢) د. محمد أنس قاسم جعفر، مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٢٣ ١٢٤.

الشأن يكون متفقاً وأحكام القانون، إلا أنه غني عن البيان يتعين على جهة الإدارة أن تصدر قرارها بإلغاء المناقصة في وقت مناسب طبقاً لظروف كل حالة وإلا كانت ملتزمة بتعويض ما عسى أن يكون قد لحق صاحب الشأن من أضرار نتيجة التراخي في إصدار قرار الإلغاء، طبقاً للقواعد العامة المقررة في المسؤولية التقصيرية...^(١).

فنفهم من كل ما تقدم، إن الإحالة في المناقصات الإدارية تمر بمرحلتين هما: مرحلة الإحالة المؤقتة التي تتحقق بتوصية اللجنة المختصة، ومرحلة الإحالة النهائية التي تتحقق بالمصادقة من السلطة المختصة، وبهذا فإن مرحلة الإحالة النهائية تختلف عن مرحلة الإحالة الأولية من حيث الآثار القانونية المترتبة عليها وهي كالآتي:

- ١- تغيير المركز القانوني للمنافس، فبعد ما كان مرشحاً للتعاقد بموجب الإحالة الأولية أصبح متعاقداً بموجب الإحالة النهائية.
- ٢- تبليغ المنافس الفائز بكتاب الإحالة ودعوته لإبرام العقد مع تقديمه التأمينات النهائية.
- ٣- يستطيع المتنافسون الآخرون ممن لم تحلّ عليهم المناقصة الاعتراض على قرار الإحالة أمام الجهات المختصة حسب إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريعات ذات العلاقة.
- ٤- إن إخلال أي من طرفي العقد سواء المتعاقد أم الإدارة يؤدي إلى مساءلته قانوناً مع اختلاف قواعد المساءلة لكلا الطرفين، ففي حالة امتناع المنافس عن إبرام العقد بعد تبليغه بكتاب الإحالة يعد نكالا مع خسارة التأمينات الأولية، وفي حالة عدول الإدارة فإنها تكون مسؤولة مسؤولية تعاقدية، وتلتزم بتعويض المتعاقد وفقاً لقواعد هذه المسؤولية إذا لم يكن هناك مسوغاً قانونياً يدعو لإلغاء المناقصة والعدول عنها.

(١) حكم دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٢٦٦) لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٥/٨/٣، نقلاً من د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص ٦٩٥.

المطلب الثالث

ذاتية الإحالة إلى التعاقد

عادة ما يختلط الأمر بين مرحلة الإحالة وما سواها من مراحل إبرام العقد الإداري، فتوصف أحيانا توصية لجان الإحالة على أنها قرار الإحالة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يشتهب الأمر بين إحالة المناقصة وإبرام العقد الإداري، وهذا ما يدعونا لمحاولة التعرف على ذلك، وإبراز الخصائص التي تتميز بها الإحالة، وبيان طبيعتها القانونية، ما قد يساهم في توضيح ذاتية قرار الإحالة، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبحث في الفرع الأول خصائص الإحالة إلى التعاقد، بينما سنبحث في الفرع الثاني الطبيعة القانونية للإحالة إلى التعاقد.

الفرع الأول

خصائص الإحالة إلى التعاقد

إذا كان نظام الاشتراك في المناقصة تحكمه مبادئ رئيسة من قبيل مبدأ العلانية وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين، فإن نظام إحالة المناقصة يحكمه مبدأ أساس وقاعدة جوهرية، هي الإحالة على أفضل مقدم عطاء، وهذه القاعدة تحكم إرساء العطاء، وعلى ذلك فإن الإدارة لا تملك سلطة تقديرية في اختيار المتعاقد والإحالة على مقدمي العطاءات من دون مراعاة قواعد الإرساء التي وضعها القانون، لأن السلطة التقديرية تتعارض مع المبادئ العامة التي تحكم المناقصات^(١).

فبعد أن تكتمل عملية تقييم العطاءات يتم تحديد العطاء الفائز في المناقصة، ذلك العطاء الذي يشتمل على الشروط الأفضل والسعر الأقل، فعادة ما تكون الإحالة محكومة بمبدأ آلية الإرساء، والتي تتميز بمجموعة من المميزات أو الخصائص التي سنتولى بيانها وفق الآتي:

أولاً: تلقائية الإحالة: ويقصد بها أن لجنة البت أو لجنة تحليل وتقييم العطاءات لا تمتلك أي سلطة تقديرية بشأن تحديد المورد أو المقاول الذي تتعاقد معه الجهة الإدارية، وإنما يجب عليها الالتزام بإحالة

(١) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٩٧.

المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا طبقا لما ورد في وثائق المناقصة والعطاء^(١)، وهذا هو ما يعرف بمبدأ آلية الإحالة (الإرساء)^(٢)، وقد عرفت الجمعية العمومية مبدأ آلية الإرساء في فتاوها عام ١٩٩٤ بالقول (...إن المشرع قد نظم سلطة لجنة المناقصات المركزية في اختيار المتعاقد بطريق المناقصة، مقررًا مبدأ آلية الإرساء وموجبه الزام اللجنة بالترسية على أقل سعر إجمالي إذا كان هذا العطاء متمشيا مع متطلبات وثائق المناقصة، ولا تستطيع اللجنة أن تلتفت عن الترسية على صاحب العطاء الأقل سعرا إعمالا للمبدأ المشار إليه...)^(٣).

لذلك فإنه يتوجب على لجنة البت عند اختيارها لصاحب العطاء مراعاة معايير الإحالة التي أوجب عليها المشرع التقييد بها عند ممارسة عملها في تحديد صاحب العطاء الذي سيتم إحالة المناقصة إليه -والتي سنأتي على بيانها عند حديثنا عن معايير الإحالة-، وعليه نفهم من مبدأ تلقائية الإحالة عدم تمتع لجان الإحالة المختصة بأي سلطة تقديرية في تحديد المناقص الذي يجب التعاقد معه بل تلتزم بالتعاقد مع المناقص الذي كان عطاؤه أكثر توافقا مع معايير الإحالة المعتمدة من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة.

ومما يتعارض مع مبدأ تلقائية الإحالة تحفظات المناقصين، ويراد بالتحفظات (اشتراطات يضعها مقدم العطاء في عطائه تخالف المعلن عنها من قبل الإدارة للدخول في المناقصة)^(٤)، أو بأنها (رغبة المتحفظ في استبعاد أو إضافة شروط أو بنود واردة في وثائق المناقصة)^(٥)، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها الصادر عام ٢٠٠٧ إلى أن التحفظ هو (...كل شرط يضعه مقدم العطاء في عطائه ويكون مختلفا عن الشروط التي تضعها الإدارة أو يكون غير وارد فيها...)^(٦).

والتحفظات التي يضمنها مقدمو العطاءات في عطاءاتهم عادة ما تكون على نوعين: تحفظات مالية تتعلق بطريقة الأداء المالي في العقد المراد إبرامه، كاشتراط طريقة محددة لدفع المقابل المالي، أو اشتراط

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٣) فتوى رقم (٣٣٢) في ١٤/٢/١٩٩٤ نقلا من ريم علي إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٨، ص ٢١٧.

(٤) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٥) د. احمد محمود جمعه، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٧٤.

(٦) حكم المحكمة الادارية العليا طعن رقم (٩٧٠) سنة ٤٩ قضائية، في ٣٠/١/٢٠٠٧، نقلا من موقع المطابع الاميرية.

صرف دفعات مقدمة، هذا إلى جانب تحفظات غير مالية تتعلق في أغلب الأحوال بظروف العمل، كاشتراط سريان العقد مع تسليم الموقع أو زيادة مدة تنفيذ العقد بقدر مدة التأخير في صرف المستحقات^(١).

والأصل في العقود الإدارية أن من يوجه الإيجاب (العطاء) في التعاقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها، وليس أمام من يرغب في التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط جملة أو يرفضها، فإذا رأى الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء، فوجود التحفظات من شأنه أن ينزل بالتعبير عن الإرادة من منزلة الإيجاب الملزم إلى الإيجاب المعلق على شرط^(٢).

هذا وتتفق التشريعات الدول محل المقارنة، على أن دفاتر الشروط أو وثائق المناقصة، يجب أن توضح الغرض والأداء المتوقع والخطوط العريضة للمواصفات والخصائص الأخرى اللازمة في المعدات أو الأعمال أو المؤهلات المطلوبة لتنفيذ العقد، بحيث تتطابق أو يجب أن تتطابق العطاءات المقدمة في هذه المناقصة مع ما ورد بدفاتر الشروط أو الوثائق الخاصة بها، بما مفاده أنه على مقدم العطاء أن يأخذ بالحسبان الشروط والمواصفات التي قصدها الإدارة تحديداً لموضوع المناقصة^(٣).

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر عام ٢٠٠٨ (... إن الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها، فإذا رأى الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنه...) ^(٤).

إلا أن الأمر لا يجري على إطلاقه، فليس كل تحفظ يبيده المناقص من شأنه استبعاد عطائه، إذ يتطلب الأمر النظر لنوع التحفظ، فإذا كان يتعارض مع الشروط الجوهرية للمنافسة استبعد العطاء، ومرد ذلك يعود إلى أن اقتران عطاء ما بتحفظات معناه المساس بمبدأ ثلقائية الإحالة الذي يمثل جوهر المنافسة،

(١) د. محمود محمد علي صيره، إعداد وصياغة العقود الإدارية، ط ٤، دار الكتب القانونية، مصر، بلا سنة نشر، ص ٦٧.

(٢) علي حمزه عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٠، ص ٧٦.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٢١٢)، سنة (٥٠) قضائية، جلسة ٢٨/١٠/٢٠٠٨، موقع المطابع الاميرية.

فالسماح بتضمين العروض تحفظات يعني وجود عامل أو أكثر لإحالة المناقصة، فلا تستطيع الإدارة التعاقد مع مقدم عطاء يتحفظ على شرط ربما يكون هو دافعها لإبرام العقد^(١)، أما إذا اتصل التحفظ بشرط ثانوي، فإن ذلك لا يمنع الإدارة من قبول العطاء المصحوب بهذا التحفظ، حتى لا يستبعد عطاء رغم مطابقته المواصفات الفنية والمالية لمجرد انطوائه على تحفظ لا تأثير له على التعاقد إذا تم إبرامه في ظله^(٢).

ومع ذلك، فإن المشرع الفرنسي منع وبصفة مطلقة وضع أية تحفظات على العطاءات المقدمة، سواء أكانت جوهرية أم ثانوية، باستثناء التحفظات الواردة على شروط غير مشروعة، وهذه لا تعد في حقيقة الأمر تحفظات بالمفهوم السابق، وإنما تصحيح لأخطاء قانونية ارتكبتها جهة الإدارة ومن حق المعارض أن ينبهها إلى هذه الأخطاء التي يمكن أن توصم الطرح بعد المشروعية^(٣)، كما حظر قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ إجراء أي مفاوضات مع مقدمي العطاءات^(٤).

أما في مصر، فقد أجازت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ لمقدمي العطاءات إبداء أي ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية عبر تثبيتها بكتاب مستقل وتسليمها لإدارة التعاقدات قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية^(٥)، على الرغم من أن قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ منح الإدارة سلطة الغاء المناقصة إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات^(٦).

ويذهب الفقه إزالة لهذا اللبس إلى أن المقصود بالتحفظات الواردة في اللائحة التنفيذية هي تلك التي ترد على النواحي الفنية فقط من دون المالية ومن مناقص محدد، أما ما ورد في قانون تنظيم التعاقدات فيقصد به التحفظات الجوهرية فنيا وماليا وأن تشترك فيها كل العطاءات أو أغلبها، أما إن كانت التحفظات

(١) د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٤٩١.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٤) ينظر المادة (٢-٢١٢٤) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٥) (...وإذا رغب في إبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية يثبتها في كتاب مستقل ويسلمها لإدارة التعاقدات قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية...)، ينظر المادة (٤٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩، نشرت في الوقائع المصرية عدد ٢٤٤ ب في ٣١ تشرين الأول ٢٠١٩.

(٦) (...ويجوز الغاء المناقصة في أي من الحالات الآتية: ٢- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات)، المادة (٣٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تيرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

ثانوية فإن مثل هذه التحفظات لا ترتب بطبيعتها تغييراً جوهرياً في العطاء المقدم معه الحديث عن هدر مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة بين المتنافسين^(١).

ونحن بدورنا لا نلاحظ وجود لبس بين قانون تنظيم التعاقدات ولائحته التنفيذية، لأن إبداء التحفظات شيء والغاء المناقصة شيء آخر، فالأصل العام لدى المشرع المصري أنه أجاز للمناقضين إبداء تحفظاتهم على البنود الفنية دون المالية للتعاقد، ومع ذلك فإن الإدارة لها سلطة تقديرية في الغاء المناقصة من عدمه، فيما إذا كانت كل العطاءات أو نسبة كبيرة منها تحتوي على هذه التحفظات، أي بمعنى آخر إن الإدارة يمكنها إبرام التعاقد حتى لو كانت كل العطاءات قد احتوت على تحفظات، كون أن المشرع أجاز لها الغاء المناقصة ولم يوجب عليها، فجواز الغاء المناقصة لوجود التحفظات قرينة تدل على التوافق بين القانون واللائحة.

وعلى السياق ذاته سار المشرع الكويتي، فقد أجاز لمجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة الغاء المناقصة في حالة إذا اقترنت العطاءات كلها بتحفظات جوهرية^(٢)، أي أن المشرع الكويتي أجاز بموجب النص المذكور للمناقضين إبداء تحفظاتهم على شروط المناقصة سواء المالية منها أو الفنية، وسلطة الجهاز المركزي في الغاء المناقصة في هذه الحالة معلقة على اقتران كل العطاءات بتحفظات جوهرية، أي أن اقتران بعض العطاءات بتحفظات حتى لو كانت جوهرية لا يسلب اختصاص الجهاز المركزي بإلغاء المناقصة.

أما في العراق، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط لسنة ٢٠١٤ على أن تقوم لجنة فتح العطاءات بالإشارة في محضرها إلى الملاحظات والتحفظات المدونة في العطاء والملاحق الخاصة به^(٣)، ولما كانت تلك القواعد لم تنص بصريح العبارة على استبعاد العطاءات المقترنة بتحفظات، فقد اختلفت الآراء بخصوص مدى جواز إبداء التحفظات في العراق إلى اتجاهين: الاتجاه الأول يرى أنه لا مانع من اعمال فكرة التحفظات

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٢) (يجوز الغاء المناقصة ... وذلك في الحالات الآتية: ١- إذا اقترنت العطاءات كلها بتحفظات جوهرية)، ينظر المادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٣) ينظر الفقرة (أولاً/ د) من ضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة عن وزارة التخطيط.

الثانوية السائدة في النظام القانوني والقضائي المصري بهدف تحقيق المصلحة العامة^(١)، بينما يرى الاتجاه الثاني إمكانية إضافة مقدمي العطاءات أية تحفظات من دون تقييدها بالتحفظات الثانوية أو غير ونحن بدورنا نتفق مع الرأي الأول لأن ضوابط وزارة التخطيط لسنة ٢٠١٤ لم تمنع بشكل صريح مقدمي العطاءات من وضع تحفظات في عطاءاتهم، وكل ما ورد فيها أنها ألزمت لجنة فتح العطاءات أن تشير في محضرها الذي سترفعه إلى لجنة تحليل وتقييم العطاءات إلى التحفظات التي أبداه المناقصون، كما أنها من جهة أخرى منحت لجنة تحليل وتقييم العطاءات صلاحية استبعاد بعض العطاءات ولم يرد ضمنها حالة استبعاد العطاءات المقترنة بتحفظات، وزيادة على ذلك فإننا نعتقد أن ابداء تحفظات جوهرية يترتب عليه استبعاد العطاء، كون أن التحفظات الأخيرة تتعارض مع ضوابط عمل لجنة تحليل وتقييم العطاءات التي تتصف بالسرية والخفاء^(٢).

ثانياً/ إجبارية الإحالة: ومعنى هذا الالتزام فإن اللجنة المختصة بإحالة المناقصة لا يمكنها الامتناع عن إحالة المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، وبهذا المعنى قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن اللجنة يقع عليها واجب الإحالة على العرض الأفضل حتى لو كان هذا العرض قد احتوى على خطأ بيّن في تقدير السعر من جانب عارضه، وذلك مع وجود التزام ملقى على عاتقها يتمثل في إعلام سلطة الاعتماد بعدم استحسان نتائج المناقصة في هذه الحالة، وهذا المبدأ مقرر لأجل انتظام عمليات المناقصة وشفافيتها في مواجهة المتنافسين^(٣).

لكن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لوجود حالات واقعية تحتم على اللجنة إلا تتخذ قرارها بالإحالة، وتكون هذه الحالات مسوغاً لإلغاء المناقصة أو إرجائها لأجل آخر، وهذه الحالات قد ترد بنص القانون الذي يجعل الإلغاء أمراً وجوبياً على الإدارة، وقد يكون أحياناً أخرى جوازياً حسب تقدير الإدارة، كما أن إلغاء

(١) د. دريد عيسى إبراهيم، الرقابة على إبرام العقد الإداري بطريق المناقصة العامة، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص ٤٧٤.

(٢) علي مخلف حماد الدليمي، النظام القانوني للمناقصات العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية_ جامعة الأنبار، ٢٠١١، ص ٢٠١.

(٣) (يجب أن تتم عملية تحليل العطاءات سرّياً...) ينظر الفقرة (ثالثاً/أ) من ضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة عن وزارة التخطيط.

(٤) أنور محمد عليان، العدول عن التعاقد في مجال العقود الإدارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة اسيوط، ٢٠١٩، ص ٢٠٨.

المناقصة قد يكون قبل فتح العطاءات أو العروض أو بعد فتحها، وقد حددت التشريعات الحالات التي تلغى المناقصة بموجبها، ولا مجال لذكرها هنا لأننا سنتناول الموضوع تفصيلاً في المواضيع القادمة.

ثالثاً/ نهائية الإحالة: وذلك يعني أنه متى ما صدر قرار الإحالة فإن هذا القرار يكون باتاً غير جائز الرجوع فيه، إذ أن الرجوع عن الإرساء قد يؤدي إلى فتح الباب واسعاً أمام المساومات التي تتعارض مع الغاية التي تهدف المناقصة العامة إلى تحقيقها وتتناقض مع مبادئها ولا سيما مبدأ التلقائية.

وإذا كانت الإدارة تملك سلطة تقديرية في اتخاذ قرارها بشأن قبول أو رفض قرار الإحالة، فلا يحق لها أن تعدل في تلك القرارات أو تستبدل بها مناقص غير ما حددته لجنة البت^(١)، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه يتعين على الجهة الإدارية المختصة إذا رأت إبرام العقد أن تتعاقد مع صاحب العطاء الذي عينته لجنة البت ولا تملك أن تستبدل به غيره^(٢)، لأن التعديل في نتائج الإرساء التي توصلت إليها اللجنة يتعارض مع مبادئ المناقصة من خلال^(٣):

١. إن التعديل قد يؤدي إلى إحلال مناقص محل مناقص آخر.
٢. إنه قد يؤدي إلى التغيير في السعر الذي تم على أساسه إحالة المناقصة، وهذا بطبيعته يشكل تجاوزاً خطيراً على مبدأ تلقائية الإحالة.
٣. إن التعديل يجعل الإدارة في مركز الموجب بدلاً من أن تكون هي في مركز القابل، وهذا القول يؤدي من دون شك إلى فتح المجال للتفاوض مع المتعاقد المؤقت الجديد الذي أصبح في مركز القابل، مما يتنافى مع مقتضيات اختصاص سلطة الإحالة القطعية.

وعلى الرغم من ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي أباح التعديل في نتائج الإرساء من جانب سلطة الاعتماد في حالة وحيدة استثنائية، وتتمثل بالإرساء غير مشروع، ولكنه اشترط أن يكون وجه عدم المشروعية واضحاً بحيث يسهل تبينه من قبل سلطة الإبرام، ومن ثم تجسيد النتيجة الحقيقية للمناقصة، وقد تطور اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي حول هذه النقطة، إذ أصبحت تلك السلطة ملزمة بتصحيح الإرساء غير المشروع

(١) د. علاء عبد المتعال، مدى جواز الرجعية وحدودها والقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٠٦.

وأيضاً د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٧، ص ١٣٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٨١٢) سنة ١٣ قضائية في ١٩٦٩/٢/١، نقلاً من د. مال الله جعفر الحمادي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص ٦٧٩.

تحت طائلة ترتيب المسؤولية التقصيرية بعدما كانت غير ملزمة بذلك، بينما يشير البعض إلى أن القضاء الإداري الفرنسي يجيز تعديل قرار الإحالة الصادر من اللجنة في حالتين^(١):

الحالة الأولى: إذا لم تجر المناقصة وفقا للقواعد السليمة.

الحالة الثانية: إذا كانت سلطة الاعتماد هي ذاتها سلطة التعاقد.

أما القضاء الإداري في مصر، فيكون واضحا، إذ عد سلطة الإدارة المختصة بالاعتماد سلطة مقيدة، فإذا ما قررت اعتماد المناقصة فعليها أن تحيل على من عينته لجنة البت وليس لها أن تستبدل به غيره، ولكن في المقابل أعطاها سلطة تقديرية بأن تعدل عن الاعتماد وتلغي المناقصة إذا ما كانت المصلحة العامة أو أسباب أخرى تفرض عليها عدم الإحالة القطعية، شرط أن لا تتحرف بهذه السلطة فتقع تحت سقف القضاء ورقابته بإلغاء قرار العدول غير المشروع، وتأكيدا لهذه القواعد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا سنة ١٩٩٥ بأنه بعد رسو المناقصة وصدور قرار لجنة البت يأتي دور الجهة المختصة بإبرام العقد إذ عبرت عن ذلك بالقول (..فإذا رأت إبرامه فإنها تكون ملزمة بمن اختارته لجنة البت، اختصاص جهة الإدارة في هذا الشأن اختصاص مقيد يقابله من ناحية أخرى، سلطة تقديرية تتمثل في عدم التعاقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة...)^(٢).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للإحالة إلى التعاقد

إن العملية العقدية هي عملية قانونية مركبة تبدأ بمجموعة من الإجراءات تتولى فيها الإدارة بالمقابل إصدار العديد من القرارات، ومن بين أهم هذه القرارات هو قرار الإحالة الذي بموجبه تفصح الإدارة عن إرادتها بقبول عطاء أحد المناقصين، غير أن الأمر يختلط في أغلب الأحيان بين الإحالة وإبرام العقد، فمن أكثر الاسئلة تعقيدا في نطاق التعاقدات الإدارية هو السؤال المتعلق بطبيعة قرار الإحالة، فهل يعد عقدا إداريا أم قرارا إداريا منفصلا؟ وهو ما يحتم علينا بيان التكييف القانوني لقرار الإحالة، ذلك التكييف الذي تترتب

(١) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٢) هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون _ جامعة بابل، ٢٠٠٦، ص ١٠٥.

عليه نتائج مهمة، تبدأ بتحديد الوضع القانوني للمراكز الناتجة عن التصرفات القانونية، وتنتهي بتحديد الجهة القضائية المختصة في الفصل في المنازعات الناتجة عن مثل هذه التصرفات حال حدوثها.

وعليه فإن قرار لجنة البت بإحالة العطاء لا يعد بمثابة القبول في العقد الذي يؤدي إلى اتمام التعاقد حتماً مع صاحب العطاء الذي وقع عليه اختيار اللجنة، بل يجب لتمام هذا القبول إجراء لاحق يتمثل بالمصادقة على قرار إحالة العطاء الذي يصدر من الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد، فهي وحدها تمتلك إصدار القبول تأسيساً على أن القبول الذي يعتد به هو الذي يصدر ممن يملك التعاقد^(١).

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأحكامها الصادر سنة ٢٠١٦ بالقول (...على هدي ما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت بإرساء المناقصة بمثابة القبول في العقود يؤدي إلى إتمام التعاقد مع صاحب العطاء الذي اختارته اللجنة، إذ إن هذه المرحلة النهائية تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساء المناقصة من الجهة الإدارية المختصة، والقول بخلاف ذلك هو قول لا يتفق مع نصوص القانون...)^(٢).

ويعرف قرار إبرام العقد بأنه (القرار الذي يصدر عن السلطة المختصة باعتماد توصية لجنة المناقصات أو البت أو الترسية على العطاء الأفضل شروطاً وسعراً، وهذه السلطة وإن كانت مقيدة بما انتهت إليه هذه اللجنة من عطاء إلا أنها تتمتع بسلطة تقديرية في قبول أو رفض هذا العطاء طبقاً لما تراه محققاً للمصلحة العامة ومصلحة المرفق المعنى به)^(٣).

وخلافاً للقرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية التي تقبل الطعن استقلاً بدعوى تجاوز السلطة، فإن قرار إبرام العقد قد ثار بشأنه -من هذه الزاوية- نقاش وخلاف في الرأي لإمكانية التداخل بين القرار والعقد في هذا الشأن، فعملية فصل قرار الإرساء عن العملية التعاقدية تتسم بالدقة والصعوبة.

(١) د. محمد أنس قاسم جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٦٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٥٦٠٩) سنة ٥٣ قضائية في ٢٧/١٢/٢٠١٦ نقلاً من موقع المطابع الاميرية.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، عدد ٢، ٢٠١٨، ص ١٨٨٤.

فقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي ولفترة طويلة إلى عدم إمكان فصل القرارات التمهيدية عن العقد، إلا أنه ومنذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين اتجه إلى أبعد من ذلك، وحدد رقابة قاضي الإلغاء لتشمل القرار الصادر بإبرام العقد، وهو ما أصبح اليوم ثابتاً، معللاً ذلك بأنه يعبر فقط عن إرادة الإدارة دون إرادة المتعاقد، بمعنى أنه يصدر عن السلطة المختصة بإرادتها المنفردة بعيداً عن هذا المتعاقد، بل وقبل توقيع هذا الأخير على العقد، الأمر الذي يدخله في عداد القرارات الإدارية بالمعنى المتعارف عليه في إطار دعوى تجاوز السلطة^(١)، لا بل أن مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك بأن عدّ التوقيع النهائي على العقد من جانب الإدارة يعد بحد ذاته قراراً إدارياً نهائياً منفصلاً في مواجهة (أطراف العقد والغير) كافة، فيجوز الطعن بالإلغاء في قرار التوقيع على العقد الإداري^(٢).

وما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي نجده لدى مجلس الدولة المصري كذلك، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن (...القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً بقصد إحداث أثر قانوني، ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة...)^(٣).

وفي السياق ذاته ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى (...إن القرارات التي تصدرها الإدارة في مجال العقود الإدارية نوعان، الأول ويتمثل في القرارات التي تصدرها في المراحل التمهيدية للعملية العقدية وهذه تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري أو ما تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة المستقلة، وهذه القرارات تعتبر قرارات إدارية نهائية بحيث يكون بالإمكان الطعن بها بالإلغاء، والنوع الثاني ويتمثل في القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد الإداري من ذلك مثلاً القرار الصادر بإلغاء العقد،

(١) André de laubadère, Traitements théorique et pratique des contrats administratifs, lg.d.j, 1959, p. 122.

نقلاً من مارينا هاشم شعبان الحنيطي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٧، ص ١٢٢-٣٠٢.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٢.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٢٩ لسنة ٧ قضائية، مجموعة أحكام القضاء الإداري، السنة ١٠، ص ١٣٥، نقلاً من د. حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط ١، دار الرياحين للنشر والتوزيع، بابل، ٢٠١٥، ص ١١٩.

فالمنازعات التي تشهد بصدد هذه القرارات الأخيرة فإنه يمكن الطعن بها أمام هذه المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية...^(١).

وقد تعرض هذا النهج أو المسلك القضائي لهجوم فقهي شديد في كل من فرنسا ومصر، فقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن هذا النهج أو المسلك إنما يفضي إلى تحليل العقد خلافاً لما تقضي به طبيعته المتمثلة بالتعبير عن إرادتين متطابقتين ومتوافقتين، وذلك بعزل كل من هاتين الإرادتين بعضهما عن البعض الآخر وافترض أن كلا منهما تصرف انفرادي، ومن ثم قبول الطعن ضد ذلك التصرف المنفرد الصادر عن الإدارة فقط، مما يجعل عملية الطعن بالإلغاء أشبه ما تكون بالحيل التي تستند إلى التراكيب اللفظية بصرف النظر عن المضامين القانونية للعمل^(٢).

كما يذهب فقيه فرنسي آخر إلى أن نظرية القرارات المنفصلة لم تنتظر في الواقع سوى إلى إرادة الإدارة، أو المتمثلة بالجهة المتعاقدة، ومن التعسف أن يفصل التعبير عن الإرادة عن العمل الذي بمقتضاه يتم به هذا التعبير، الأمر الذي يؤكد أن التفرقة التي قال بها القضاء الإداري في هذا الخصوص إنما هي تفرقة مصطنعة وتعلق دور القضاء على كيفية تحرير صحيفة الدعوى، من حيث أنه إذا كان الطلب موجهاً ضد إلغاء العقد ذاته فيجب رفضه، أما إذا كان موجهاً ضد إلغاء قرار توقيع العقد فيجوز قبوله^(٣).

لذا اتجه مجلس الدولة الفرنسي لتسوية قضائه السابق إلى أن قرار إبرام العقد إنما يسبقه في الواقع قرار آخر، وإن كان قراراً ضمناً أو وهمياً بالتوقيع، مضمونه أو محله إبرام هذا العقد، بمعنى أنه ليس قراراً

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٦٤٠) سنة ٤٠ قضائية، في ٣/١٢/١٩٩٤، نقلاً من موقع المطابع الاميرية.

(٢) Pequignot (G.), Contribution a la theorie generale du contrat administratif, these Moutpellier, 1948, p. 57.

مارينا هاشم شعبان الحنيطي، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٣) ouyayd.d, Invalidité des contrats administratifs, M.G.D. , Paris 1991, p.30.

نقلاً من د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٩.

متميزاً في وجوده من الناحية المادية عن العقد بل مندمج فيه، وإن أمكن فصله ذهنياً وفكرياً عن هذا العقد، ومن ثم يجوز الطعن به استقلالاً بدعوى تجاوز السلطة^(١).

وهكذا فقد أقام مجلس الدولة الفرنسي تفرقة بين القرار الذي بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد، وعده قراراً قابلاً للانفصال بشكل افتراضي أو تصوري، وأجاز الطعن به استقلالاً أمام قاضي تجاوز السلطة، وبين العقد ذاته والذي يعبر عنه إرادتين متطابقتين، إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، وهو ما لا يجوز الطعن عليه بدعوى تجاوز السلطة^(٢).

وقد عارض جانب من الفقه المصري توجه مجلس الدولة أعلاه، وذهب إلى أن هذا القضاء يخالف الحقيقة القانونية، إذ يوجب أنه ليس هناك سوى عمل قانوني واحد، يتجسد في قرار إبرام العقد والعقد الذي تم إبرامه بمقتضى هذا القرار فيصبحا بذلك كلا لا يتجزأ، رغم أن هذا القول مؤداه الوصول إلى نتيجة شاذة وهي قبول الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد العقد ذاته، وهذا غير مقبول فقها وقضاء، فالقضاء ذاته يتشدد في ضرورة ألا يوجه الطعن لتجاوز السلطة ضد العقد ذاته، وكل ما في الأمر أن المسألة لا تحتاج سوى توافر المهارة في تحرير صحيفة الدعوى، فبدلاً من أن يكون مضمون وموضوع هذه الصحيفة متعلقاً بالعقد الإداري، فإن المدعى يوجه ادعاءاته نحو الطعن على القرار الإداري الذي تقوم الإدارة بمقتضاه بإبرام العقد^(٣).

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٨٨٤.

(٢) ولا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى التطورات التشريعية الأخيرة التي حصلت في فرنسا والتي أجازت الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري، فقد أحدث المشرع الفرنسي ثورة في مجال منازعات العقود الإدارية عام (١٩٨٢)، إذ أجاز الطعن ولأول مرة بالإلغاء ضد بعض العقود الإدارية، مسقطاً بذلك الحاجز الذي لطالما منع مجلس الدولة الفرنسي من قبول مثل هذا الطعن، فبتأريخ ١٩٨٢/٣/٢ صدر في فرنسا القانون رقم (٢١٣) في ١٩٨٢ المعدل بالقانون رقم (٦٢٣) لسنة ١٩٨٢، إذ أجاز القانون لممثل الدولة (المحافظ) الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية ضد القرارات المنفصلة عن العقود التي تبرمها الجماعات المحلية، كما أجاز الطعن له أيضاً بالإلغاء ضد العقود نفسها التي تبرمها هذه الهيئات. ومع أن المشرع حدد النطاق الموضوعي لطعن المحافظ إلا أن مجلس الدولة الفرنسي وفي أكثر من حكم عممه على كل تصرفات هذه الهيئات وعلى عقود إدارية لم ينص عليها المشرع. ينظر بوغازي وهيب، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية - جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، ٢٠٠٩ - ٢٠١٠، ص ٦٧ وما بعدها.

(٣) د. عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، مجلد ٦٦، عدد ٣٦٢، ص ١٠٦.

وعليه يرى الباحث أن توسيع نظرية القرارات المنفصلة لتشمل قرار إبرام العقد أدى إلى جعل قاضي الإلغاء في الواقع قاضيا ثانيا للعقد، ويتحقق ذلك عندما تكون الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة باختصاص الجهاز الذي أبرم العقد قد أهملت، فمنازعات تكوين العقد لم تعد عندئذ منازعة شخصية، وإنما هي منازعة موضوعية تكون فيها المشروعية موضع اتهام، كما أن الموضوع ليس موضوعا لمنازعة عقدية بالمعنى الدقيق للكلمة لأنها لا تمس موضوع العقد موضع النفاذ بل تمس إبرامه.

فقاضي الإلغاء عندما ينظر في الأسباب المستخلصة من عدم مشروعية القرار ذاته والتي يجدها مثارة بصدد العقد ذاته أحيانا (أي باختصاص، والشكل، والسبب، ومخالفة القانون، والانحراف في استعمال السلطة) يمارس رقابة مشابهة تماما للرقابة التي يمارسها قاضي العقد وبأدوات التحليل نفسها، والفارق الوحيد بين طلب الغاء قرار إبرام العقد بدعوى الإلغاء وطلب ابطال العقد أن العقد في الحالة الأولى يبقى بحيث يكون لقاضي العقد دور تابع في البحث عن مشروعية العقد بحيث لا ينظر في القضية إلا لاحقا، وعليه لا يمكنه إلا أن يؤكد قرار قاضي الإلغاء عملا بقاعدة حجية الأمر المقضي به، وإلا فلماذا يتم الاحتفاظ بالمبدأ الذي يقضي بأن قاضي العقد وحده يمكنه أن يقرر بطلان العقد بدعوى القضاء الشامل في الوقت الذي يظهر فيه قدرة قاضي الإلغاء على القيام بذلك؟^(١) إلا أن اقتراحا كهذا وإن كان مقبولا نظريا إلا أنه يتطلب إعادة بناء كلي للقضاء الإداري، وسيؤدي بدون شك إلى انهيار نظرية القرارات المنفصلة خاصة وأن مجلس الدولة الفرنسي يحرص في كثير من الحالات التي يقبل فيها دعوى الإلغاء أن يؤكد بأن الطعن بالإلغاء لا يهدف إلى الغاء العقد^(٢).

ونستنتج من ذلك أيضا أنه لا يجوز فصل التعبير عن الإرادة عن العمل الذي يتم بمقتضاه هذا التعبير (القرار)، ففي تقدير الفقه الإداري إن المسلك الذي اتبعه القضاء الإداري الفرنسي في تحليل قرار إبرام العقد جعلت نظرية القرارات المنفصلة تذهب إلى أبعد حد، إذ وسع من نطاق ولاية قاضي الإلغاء لتشمل أعمالا تخرج بطبيعتها عن حدود ولايته، فعلى الرغم من تشدد القضاء الإداري على رفض الطعون المتعلقة بالعقود، إلا أن منهجه السابق لم يبق من العملية التعاقدية شيئا، فالمسألة لا تعدو أن تكون مجرد مهارة في

(١) بوطريكي ميلود، القرارات الإدارية المنفصلة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة محمد الأول، المغرب، ٢٠٠٥، ص ١٥٢.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣١٠.

تحرير عريضة الطعن بالإلغاء، فبدلاً من أن يقرر المدعى أن موضوع الطعن هو العقد نفسه يوجه طعنه إلى القرار الذي بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد.

وبالمقابل للرأيين السابقين نجد أن جانباً من الفقه حاول الخروج من هذه المعضلة القانونية وذلك عبر اللجوء إلى ما توصل إليه اجتهاد مجلس الدولة في مصر حول عملية الإيجاب والقبول في العقد الإداري، واللحظة التي يعد فيها العقد مبرماً، إذ يرى أن العقد الإداري - وفقاً لما توصل إليه القضاء في مصر - لا يبرم بمجرد صدور قرار إبرامه من جانب السلطة المختصة، بل يجب أن يصل قرار الإدارة بالإبرام إلى علم الموجب خلال المدد القانونية المنصوص عليها، ومن ثم تكون في هذه الحالة أمام تصرفين منفصلين ومستقلين عن بعضهما قرار الإدارة بالإبرام، والعملية التعاقدية التي تتم وتنتج آثارها بوصول قرار الإدارة بالإبرام إلى علم الموجب، ومن ثم فإن قرار إبرام العقد - قبل وصوله إلى علم الموجب - يكون حقيقياً ومستقلاً وليس قائماً على مجرد افتراض قانوني^(١).

وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها الصادر عام ٢٠١٥ الذي تقول فيه (... إن العقد الإداري ينعقد بإيجاب وقبول متطابقين شأنه في ذلك شأن سائر العقود، والإيجاب في حالة المناقصة يتقدم به صاحب العطاء، أما القبول فإنه يكون بصور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد قرار المتناقضين وإخطار صاحب العطاء به، ولا يترتب على القبول من جهة الإدارة الآثار القانونية للعقد إلا إذا وصل إلى علم الموجب، ذلك لأن التراضي وهو تطابق الإرادتين كركن من أركان العقد يجب التمييز فيه بين وجود التعبير عن الإرادة وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً، فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ولكن لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه...)^(٢).

وتعقياً على هذا الحكم، فإن هناك من أقام التفرقة بين انعقاد العقد وبين نفاذه، فالعقد ينعقد بمجرد توافق الإرادتين على إحداث أثره القانوني، فإذا ما صادف إيجاب المورد أو المقاول قبول مطابق له صادر من جهة الإدارة وتم إخطار الموجب بهذا القبول، فإن العقد ينعقد في هذه اللحظة من دون أن يخل ذلك بما

(١) د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٥٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٢١٠٢٣) سنة (٥٨) قضائية، في ٢٢/١٢/٢٠١٥، نقلاً من موقع المطابع الأميرية.

أجازه المشرع في عقود المناقصات بتعليق نفاذ العقد على الاعتماد أو المصادقة من السلطة المختصة لقرار الإرساء، أي أن العقد لا يدخل حيز النفاذ إلا بعد تحقق هذا الشرط، مع عدم الإخلال بما تتمتع به السلطة المختصة من صلاحيات أخرى مثل عدم إمكانية إتمام التعاقد مع من صدر قرار الإرساء لصالحه^(١)، ولا يتفق الباحث مع الرأي المتقدم لأن قرار الإرساء لا يخطر به المناقص إلا بعد المصادقة عليه من السلطة المختصة.

وعودة على ذي بدء وتأييدا للاتجاه القضائي سالف الذكر، يذهب اتجاه من الفقه المصري إلى أن السلطة المختصة بالتوقيع على العقد تكون قد صنعت بهذا التوقيع قراراً بالمعنى الدقيق للمصطلح، حتى وإن كان قراراً ضمنياً يظهر فيه الإفصاح عن إرادة الإدارة، إذا كان ليس ثمة شكوك في حقيقة ما اتجهت إليه هذه الإدارة، وهذا ما هو متوافر في حالتنا هذه، بل لا نجد (والقول لصاحب الرأي) - كما ذهب Laubadere - ما يدعو إلى عدم قبول فصل هذه القرارات والطعن فيها استقلالاً بالإلغاء، ثم يضيف قائلاً إنه من غير المنطق أن نلزم الإدارة عند قيامها بعمل قانوني بإرادتها المنفردة بمبدأ المشروعية، ونتغاضى بعد ذلك عن هذا الإلزام إن هي أقدمت على عمل قانوني بمشاركة إرادة أخرى^(٢).

ويرى آخر أن مثل هذا القول الأخير وإن كان يصدق بالنسبة للوضع في مصر، إذ لا ينعقد العقد إلا بوصول قرار الإبرام إلى المتعاقد مع الإدارة، فإنه لا يصدق في فرنسا، إذ ينعقد العقد بمجرد صدور قرار الإبرام دون شرط إبلاغ المتعاقد مع الإدارة بهذا الإبرام، لذا فإننا (القول لصاحب الرأي) نؤيد في هذه الحالة ما انتهى إليه قضاء كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري سالف الذكر في هذا الخصوص، من أنه لا يجوز الطعن على قرار إبرام العقد أمام قاضي الإلغاء بدعوى تجاوز السلطة^(٣).

ونحن بدورنا نؤيد ما خلص إليه القضاء الإداري في فرنسا من إمكانية الطعن بقرار إرساء العقد بدعوى الإلغاء وإن كان يختلط مع إبرام العقد الإداري، لأن الإرساء في حقيقته قرار إداري تعبر فيه الإدارة عن إرادتها بقبول إيجاب المناقص وبه يقترن الإيجاب والقبول، ومع ذلك فإن هذا لا يمنع من إمكانية الطعن

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مصدر سابق، ص ٣١٩.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مصدر سابق، ص ٥١٨.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٨٨٩.

به بدعوى الإلغاء طالما تحققت فيه شروط وأركان القرار الإداري، وإلا كيف تعبر الإدارة عن إرادتها، فما من وسيلة أمامها إلا اصدار قرار إداري بذلك، أما بخصوص موقف القضاء المصري، فإذا كان العقد الإداري ينعقد بوصول القبول إلى علم الموجب (صاحب العطاء)، فإن هذا لا يمنع باقي المناقشين المستبعدين من الطعن بقرار الاساء حتى بعد اتصاله بعلم الموجب، لأن إبرام العقد تم بقرار إداري أضر بهم ومن مصلحتهم طلب الغائه، وإلا فإن القول بخلاف ذلك ينطوي على مجافاة العدالة، كما إنه سيحصن الإدارة إن تعسفت في إرسالها بحجة عدم اختصاص قاضي الإلغاء بإلغاء العقد الإداري، إلا في حالة الطعن من طرفيه، وبهذا نخلص إلى أن قرار الإحالة هو من القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، وإن كانت له خصوصيته في هذا المجال لاقتترانه بإبرام العقد مما يصعب التفرقة بينهما.

المبحث الثاني

القيود السابقة على الإحالة إلى التعاقد

إذا كان المتعاقد في نطاق القانون الخاص يمتلك الحرية في اتباع الأسلوب الذي يراه مناسباً في اختيار من يرغب في التعاقد معه، إلا أن هذا الأمر لا يمكن العمل به بالنسبة للعملية التعاقدية في نطاق القانون العام، إذ يمر العقد الإداري حتى يكتمل بمراحل متعددة وإجراءات شتى، ولأجل أن لا يفرض التعاقد على الإدارة شخصاً غير كفوء قيد المشرع العملية التعاقدية بمجموعة من القيود تجسد البداية الحقيقية للمناقصة الإدارية، لذا يجب أن تكون قائمة على أسس صحيحة وسليمة لنصل إلى الغاية المنشودة من هذه القيود، وتتمثل أولى هذه القيود بتحديد الاحتياجات، ثم رصد الاعتماد المالي لها، وأخيراً الحصول على ترخيص بالتعاقد، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، سنوضح في المطلب الأول تحديد الاحتياجات محل التعاقد، وسنوضح في المطلب الثاني الاعتماد المالي، بينما سنبحث في المطلب الثالث الترخيص في التعاقد.

المطلب الأول

تحديد الاحتياجات محل التعاقد

تتمثل أولى القيود المفروضة على الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد في ضرورة التحديد الدقيق للاحتياجات الفعلية والضرورية لحسن سير العمل في الجهاز الإداري ولانتظام واستمرار سير المرفق العام في تقديم خدماته للمنتفعين واشباع حاجاتهم بانتظام وإطراد تحقيقا للمنفعة العامة، فتحدد تلك الاحتياجات يجسد جوهر محل المناقصة والبدائية الحقيقية والمنطقية لمباشرة باقي إجراءات التعاقد، ومما يرتبط بتحديد الاحتياجات موضوع حساب القيمة التقديرية لهذه الاحتياجات، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنبحث في الفرع الأول ضوابط تحديد الاحتياجات محل التعاقد، وسنتناول في الفرع الثاني ضوابط تحديد القيمة التقديرية.

الفرع الأول

ضوابط تحديد الاحتياجات محل التعاقد

تتمثل أولى خطوات إبرام العقد الإداري التمهيدية في قيام الجهة الإدارية الراغبة في إبرام العقد الإداري بتقدير احتياجاتها الفعلية والضرورية، إذ تعد مرحلة تحديد الحاجات من طرف الجهة الإدارية المتعاقدة من أهم المراحل التي تسبق إبرام العقد الإداري، لأنها لا تضمن تلبية رغبات الجهة المتعاقدة ولكن تضمن أيضا الاستعمال الحسن للأموال العامة، وحتى لا تتدفع الجهات الإدارية في تعاقدات تستنزف المال العام، من دون أن تكون بحاجة إليها^(١)، وبناء على ذلك تعرف الحاجات بأنها (الخدمات التي ترغب السلطة المتعاقدة في الحصول عليها من المتعامل الاقتصادي وذلك بغية التنفيذ الحسن لمشروعها)^(٢).

من هنا فقد حرصت الدول المقارنة على النص في تشريعاتها الخاصة بالمناقصات الإدارية، على إلزام المسؤولين والمختصين بأن يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية للأنشطة المقررة، خاصة أن هذه الاحتياجات الفعلية والضرورية تعد -كما ذكرنا- جوهر محل التعاقد، فهي المضمون

(١) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، العقود الإدارية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ١٢٥-١٢٦.

(٢) Marie Charlotte, Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique,

والمحتوى الذي تقوم عليه دعوة المتناقضين إلى التعاقد، ولذلك يتعين أن يكون هذا المضمون أو ذلك المحتوى محدداً ومعيناً على نحو دقيق، يتفق مع الاحتياجات الفعلية والضرورية.

ففي فرنسا فقد أوجب قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على الجهات المتعاقدة قبل اتخاذ أي إجراء من إجراءات التعاقد أن تحدد طبيعة ومدى الاحتياجات الواجب تلبيتها بدقة قبل الإعلان عن طلب العروض مع الأخذ بالحسبان أهداف التنمية المستدامة في أبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية^(١).

وقد عرف قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ الوثائق الاستشارية أو وثائق المشاورة بأنها مجموع الوثائق التي تصدر عن الجهة المتعاقدة متضمنة بيانات بتحديد احتياجاتها وإجراءات التعاقد بخصوصها، وكذلك المعلومات والبيانات التي يجب أن تكون وافية وكافية بل ومحددة بالشكل الذي يسمح لأصحاب الشأن من أن يتبينوا طبيعة ومدى تلك الاحتياجات، قبل أن يتخذوا قراراتهم بالمشاركة في إجراءات التعاقد من عدمه^(٢)، ويلاحظ أن هذه الوثائق إنما تتاح للمشاركين أو الكيانات الاقتصادية، مجاناً وذلك بنشرها على الصفحة الرسمية أو بوابة التعاقد للجهة المتعاقدة ابتداء من تأريخ نشر الإعلان عن المناقصة أو من تأريخ إرسال الدعوة لتأكيد الاهتمام^(٣).

من هنا فقد حرص قانون النظام العام المتعلق بتنظيم عمليات الشراء العام على النص في المادة الرابعة منه على أنه يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة أن تقوم بعملية استطلاع لآراء بعض المنتجين أو المتخصصين، وإجراء الدراسات وطلب الاستشارات، بل والقيام بعملية مسح للسوق، بما يمكنها من تحديد احتياجاتها على ضوء تلك المعطيات، فضلاً عن إمكانية قيامها بإبلاغ بعض العملاء الاقتصاديين من المقاولين أو الموردين برغبتها في الحصول على تلك الاحتياجات، وعلى ضوء هذه الدراسات والاستشارات والاتصالات الاستباقية، وما تستنتج منها جهة الإدارة من معلومات وبيانات، تستطيع أن تحدد مدى إمكانية أن يلبي السوق أو تلك الكيانات الاقتصادية، الاحتياجات المطلوبة لسير العمل وانتظامه بالمرافق العامة، مع

(١) المادة (١_ ٢١١١) الجزء التشريعي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (١_ ٢١٣٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٢_ ٢١٣٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

التأكيد على ألا يكون لنتائج هذه الدراسات والمعلومات المتحصلة من الاستشارات أو الاتصالات ببعض الكيانات الاقتصادية أي تأثير سلبي على مبادئ طلب العروض من مساواة ومنافسة وتكافؤ فرص^(١).

لذا يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة اتخاذ التدابير كافة لتفادي مشاركة كل من كانت له مساهمة مباشرة أو غير مباشرة من الشركات أو الكيانات الاقتصادية، في حصول جهة الإدارة على المعلومات أو البيانات الاستباقية والتي ساهمت في التحضير لإجراءات الطرح لإبرام العقد العام، إذا كان المتنافسون أو المتناقصون الآخرون يجهلون هذه المعلومات أو تلك البيانات، إلا إذا أمكن رغم ذلك ضمان مبادئ المنافسة الشريفة والمساواة وتكافؤ الفرص لجميع المرشحين للتعاقد بوسيلة أو بأخرى^(٢).

وهكذا لم يعد مقبولا على جهة الإدارة -كما كان في السابق- أن تتكفى على ذاتها في تحديد الاحتياجات التي ترغب في التعاقد بشأنها، وإنما يجب عليها -ومعاصرة مع تحديد تلك الاحتياجات- أن تتعامل وتتفاعل مع السوق ومع الكيانات الاقتصادية والجهات المختصة بإبداء الرأي والمشورة في هذا الخصوص، حتى يأتي تحديدها لتلك الاحتياجات متوافقاً ومتلائماً مع أُمكانيات وقدرات من ترغب في التعاقد معهم فنياً ومالياً، وهذا التحديد في واقع الأمر واحداً من جوانب الفلسفة التي انتهجها المشرع الفرنسي في هذا الشأن، والذي يهدف من ورائها ضرورة أن يكون هناك تكامل وتفاعل بين الجهات الإدارية من ناحية، والكيانات الاقتصادية العاملة في السوق المحلي والسوق الأوروبية المشتركة من ناحية أخرى، حول مدى وكيفية تحديد وتلبية الاحتياجات المطلوبة لسير وانتظام المرافق العامة^(٣).

وحسب القانون الفرنسي يندرج تنظيم ضوابط تحديد الاحتياجات في إطار الارتقاء بعملية إبرام العقود الإدارية إلى مستوى الترشيح، وحسن التدبير، ونجاعة التصرف في الشؤون العامة، وبالتبعة الابتعاد بها عن مكامن الفساد، إذ تعد مرحلة تحديد الاحتياجات أيسر المسالك لتغلغل مظاهر الفساد حسب ما جاء في التقرير السنوي للخدمة المركزية للوقاية من الفساد في ١٢/١/١٩٩٣^(٤).

(١) المادة (١ - ٢١١١) من الجزء التنظيمي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٢ - ٢١١١) من الجزء التنظيمي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٢.

(٤) ياسمين غانم، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة سوسة، ٢٠١٧، ص ٢٥.

ووفقا لما تقدم، يعد إلغاء إجراءات منح العقد الإداري من طرف القاضي الإداري بسبب عدم التحديد الدقيق للحاجات المطلوب توفيرها نادر الحدوث، لكن هذا لا يمنع من إمكان حدوثه، فقد ألغى القاضي الإداري الفرنسي منح عقد إداري على أساس تجاهل الجهة المتعاقدة الالتزام المفوض عليها قانونا بتحديد الحاجات بدقة ووضوح، ومن ثم عدم تحديد المعايير التقنية والمواد الواجب استعمالها لتلبية هذه الحاجات^(١)، وهو ما حدث في قضية بلدية آزيروك (commune d' Hazebrouck) بتاريخ ٢٠١٣، إذ رأى القاضي الإداري إن عدم تحديد المعايير التقنية شكّل سببا غير واضح وغير كافٍ لتبيان الحاجات الفعلية للمصلحة المتعاقدة، مع العلم أن موضوع العقد كان تزويد متحف بأجهزة مراقبة، لاسيما فيما يتعلق بتحديد محيط المتحف الذي يجب أن يخضع لأجهزة المراقبة وكذلك المعايير التي تسوغ هذه الأجهزة داخل القاعات أو خارج مبنى المتحف وعدد الأجهزة المطلوب تركيبها أو على الأقل الحد الأدنى منها^(٢).

أي أن الإدارة قامت بتحديد حاجاتها بناء على مجموعة من المعايير التقنية، لكن عدم تحديد هذه المعايير بدقة وكذلك المواد الواجب استعمالها كان مسوغا لجعل الإدارة مخطئة في طريقة تحديدها لحاجاتها، ومن ثم مسوغا لإلغاء إرساء العقد.

أما في مصر فقد حرص المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات الجديد لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠١٩ على أن يتعامل مع الاحتياجات السنوية للجهات الإدارية بشفافية، إذ لم يترك تحديدها للجهات الإدارية وحدها تقررها كما تشاء وتطرح عملياتها وفق هذا التحديد كما كان في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الملغي لسنة ١٩٩٨ الذي نص في الفقرة الأولى من المادة (٣٦) منه على أن (يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة) وإنما جاء النص الحديث معتنيا بقواعد وضوابط الاحتياجات^(٣).

تأكيداً لذلك فقد نص المشرع في قانون التعاقدات لعام ٢٠١٨ على أنه يجب على الجهة الإدارية وضع خطة باحتياجاتها السنوية، تزامناً مع تقديم مشروع موازنتها لوزارة المالية، تتضمن العمليات المتوقعة

(١) Valérie DE SIGOYER, Expression des besoins et spécifications techniques, Contrats Publics « Dossier, Bien préparer les marchés publics », n° 170, novembre 2016, p.27.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (N12DA00780) في ١٧/١١/٢٠١٣، منشور على موقع التشريعات الفرنسيه <https://www.legifrance.gouv.fr/> تأريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٣.

(٣) د. حمدي ياسين عكاشه، موسوعة التعاقدات الحكومية، بلا طبعه، دار أبو المجد، بلا مكان طبع، ٢٠٢٠، ص ٣٠٨.

تنفيذها خلال السنة المالية المقبلة، وذلك وفقاً للنماذج التي تعدها الهيئة العامة للخدمات الحكومية لهذا الغرض، ويتم اعتمادها من السلطات المختصة دون غيرها، وتنتشر على بوابة التعاقدات العامة بغرض إعلام المتعاملين معها، ويجب نشر هذه الخطة المعدلة على بوابة التعاقدات العامة فور بداية السنة المالية، ويستثنى من النشر الحالات التي تقتضى اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقاً لما تقره السلطة المختصة^(١).

وبناء على ذلك فقد أشار المشرع المصري بموجب قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ ولأول مرة إلى ضرورة أن تنشأ في الجهة الإدارية أياً كان مستواها في الهيكل التنظيمي إدارة تسمى إدارة التعاقدات العامة، والتي تأخذ على عاتقها تخطيط الاحتياجات السنوية للجهة الإدارية، بناء على مخاطبة القطاعات والإدارات والوحدات كافة وغيرها التابعة للجهة الإدارية لحصر احتياجاتها المطلوبة للسنة المالية التالية وفقاً للنماذج التي تعدها الهيئة العامة للخدمات الحكومية لهذا الغرض^(٢)، وعليها التأكد من أن الاحتياجات المطلوبة فعلية وضرورية لسير العمل أو الإنتاج بناء على دراسات واقعية وموضوعية، وذلك كله بعد اتخاذ واستيفاء ما يلزم من دراسات السوق وطلب المعلومات لتحديد احتياجاتها بكل دقة من حيث الكميات والمواصفات والاعتمادات المالية المطلوبة لها دون مبالغة^(٣).

وحتى تكون دراسة الاحتياجات دراسة واقعية وموضوعية، فقد أجازت اللائحة التنفيذية لإدارة التعاقدات أن تصدر طلباً بدون مقابل للحصول على المعلومات أو المقترحات أو المواصفات المستجدة في السوق بما يمكنها من اتخاذ القرار المناسب لتحديد احتياجات الجهة الإدارية بدقة أو لإعداد خطة الاحتياجات السنوية، بشرط ألا يؤدي هذا الطلب إلى الإخلال بمبادئ عدم التمييز أو الشفافية أو الحد من عدد المشاركين حال الطرح^(٤)، وعلى الجهة الإدارية أن تعلن عن ذلك - طبقاً للمادة (١٢) من القانون - بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار أو توجه الطلب بدعوة المشتغلين بنوع النشاط المطلوب وذلك بالإضافة للنشر على بوابة التعاقدات العامة، وطبقاً للفقرة الثالثة من المادة رقم (١٣) من اللائحة التنفيذية المشار إليها آنفاً، يكون اعتماد قرار الاحتياجات الفعلية من قبل السلطة المختصة المحددة في المادة الأولى من القانون رقم ١٨٢

(١) المادة (٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) المادة (٣) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٣) المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

لسنة ٢٠١٨، المتمثلة بالوزير - ومن له سلطاته - المحافظ - رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق اختصاصه.

وبناء على ما تقدم فقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بفتاها سنة ٢٠١٩ إلى أن (...الأصل في تعاقدات الجهات الإدارية يكون في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة فلا تتعدى إلى ما عداها من احتياجات هي في غنى عنها...)^(١).

وفي الكويت فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ واستنادا إلى الخطط السنوية المعلنة من الجهات صاحبة الشأن بأن يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير العمل أو الإنتاج المعدة من قبل الجهة صاحبة الشأن بناء على دراسات واقعية وموضوعية، على أن تلتزم الإدارة ببيان توافر الاعتماد المالي قبل الطرح^(٢).

وفي التشريع العراقي، فلم يتضمن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤ نصا مماثلا لما ورد في القانون الفرنسي أو المصري أو الكويتي، فكان من الأولى أن تتضمن التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية في العراق نصا خاصا يحدد ضوابط تحديد الاحتياجات الفعلية، والأمر ذاته فيما يتعلق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ التي اكتفت بالنص على (وجود دراسة للحاجة الفعلية للمقولة أو لتجهيز جهة التعاقد بالسلعة أو الخدمة)، غير أن هذا الأخير جاء مختصرا، وينتابه الكثير من النقص، فلا يفي بمتطلبات تحديد الاحتياجات -التي أشرنا إلى ضرورة أن يولي المشرع اهتمامه بها، لأن الأخيرة تمثل نقطة البداية في إجراءات المناقصة وعلى أثرها يتوقف نجاح المشروع المزمع تنفيذه من عدمه- فلم يوضح لنا المشرع الجهة المختصة بإعداد دراسة الحاجة الفعلية، ولا الآلية التي يتم في ضوءها إجراء هذه الدراسة واقعا وموضوعيا، كما هو الحال بالنسبة لتشريعات الدول محل المقارنة.

(١) فتوى الجمعية العمومية رقم ٢٢١/٢٠١٩، جلسة ٢٣/١/٢٠١٩. نقلا من موقع المطابع الاميرية.

(٢) المادة (٣٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

وقد أثبت الواقع العملي أن أغلب الجهات الإدارية تعمل على اعداد دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية بعدّها مرحلة خارجة عن العقد، وقد لا تمتلك هذه الجهة الإدارية الخبرة الكافية بإعداد جدول الكميات أو المتطلبات الفنية مما ينعكس سلباً على تنفيذ المشروع^(١).

وقد أصدرت وزارة التخطيط ضوابط رقم (٨) الخاصة بآلية اعداد الدراسات والتصاميم والمخططات والكلف التخمينية والتعامل مع المكاتب الاستشارية، إلا أنها من وجهة نظر الباحث لا يمكن أن تنطبق على الموضوع الذي نحن بصدد، لأن الضوابط أعلاه لم تتطرق بشكل صريح إلى موضوع تحديد الاحتياجات، ولا إلى الإجراءات أو الضوابط التي تتبعها الجهات الإدارية الراغبة في التعاقد في تحديد احتياجاتها، فلم يرد أي ذكر إلى تحديد الاحتياجات ضمن بنود الضوابط هذا من جانب، ولأن إعداد التصاميم يأتي بعد تحديد الحاجة المراد التعاقد بشأنها من جانب آخر.

الفرع الثاني

ضوابط تحديد القيمة التقديرية

تقوم الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد بإعداد الكلفة التخمينية (القيمة التقديرية) بواسطة أجهزتها الفنية، أو تعهد بإعدادها إلى مكاتب استشارية متخصصة، وقد تكون الكلفة محددة على نحو إجمالي، أو على أساس سعر الوحدة أو الفئة مضروباً بعدد الوحدات المطلوبة، أو الكمية المراد بيانها^(٢).

ولإعداد الكلفة التخمينية أهمية بالغة في مجال التعاقدات الحكومية، من حيث أنها تمثل المعيار الذي يعتمد عليه عند تحليل العطاءات، إذ تقاس على أساسها الأسعار التي يقدمها المتنافسون، وتجري عملية المفاضلة بين العطاءات استناداً إليها، كما أن تحديد الكلفة التخمينية يمكن الجهة الإدارية أن تتحقق من مدى كفاية الاموال المتوفرة لديها لتغطية نفقات العقد المراد ابرامه، وأخيراً فعلى أساس هذه الكلفة تقدر نسبة التأمين المؤقت الذي يدفعه مقدم العطاء^(٣).

(١) محمد سالم لهيميص، مصدر سابق، ص ٧١.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٣) علي مخلف حماد الدليمي، مصدر سابق، ص ١٥٣.

وفضلا عما تقدم فإن الكلفة التخمينية هي كلفة استرشادية تختلف عن الكلفة أو القيمة الفعلية التي لا تتحدد إلا لدى الإحالة إلى العطاء المناسب، وبناء على ذلك نصت تشريعات الدول محل المقارنة على آلية أو ضوابط تحديد القيمة التقديرية، ففي فرنسا تقوم الجهة المتعاقدة بحساب القيمة التقديرية للاحتياجات على أساس القيمة أو المبلغ الإجمالي للعقد أو العقود محل الإبرام، على أن يؤخذ في الحسبان الخيارات أو البدائل المتاحة، وما قد يمنح للمرشحين أو المناقصين من مساعدات أو أقساط مالية^(١).

وحيثما تتألف الجهة المتعاقدة من عدة وحدات متميزة أو منفصلة، فإن القيمة التقديرية للعقود المبرمة، تتم على أساس احتياجات مختلف هذه الوحدات، ومع ذلك حينما تكون هناك وحدة عمل مسؤولة وبشكل مستقل عن العقود التي تبرمها أو عن بعض من هذه العقود، فإن القيمة التقديرية للاحتياجات تحسب على مستوى الوحدة المعنية فقط^(٢).

هذا ويعتد فقط بقيمة الاحتياجات التي تقدر لحظة إرسال الإعلان أو الأخطار بفتح باب المنافسة أو -عند غياب هذا الإعلان أو الإخطار- لحظة أن تتيح الجهة المتعاقدة مستندات ووثائقها للمرشحين^(٣).

وتخضع كيفية حساب القيمة التقديرية للاحتياجات في فرنسا إلى المبادئ الآتية:

١- **في حالة عقود الأشغال العامة:** يتم تحديد القيمة التقديرية للاحتياجات -أيما كان عدد العملاء، أو الكيانات الاقتصادية المشاركة، وأيما كان عدد العقود التي يتم إبرامها- على أساس المبلغ الإجمالي للأشغال، بما في ذلك القيمة الإجمالية المقدرة للتوريدات والخدمات المطلوبة في هذا الخصوص، متى كانت ضرورية ولازمة لتنفيذ الأعمال أو تلك الأشغال، مع العلم أن أعمال الأشغال العامة هي مجموعة الأعمال التي تتسم بوحدها الوظيفية التقنية أو الاقتصادية، وتوجد حينما تتخذ الجهة المتعاقدة القرار بالتنفيذ خلال فترة زمنية معينة وفي نطاق محدد^(٤).

٢- **في حالة عقود التوريدات أو الخدمات العامة:** فإن تحديد القيمة التقديرية للاحتياجات يتم -أيما كان عدد الكيانات الاقتصادية المشاركة أو عدد العقود التي يتم إبرامها- على أساس القيمة الإجمالية

(١) المادة (١- ٢١٢١) من الجزء التشريعي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٢- ٢١٢١) من الجزء التشريعي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٣- ٢١٢١) من الجزء التشريعي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (٥- ٢١٢١) من الجزء التشريعي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

للتوريدات أو الخدمات التي يمكن عدها متجانسة أما بسبب خصائصها الذاتية وأما بسبب وحدتها الوظيفية^(١).

أما في مصر، فيلاحظ ابتداءً أنه بعد أن كانت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الملغى لسنة ١٩٩٨ تعهد إلى اللجنة الفنية المختصة بوضع المواصفات الفنية الدقيقة التفصيلية للأشياء المطلوب التعاقد بشأنها، بوضع القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي للعملية موضوع التعاقد، أو تلك التي سيتم التعاقد على أساسها، جاء القانون الحالي لتعاقدات الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ ليعهد بهذه المهمة إلى لجنة فنية أخرى مستقلة عن لجنة وضع المواصفات الفنية، بل ومنع من أن يشارك أعضاء اللجنة التي قامت بوضع القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي في أي من اللجان الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية للعملية ذاتها.

فقد نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على أن (تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة، تتولى إعداد القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي للعملية محل التعاقد من خلال دراسة السوق، وتعاقدات الجهة الإدارية السابقة وتعاقدات غيرها من الجهات الإدارية - إن وجدت - آخذاً في الحسبان المواصفات التي تتناسب واحتياجاتها، وذلك قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح... وفي جميع الأحوال، يجب اعتماد القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي من السلطة المختصة، وتكون سرية فيما عدا الحالة المنصوص عليها في المادة رقم (٧١) من هذا القانون ولا يجوز أن يشارك أعضاء اللجنة التي وضعت القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي في أي من اللجان الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون للعملية ذاتها)^(٢).

ثم بينت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ كيفية تشكيل لجنة دراسة السوق ووضع القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي قائلة (تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة تضم عناصر فنية ومالية من العاملين في الجهة الإدارية من أهل الخبرة بموضوع التعاقد، ويجوز لها الاستعانة بمن تراه مناسباً

(١) المادة (٦_ ٢١٢١) من الجزء التشريعي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (١٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

لأداء مهمتها من الجهات الإدارية الأخرى، أو من المكاتب الاستشارية، لدراسة السوق ووضع القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي وتحدد السلطة المختصة موعد انتهاء تلك اللجنة من أعمالها...^(١).

ولا يجوز لأعضاء لجنة تحديد القيمة التقديرية الاشتراك في لجان المناقصة، كما أفتت بذلك الجمعية العمومية سنة ٢٠١٧، إذ جاء فيها (عدم جواز اشتراك أعضاء لجنة تحديد القيمة التقديرية في عضوية اللجان الفنية والمالية المشكلة لدراسة العطاءات المقدمة في الملية المعروضة إن اشتراكهم يشكل مخالفة إجرائية)^(٢).

كما بينت اللائحة التنفيذية المهام الموكلة لهذه اللجنة وكيفية مباشرة هذه المهام قائلة (...تتولى اللجنة إعداد القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي للعملية محل الطرح وفقا لدراسة السوق والأسعار المعلنة والسائدة وقت إعدادها ومؤشرات التطور المحتمل فيها، ومقارنة الأسعار للعمليات المماثلة السابق التعاقد عليها، على أن يؤخذ في الاعتبار تكلفة المواد والعمالة والتكاليف الأخرى بما في ذلك المعدات والنقل وغيرها من الرسوم والضرائب والتأمينات وأي مصاريف أخرى لها ارتباط بالعملية، ويكون لها أن تأخذ في الاعتبار ما انتهت إليه أعمال اللجان الخاصة بطلب المعلومات المنصوص عليها في المادة رقم (١٧) من هذه اللائحة...)^(٣).

هذا ويحمد للمشرع المصري ما استحدثه في قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية من اهتمام بطلب المعلومات التي تستقيها اللجنة المختصة من الواقع ومن معطيات السوق المتجددة والمتطورة، بما يضيف على عملية تحديد احتياجات الجهات الإدارية ووضع القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي لهذه الاحتياجات مصداقية وثقة لدى المتعاملين مع الجهاز الإداري ووحداته وهيئاته المختلفة، الأمر الذي ينعكس بآثار إيجابية في مجال العقود الإدارية، بل ويحد كثيراً من محاولات الفساد في هذه المجالات.

وقد وضعت اللائحة التنفيذية أسس تحديد القيمة التقديرية لشراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقى الخدمات والأعمال الفنية بما يتماشى مع طبيعة كل عملية^(٤).

(١) المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم (٦٠٨) في ٢٦/٣/٢٠١٧، نقلا من موقع المطابع الاميرية.

(٣) المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) ١- تحليل سعر الوحدة من حيث التكلفة المباشرة وغير المباشرة بما في ذلك تكلفة المواد، العمالة، النقل، والتكنولوجيا وأية تكاليف أخرى. ٢- معايير القيمة مقابل المال المدفوع. ٣- المدة الزمنية لتنفيذ العقد. ٤- المنافسة المتوقعة عند طرح

وأخيراً تختتم لجنة دراسة السوق ووضع القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي أعمالها بأن تعد تقريراً بنتائج أعمالها موقعاً من أعضائها يتضمن الإجراءات التي اتخذتها والأسس والمعايير التي استندت إليها للوصول للقيمة التقديرية أو الثمن الأساسي، وترفع اللجنة تقريرها للسلطة المختصة للاعتماد، ويحفظ تقرير اللجنة في مظهر مغلق بطريقة محكمة يسلم لدى مدير إدارة التعاقدات ولا يفتح إلا بمعرفة رئيس لجنة البت عند دراسة العروض المالية، على أن تقوم اللجنة في ذات الوقت وفور اعتماد السلطة المختصة بإخطار مدير إدارة التعاقدات بكتاب مستقل للإفادة عما إذا كانت العملية محل الطرح تتطلب اشتراك ممثل عن وزارة المالية أو عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بحسب الأحوال وفقاً للنصاب القانوني المنصوص عليه بالمادة (٦١) من القانون كما سنبين فيما بعد^(١).

أما في الكويت فقد منح قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ الجهاز المركزي للمناقصات العامة اختصاص دراسة تقديرات تكلفة مشروع المناقصة ومقارنتها بتقديرات الجهة صاحبة الشأن بناء على طلب المجلس^(٢)، بعد قيام الجهة المختصة بالشراء بوضع القيمة التقديرية للعملية محل التعاقد^(٣)، وحتى يتمكن الجهاز المركزي من دراسة التقديرات ومقارنتها فقد اصدر تعميمه سنة ٢٠٢١ الذي ألزم بموجبه الجهات الخاضعة لأحكام القانون المذكور تزويده بأسس احتساب القيمة التقديرية لكافة أساليب التعاقد، حتى تتمكن الأمانة العامة في الجهاز من دراسة تقديرات التكلفة^(٤).

مما تقدم يتضح لنا أن المشرع الكويتي لم يحدد أو يبين الأسس أو الضوابط التي تعتمد عليها الجهات صاحبة الشأن في وضع القيمة التقديرية للعملية التعاقدية، فقد منحها سلطة تقديرية في ذلك شريطة تزويد الجهاز المركزي للمناقصات العامة بالأسس التي اعتمدتها عند تحديد قيمة التعاقد، حتى يتمكن من دراستها ومقارنتها وفقاً لما جاء في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦.

العملية. ٥_ توافر خدمات ما بعد البيع ٦_ مخاطر وهامش الربح والرسوم والضرائب والتأمين وأية مصروفات أخرى. ٧_ ما إذا كان محل العقد متوافر بالأسواق أم ينتج خصيصاً للجهة الإدارية وغير ذلك من معايير ترى اللجنة أخذها في الاعتبار...). المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(١) المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٤/٧) من قانون المناقصات العامة رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٣) المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

(٤) تعميم الجهاز المركزي للمناقصات العامة رقم (١٧) في ٢٠٢١/٨/١٠ بشأن احتساب القيمة التقديرية لأساليب التعاقد.

وفي التشريع العراقي نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ وضمن المتطلبات اللازمة قبل اعداد وثائق المناقصة على كلفتين: الأولى متعلقة بالمشاريع الاستثمارية، والأخرى متعلقة بالتعاقدات الممولة من الموازنتين الجارية والتشغيلية، وفيما يخص كلفة المشاريع الاستثمارية نصت التعليمات تنفيذ العقود الحكومية على (وجود كلفة تخمينية علنية محدثة للمقاولة أو لمقاولات المشروع معدة من جهة فنية مختصة مبنية على أساس الدراسة الشاملة لأسعار السوق السائدة عند اعدادها لأغراض الإحالة...) ^(١)، وأما الكلفة التخمينية للتعاقدات الممولة من الموازنتين التشغيلية والاستثمارية فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بنص مماثل، إذ جاء فيها (وجود كلفة تخمينية علنية معدة من جهة فنية مختصة محدثة ومبينة على الدراسة الشاملة لأسعار السوق عند اعدادها للمواد أو الخدمات المطلوب تجهيزها...) ^(٢).

يتضح من النصين أعلاه إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ أسندت إلى الجهة الفنية المختصة مهمة إعداد الكلفة التخمينية مستعينة بأسعار السوق السائدة كمعيار لوضع القيمة التخمينية، من دون أن توضح المقصود بهذه الجهة الفنية، فهل تكون من داخل الجهة الإدارية أم خارجها؟ وهو ما بينته ضوابط وزارة التخطيط ^(٣)، إذ أوكلت لجهات التعاقد اختصاص اعداد الكلف التخمينية بالاستعانة بملاكاتها في المشاريع أو الاعمال الصغيرة والمشاريع المتوسطة أو الكبيرة، بشرط أن يتضمن الهيكل التنظيمي لجهات التعاقد فيما يخص المشاريع المتوسطة أو الكبيرة جهات متخصصة ذات خبرة علمية وعملية في مجال اعداد الكلف التخمينية لتلك المشاريع، وفي حالة عدم توافر ذلك فيمكن للجهات الإدارية التعاقد مع أحد الجهات الاستثمارية المتعمدة لإعداد الكلف التخمينية.

وختاماً فإننا نلاحظ مما تقدم أن المشرع المصري نظم مسألة تحديد القيمة التقديرية للتعاقد بشكل مفصل، راعى فيه أدق التفاصيل، سواء من حيث الجهة المختصة بإعداد القيمة التقديرية، أم الإجراءات التي ترافق هذا الاعداد، وهو ما ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ به، نظراً لما يعانيه موضوع تحديد الكلفة التخمينية من ضبابية وتشتت بين تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وضوابط وزارة التخطيط ما قد ينعكس سلباً على أداء الإدارة.

(١) المادة (٢/أولاً/د) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) المادة (٢/ثانياً/د) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) ضوابط رقم (٨) الصادرة عن وزارة التخطيط.

المطلب الثاني

الاعتماد المالي

على الجهة الإدارية التي تروم القيام بإبرام عقد معين أن تتقيد بالإجراءات والقيود الواردة في النصوص القانونية الخاصة بالتعاقد قبل الشروع بإبرام العقد الإداري وتنفيذه، ومن هذه القيود قيد الاعتماد المالي وهذا ما سنوضحه من خلال فرعين، سنبحث في الفرع الأول مفهوم الاعتماد المالي، بينما سنبحث في الفرع الثاني أثر تخلف الاعتماد المالي على إحالة المناقصة.

الفرع الأول

مفهوم الاعتماد المالي

بمقتضى القاعدة العامة إن الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد أو أن تتخذ أي إجراء يترتب التزام ما لم يوجد هناك تخصيص مالي لمواجهة الأعباء المالية الجديدة الناتجة عن هذا التصرف، فعندما تروم الإدارة الدخول في علاقة تعاقدية مع الغير من أجل توريد مادة معينة أو القيام ببعض الأعمال، فمن البديهي أنها تحتاج إلى الأموال اللازمة لتسديد ثمن هذه العقود، وذلك تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضي بأن أي اتفاق عام يستوجب أن يكون له تخصيص مالي^(١)، وبهذا يشكل الاعتماد المالي قيداً على حرية الإدارة في إبرام عقودها، ولاشك في أن هذا القيد يهدف إلى تحقيق مصلحة الدولة، لأن التعاقد من دون اعتماد يحمل خزينة الدولة أعباء مالية جديدة^(٢).

ونظراً لأهمية الاعتماد المالي في مجال التعاقدات الحكومية فلا بد لنا أن نستهل دراسته بتعريفه، فعلى المستوى التشريعي عرفت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٩ الاعتماد المالي بأنه (المبلغ المخصص للجهة الإدارية من وزارة المالية والمدرج بموازنتها لتوفير احتياجاتها)^(٣)، أما

(١) نجيب خلف احمد الجبوري، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها، رسالة ماجستير، كلية القانون_ جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٥٠.

(٢) د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٥٨.

(٣) المادة (١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) في ٢٠١٩.

على المستوى الفقهي فقد عرف الاعتماد المالي بتعاريف عدة من بينها أنه (إجراء تمهيدي تلجأ إليه الإدارة قبل إبرامها للعقد وإن تخلفه ليس ذي أثر على صحة العقد)^(١)، وعرفه آخر بأنه (ترخيصا عاما يمنح من جانب السلطة المختصة في سبيل انجاز تصرفات قانونية من شأنها أن تولد التزامات بمبلغ من النقود على عاتق الذمة المالية الإدارية وفي مقدمة هذه التصرفات التي تشغل الذمة المالية الإدارية بالالتزامات تأتي العقود الإدارية)^(٢)، كما يعرف الاعتماد المالي بأنه (الغطاء المالي اللازم لتغطية نفقات العقد الإداري)^(٣)، وعرف أيضا بأنه (إذن بالصرف المالي تصدره الجهة الإدارية المختصة في حدود صلاحياتها القانونية، حيث أنه لا يجوز مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد في الصفقات العامة أو المحدودة إلا بعد الحصول على إذن مسبق بذلك من الجهات المالية والإدارية المختصة)^(٤).

وترجع أهمية توافر الاعتماد المالي إلى أن توافره يعد سببا هاما يؤدي إلى إزالة العراقيل والمعوقات أمام تحقيق التنمية الاقتصادية التي تمثل الهدف الأساس للإدارة، إذ إن وجوده يؤدي إلى جعل الإدارة قادرة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، مما يعمل على القضاء على الديون وتفاقمها، تلك الديون التي تعد أبرز عائق أمام الإدارة في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية^(٥)، وإلى جانب ما تقدم، فإن توافر الاعتماد المالي من شأنه الحيلولة دون انزلاق الإدارة إلى كل ما يعد سلوكا معوقا لسير المرافق العامة، عبر تراكم ديون الإدارة وعدم قدرتها على التخلص من الأعباء المالية المتراكمة، فإبرام الإدارة لعقود لم يتوافر لها الاعتماد المالي اللازم لتنفيذها يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية والديون التي تتحملها الموازنة العامة، هذا إلى جانب إخلاله بالثقة في الإدارة ما يعد عنصرا طاردا للاستثمار الذي يعد حجر الزاوية في تحقيق التنمية الاقتصادية^(٦).

(١) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٦.

(٢) د. رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الإداري، بحث منشور في المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٥، ص ١٦.

(٣) د. حاتم فارس الطعان، تقيد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، المجلد ٢٦، عدد ٢، سنة ٢٠١١، ص ٤٧٤.

(٤) د. عبد النور مبروك وسلامي سمية، الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي ١٥/٢٤٧، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد ٤، ٢٠١٧، ص ٤٩.

(٥) د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام BOT، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥.

(٦) مصطفى كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٥.

أما بخصوص موقف التشريعات من قيد الاعتماد المالي، فيلاحظ أن الإدارة المالية للعقود في فرنسا تخضع لتدخل حاسم من الجهات الرقابية، وذلك لضبط إيقاع عمل هذه الإدارة، والزامها بضرورة احترام الشروط والضوابط المحددة قانوناً في هذا الشأن، فعلى المستوى اللامركزي يقوم العمدة أو رئيس المجلس العام أو رئيس المجلس الإقليمي بإعداد الموازنة، مبيناً فيها الاعتمادات المالية المقررة للتعاقدات الإدارية، وبعد الموافقة عليها من قبل المجلس المختص، يقوم بالأمر بالصرف في حدود تلك الاعتمادات، وعلى المستوى المركزي أو القومي يقوم ما يسمى بالمراقب المالي بدور فاعل بخصوص الإدارة المالية لعقود الدولة، وفضلاً عن قيامه بمراقبة كل عقد من هذه العقود من زاوية مدى صحة تقدير الأمن، يراقب أيضاً مدى احترام جهة الإدارة لقيمة ومقدار النفقة المرصودة له، فإن كان كذلك أعطى المراقب المالي تأشيرته بالموافقة على العقد المزمع إبرامه، وهذه التأشيرة تعد شرطاً ضرورياً لمشروعية الأوامر المالية التي يقوم بها أمر الصرف فيما بعد، وإن لم تكن كذلك بأن كانت مخالفة للاعتماد المالي للتعاقد، أو لقانون الموازنة، رفض المراقب المالي إعطاء هذه التأشيرة وتُعطّل من ثم إتمام عملية التعاقد، إلا إذا تدخل وزير المالية بالموافقة، فتتم عملية التعاقد^(١).

(1) Godard J., La cour des comptes et les marchés publics, R.M.P., No 240, 1989, P. 20.

نقلاً من د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقد الإدارية بطريق المناقصات العامة، مصدر سابق، ص ٨٩. مع الإشارة إلى أن الإدارة في فرنسا لا تنقذ في نطاق العقود التي تبرم في مجال الأشغال الكبرى، وفي مجال التجهيزات العسكرية، والاستثمارات الاقتصادية، بسنة مالية واحدة، لذلك فقد اعتمدت فيها صيغة ترخيص البرنامج، التي تجيز التوفيق بين دوام تمويل المشروع مع قواعد سنوية الموازنة، وترخيص البرنامج يوافق عليه البرلمان في صورة قانون خاص متميز عن الميزانية، ويقرر فيه وضع برنامج اقتصادي موضع التنفيذ خلال عدة سنوات، كما يقرر فيه الاعتمادات اللازمة لتنفيذ البرنامج بعد توزيعها على السنوات المختلفة، وفي كل سنة يدرج الجزء المخصص للأنفاق فيها في ميزانية الدولة عن تلك السنة، ويلاحظ أن القانون ببرنامج ليست له صفة الميزانية، فهو لا يفعل أكثر من تعداد المشروعات التي تعترف الدولة بتنفيذها خلال السنوات المقبلة، والمبالغ اللازمة لهذا التنفيذ، لكنه لا يتضمن فتح أية اعتمادات بالارتباط أو بالدفع، إلا أن موافقة البرلمان على القانون ببرنامج تعني تعهده بالموافقة في السنوات المقبلة على اعتماد النفقات اللازمة لتنفيذ البرنامج، وهو يظل من الناحية النظرية حراً في الموافقة على هذه الاعتمادات في كل ميزانية من ميزانيات السنوات المقبلة أو في عدم الموافقة، لكنه من الناحية العملية يوافق على إنفاق المبالغ المخصصة لكل سنة عند مناقشة ميزانياتها على النحو الذي تعهد به عند التصويت على القانون ببرنامج. ينظر د. أحمد جامع، علم المالية العامة، الجزء الأول، فن المالية العامة، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٣٤٥ وما بعدها.

فضلا عما تقدم، فإن محكمة المحاسبات والغرف الإقليمية للمحاسبات تلعب دورا هاما وأساسيا في الرقابة القضائية على النواحي المالية والمحاسبية للعقود الإدارية، فمن بين اختصاصاتها الرقابة على عقود الشراء العام والتأكد من عدم الإنحراف في إجراءات إرساء العقد^(١).

أما بصدد موقف المشرع المصري، فقد نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على (يجب على الجهة الإدارية قبل البدء باتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد على أن تتضمن شروط الطرح ما يفيد ذلك ويكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية ..)^(٢)، ويلاحظ الباحث عبر النص أعلاه أن المشرع المصري أحسن عملا عندما أوجب على جهة التعاقد قبل أن تبدأ باتخاذ أي إجراء من إجراءات التعاقد أن تتأكد من وجود اعتماد مالي يغطي نفقات العقد المراد إبرامه، فضلا عن تضمين شروط طرح العملية التعاقدية ما يفيد وجود هذه التخصيصات، تجنباً لما قد يحصل من منازعات فيما لو عمدت الإدارة إلى إبرام العقد من دون وجود اعتماد مالي.

كما استلزمت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ عند التخطيط والإعداد لأي عملية الأخذ في الحساب جملة من العوامل تتمثل في التأكد من وجود تقديرات مالية محدثة ودقيقة لمحل التعاقد، وتوافر التمويل المطلوب لها بموازنة الجهة^(٣)، كما حظرت اللائحة ذاتها على جهات التعاقد النشر على بوابة التعاقدات العامة عن أي عملية تعاقدية إذا لم يكن لها اعتماد مالي^(٤).

مع الإشارة إلى أن المشرع المصري قد منع بموجب قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ الجهات الإدارية من التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية، أو التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية، إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل وبموافقة السلطة المختصة^(٥)، وقد أحسن المشرع المصري تجنباً لما قد يحصل من حالات فساد وتبذير أو استغلال للمال العام لتحقيق منافع شخصية أو غيرها بما يعد انحرافاً عن المصلحة أو المنفعة العامة.

(١) أحمد فاهم مسلم علي، الحماية القانونية لمبدأ المنافسة في مناقصات العقود الحكومية، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١٩، ص ٨٣.

(٢) المادة (١١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٣) المادة (٣/١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٥) المادة (١١) من القانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

وأما المشرع الكويتي فقد نص في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (ويجب على الجهة صاحبة الشأن قبل طرح بيان توفر الاعتمادات المالية وضمان إتاحة التمويل اللازم لصرف قيمة مستخلصات الأعمال في مواعيدها المقررة قانوناً، ويراقب الجهاز المركزي للمناقصات توافرها قبل الإعلان عن طلب المناقصة)^(١)، كما أن المشرع الكويتي نص هو الآخر على (...يحظر التعاقد بقصد استفاد الاعتمادات المالية أو في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورات العمل وبموافقة الوزير المشرف على الجهة الحكومية المختصة)^(٢).

وتأكيداً لذلك فقد ذهبت إدارة الفتوى والتشريع بأنه (...لا يجوز للحكومة طرح مشروع إلا إذا كان له اعتماد مالي مقرر في الميزانية...) ^(٣).

أما في العراق فقد نص التشريع العراقي على قيد الاعتماد المالي في أكثر من نص من النصوص المنظمة للمناقصات العامة، منها ما ورد في أمر سلطة الائتلاف لسنة ٢٠٠٤، إذ جاء فيه (لا يجوز نشر إعلان المناقصة ولا أي مناقصة مقدمة قبل الحصول على موافقة الموظف الرسمي الأقدم أو من ينوب عنه... على توفر الأموال الكافية لاستيفاء التكاليف المقدرة للحكومة بالنسبة لأي عقد)^(٤)، كما نص أيضاً على (لا يجوز منح العقد دون اثبات الأموال الكافية والمخصصة لهذا الغرض...) ^(٥).

ويرى الباحث أن الأمر أعلاه لم ينص بشكل صريح على قيد الاعتماد المالي كقيد سابق على إحالة المناقصة، بل نص على السيولة النقدية (التمويل)، بدليل مصادقة الموظف المختص، فلو كان المراد من

(١) المادة (٣٦) من قانون المناقصات العامة رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦. بينما كانت المادة (٤٣) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الملغى تنص (...وفي جميع الأحوال على اللجنة قبل إرساء المناقصة التأكد من توفير الاعتمادات المالية الكافية لتغطية قيمة السعر الذي ترسي به المناقصة).

(٢) المادة (٣٣) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) إدارة الفتوى والتشريع رقم (١٣٩٥) في ١٩/٦/١٩٩٣، منشوره على موقع البوابة الالكترونية الرسمية لدولة الكويت <https://www.e.gov.kw/sites/kg0Arabic/Pages/eServices/LegalPortal/Legal.aspx#>

(٤) القسم (١٠/ أ) من أمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤. منشور في الوقائع العراقية عدد ٣٩٨٤ في حزيران ٢٠٠٤.

(٥) القسم (١٠/ ب) من الأمر نفسه. وقد منعت تعليمات تنفيذ الموازنة العامة الاتحادية في العراق بالمادة (٤/ب) التعاقد بقصد استفاد الاعتماد المالي إذ نصت على (مراعاة عدم الدخول بأي التزام تعاقدي بعد تاريخ ٢٠٢١/١٢/١٥ باستثناء المشاريع الاستثمارية المستمرة والتي لها تخصيصات مالية ضمن موازنتها في السنة اللاحقة)، وهذا خلاف المشرعين المصري والكويتي اللذان منعا التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية وليس منتصفه كما في النص أعلاه.

النص الاعتماد المالي لما منح اختصاص المصادقة عليه إلى الموظف بل إلى مجلس النواب^(١)، لأن الاعتمادات المالية للعقود الإدارية تدرج ضمن مشروع قانون الموازنة الذي سيصادق عليه مجلس النواب، ومن ثم لا يمكن للجهات الإدارية إحالة المناقصة قبل مصادقة مجلس النواب على مشروع قانون الموازنة الاعتمادات المالية المخصصة لها، فمصادقة مجلس النواب على اعتماداتها المالية بمثابة ترخيص لها.

لكن مما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام قرار مجلس الوزراء، الذي أجاز لجهات التعاقد مباشرة إجراءات الإعلان واستدراج العروض للمشاريع المقترحة والمعتمدة من قبل وزارة التخطيط قبل إقرار مشروع قانون الموازنة وعدم توقيع الإحالة إلا بعد صدور قانون الموازنة العامة الاتحادية^(٢)، ونرى من وجهة نظرنا أن قرار مجلس الوزراء يتعارض مع أمر سلطة الائتلاف لسنة ٢٠٠٤، ومكمن التعارض، هو أن أمر سلطة الائتلاف منع نشر أي إعلان لأي مناقصة قبل الحصول على موافقة أو إقرار الموظف المختص بوجود الأموال الكافية لتغطية تكاليف التعاقد -كما مر معنا- في حين أن قرار مجلس الوزراء أجاز ذلك، وسمح للجهات الإدارية مباشرة إجراءات المناقصة لحين إقرار قانون الموازنة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإننا لا نؤيد توجه مجلس الوزراء لاحتمال تأخر إقرار مشروع قانون الموازنة، وما يخلفه ذلك من آثار سلبية سواء على الجهة الإدارية أم على مقدمي العطاءات، لذا ندعو مجلس الوزراء إلى إلغاء قراره أعلاه وعدم السماح للجهات الإدارية في مباشرة إجراءات المناقصة حتى يتم إقرار مشروع قانون الموازنة العامة.

الفرع الثاني

أثر تخلف الاعتماد المالي على إحالة المناقصة

أوضحنا أن الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد، أو أن تلتزم بمبالغ معينة إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة، فمن الضروري توافر الاعتماد المالي حتى تشرع الإدارة في إبرام عقودها، فتوافره يعد من الشروط التمهيدية التي فرضها المشرع على عمل السلطة المتعاقدة، والتي يجب مراعاتها منذ أول خطوة من خطوات التعاقد، وبناء على ذلك فإننا نتساءل عن الأثر القانوني المترتب على تخلف الاعتماد

(١) (يقدم مجلس الوزراء مشروع قانون الموازنة العامة والحساب الختامي إلى مجلس النواب لإقراره)، ينظر المادة (٦٢/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٢) قرار مجلس الوزراء العراقي رقم (٤٢٥) لسنة ٢٠١١.

المالي، فماذا لو عمدت الإدارة إلى إحالة المناقصة مع عدم توافر الاعتماد المالي، فهل تعد هذه الإحالة قانونية، أم غير ذلك؟

بشأن الإجابة على ذلك فقد تباينت الآراء إلى اتجاهين بين من قال بصحة التعاقد، وبين من أقر بقابلية ابطال العقد، وفقا للآتي:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه على الرغم من أهمية توافر الاعتماد المالي كإجراء تمهيدي حتى تلجأ الإدارة إلى إبرام العقد لتوفير احتياجاتها، فإن تخلفه لا يؤثر على صحة إبرام الإدارة لعقودها، ومرد ذلك صعوبة علم المتعاقد مع الإدارة بوجود الاعتماد المالي من عدمه، نظرا لتعلق الأمر بأمر داخلي لدى الإدارة، فضلا عن تطلب علم المتعاقد بذلك قد يؤدي إلى تأخر إبرام الإدارة لعقودها، مما يؤثر سلبا على انتظام سير المرافق العامة^(١)، وعدم تأثير تخلف الاعتماد المالي على العقود التي تبرمها الإدارة يرتب نتيجتين هما:

النتيجة الأولى: إن توافر الاعتماد المالي لا يلزم الجهة الإدارية المعنية بالتعاقد، فلإدارة حسب هذه النتيجة أن تتعاقد أو أن تعدل عن إبرام العقد، سواء كان الاعتماد صدر بموجب قانون أم بموجب قرار إداري^(٢)، وبناء على ذلك فإن للجهة الإدارية المعنية أن تعدل عن إبرام العقد على الرغم من صدور الاعتماد المالي متى ما رأت أن المصلحة العامة تقتضي عدم إبرامه، وتعد هذه القاعدة عامة بالنسبة لجميع العقود الإدارية، إذ أن وجود الاعتمادات المالية في ميزانية إدارة من الإدارات لا يعني التزامها بالصرف^(٣)، وإلى ذلك ذهب قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري بفتواه الصادرة في ١٩٩٣/١/٢٥ بأن (...القانون الصادر عن البرلمان متضمنا الاذن وإن كان شرطا لازما لإبرام العقد إلا أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح إذ يبقى

(١) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٣٠. وينظر أيضا د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٢١. وينظر كذلك رياض عبد عيسى الزهيري، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية والقطاعات الاشتراكية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ٣٠٨.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٣) كاظم خضير السويدي، الأذن المالي وأثره في إبرام العقد الإداري، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية - جامعة بابل، العدد ٤٢، سنة ٢٠١٩، ص ١١٢٧.

لها ان تترخص في تقدير ملائمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حق الاشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد...^(١).

في حين يرى آخر، إن توافر الاعتماد المالي في الموازنة العامة يترتب التزاماً قانونياً على الإدارة بضرورة إبرام العقد، وسنده هو التزامها بتنفيذ مشاريع الخطة الاستثمارية أو الجارية، لتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فلا يحق لها الامتناع عن الإبرام أو التباطؤ فيه^(٢).

النتيجة الثانية: إن إبرام الإدارة لعقودها رغم تخلف الاعتماد المالي لا يؤثر في صحة العقد الإداري، إذ إن وجوده من عدمه أمر لا يتصل بشروط صحة أو نفاذ هذا العقد، ولا يعدو تخلف الاعتماد المالي أن يكون مخالفة إدارية خارج نطاق العقد، يتحمل وزرها المسؤول عنها، على أن تخلف الاعتماد في مثل هذه الحالة يترتب أثراً هاماً هو عدم قدرة الإدارة على دفع ما يترتب عليها من التزامات مالية تنتج عن العقد إلا بعد توافر هذا الاعتماد^(٣).

وقد استقر على ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فيذهب إلى أن العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة دون أن يكون مستنداً إلى اعتماد مالي أو الذي ينطوي على تجاوز الاعتماد المالي الموجود، أو على تغيير في الغرض الذي خصص له الاعتماد، أو على استخدام الاعتماد في وقت غير الذي حدده البرلمان لاستخدامه يكون على الرغم من ذلك صحيحاً، ولا يؤثر كل ذلك على وجود العقد وعلى صحته، إلا أن هذا ليس معناه أن قاعدة تدخل البرلمان للأذن بالاعتماد تصبح حبراً على ورق، فإن مخالفة هذه القاعدة لها جزء هو المسؤولية المالية أو المسؤولية الوزارية حسب الأحوال، ومن ثم فإن إذن البرلمان بالاعتماد المالي ليس شرطاً لصحة إبرام عقود الإدارة^(٤).

وقد أيدت ذلك أيضاً المحكمة الإدارية العليا في مصر حين قضت أن (...الثابت في الفقه الإداري إن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد الاشغال العامة أو التوريد مثلاً ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الاشغال أو حتى لو تجاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد ولو خالفت

(١) د. برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط١، المكتبة القانونية، دمشق، ٢٠٠٢، ص ٣٦.

(٢) د. رياض عبد عيسى الزهيري، أسس القانون الإداري، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص ٢٣٥.

(٣) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٤) مصطفى كامل محمد علي، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

الغرض المقصود منه أو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات - ان وجدت من جانب الإدارة - فهي لا تمس صحة العقد ولا نفاذه وإنما تستوجب المسؤولية على ذلك، لأن العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير تكون رابطة فردية وذاتية وليست تنظيمية وعلى الإدارة في هذا الشأن أن توفر حماية الغير من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة بينها وبين الغير، وفي نفس الوقت ليس بمقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدما ما إذا كان للإدارة اعتماد مالي أو العكس وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له هذا الاعتماد أو ليس في حدود هذا الغرض، كل أولئك الاشياء يتعذر على الفرد التعرف عليها بل حتى الحريص أيضا ولو جاز احد جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها هنا بذلك لما جازف احد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطيل سير المرافق العامة...^(١).

وعلى النهج ذاته سارت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتاها سنة ٢٠١٤ عندما ذهبت بالقول (...ينعقد العقد الإداري صحيحا وينتج آثاره القانونية ولو لم يتوفر الاعتماد المالي اللازم، فالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة، فيجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة...)^(٢).

فضلا عن ذلك، فإن أنصار هذا الرأي يقولون بأن الإدارة ترتكب خطأ تعاقديا عندما تتعاقد مع الآخرين بالرغم من عدم وجود الاعتماد المالي اللازم، ويترتب على ذلك إمكان طلب المتعاقد معها فسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى، لضرورة الثقة بالإدارة وتصرفاتها ومن ثم لا يفترض أنها تتصرف بشكل يفتقر إلى الحد الأدنى من المعقولية^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١١/٢/١٩٥٦ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - العدد الثاني مطبوعة نمير / السنة الأولى شباط ١٩٥٦ إلى آخر آذار ١٩٥٦، ص ٤٩٢. ولا شك إن المحكمة الإدارية العليا قد وازنت بين صحة العقد ونفاذه، وبين تعاقد الإدارة دون اعتماد مالي أو تجاوز حدوده أو انقضاء الميعاد المحدد لاستخدامه إذ رجحت المحكمة الإدارية العليا كفة صحة العقد ونفاذه رغم ذلك، بهدف حماية المتعاقد مع الإدارة ولضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد خشية ألا يتعاقد أحد مع الإدارة إلا بعد التأكد من وجود اعتماد مالي، وهو أمر ليس بالسير. ينظر لها حمد العصيمي، الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري في القانون الكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٤٦.

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم (٥) بتاريخ ١٩/٢/٢٠١٤، نقلا من موقع المطابع الاميرية.

(٣) د. فاروق أحمد خماس، القيود السابقة على التعاقد في عقود الإدارة، بحث منشور في مجلة كلية الآداب - جامعة الموصل، عدد ١٩، ١٩٨٩، ص ٣٢٨.

الاتجاه الثاني: يذهب أنصار هذه الاتجاه إلى أن عقود الإدارة يجب أن تتوفر فيها أركان العقد بصفة عامة من رضا ومحل وسبب، وكذلك يجب أن تتوفر شروط صحة هذه الأركان، ونظراً لتعلق الاعتماد المالي في ركن المحل، فإن هذا الأخير في عقود الإدارة يتعدد بتعدد الالتزامات المترتبة على العقد، وإذا نظرنا للالتزامات الإدارية في عقودها فهي غالباً ما تكون دفع المقابل النقدي للمتعاقد، نجد أن محل عقود الإدارة من جانبها هو المقابل النقدي الذي تلتزم به، ذلك المقابل الذي يتقرر بمقتضي الاعتمادات المالية المخصصة في الموازنة العقود الإدارية، وعليه فإن هذه الاعتمادات تعد قيداً سابقاً على إبرام عقود الإدارة، وذلك نتيجة عداها جزءاً من محل هذه العقود، وإذا ما اخذنا بالنتيجة أعلاه فإن تخلف الاعتماد المالي يؤدي إلى بطلان عقود الإدارة لعدم مشروعية محل العقد^(١).

ويرى الباحث مما تقدم، أن النصوص القانونية سواء في الدول محل المقارنة أم في العراق تحديداً لا تؤيد ولا تدعم فكرة القول بصحة العقد الإداري من دون وجود اعتماد مالي، فلا اجتهاد في مورد النص حتى للقاضي الإداري، إذ لم نجد من خلال عرضنا لموقف التشريعات من قيد الاعتماد المالي -الذي مر معنا- ما يفيد أمكانية التعاقد من دون الاعتماد المالي، بل على العكس نجدها تستلزم وتوجب وتأكد على ضرورة وجوده قبل مباشرة إجراءات المناقصة، وفضلاً عن التشريعات التي أشرنا إليها عند بحثنا لمفهوم الاعتماد المالي، فإن هناك طائفة من القوانين منعت الدخول في علاقات تعاقدية من دون وجود اعتماد مالي، منها مثلاً ما جاء في قانون المحاسبة الحكومية المصري لسنة ١٩٨١ الذي منع ممثل وزارة المالية لدى الوحدات الإدارية عن التأشير على أي أمر بالصرف إذا لم يكن هناك اعتماد مالي أو في حالة تجاوز الاعتمادات المخصصة في الموازنة للعقود^(٢)، ومنع الارتباط إلا بالمشروعات الواردة ضمن الموازنة العامة للدولة^(٣)، أما المشرع الكويتي فقد منع الجهات الإدارية تجاوز الاعتمادات المخصصة إلا بقانون^(٤)، وحظر إبرام عقد من

(١) مصطفى كامل محمد علي، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٢) ينظر المادة (١٠) من قانون المحاسبة الحكومية رقم (١٢٧) سنة ١٩٨١، منشور في الجريدة الرسمية عدد (٣١) في ١٩٨١/٧/٣٠.

(٣) المادة (٩) من قانون المحاسبة الحكومية المصري رقم (١٢٧) سنة ١٩٨١.

(٤) المادة (٢١) من مرسوم قانون قواعد إعداد الميزانيات العامة والرقابة على تنفيذها والحساب الختامي رقم (٣١) لسنة ١٩٧٨.

دون وجود الاعتماد المالي أو حالة تجاوز الاعتمادات المخصصة^(١)، ومقارنة مع التشريع العراقي الذي كان واضحاً أيضاً في هذا المجال، إذ نص قانون الإدارة المالية الاتحادي على أنه لا يجوز لوحدة الإنفاق الدخول بالتزام إلا بعد التأكد من توفر التخصيص المالي اللازم^(٢)، ولا يجوز لها الدخول بالتزامات أو أن تتجاوز التزاماتها التخصيصات المرصدة لها في الموازنة على أي وجه من أوجه الصرف ولأي سبب كان^(٣).

مما تقدم يلاحظ حرص التشريعات وتأكيداتها على ضرورة توافر الاعتمادات المالية لتغطية قيمة السعر الذي تحال به المناقصة، تحقيقاً للمصلحة العامة وحماية للمتعاقد مع الإدارة، وحماية للثقة والأمان اللازم توافرها في الإدارة، فقيامها بالشروع بالتعاقد من دون التحقق من توافر الاعتماد المالي يجعل منها غير جديرة بالثقة ويخل بالاعتبار اللازم لها، ومن ثم لا يسمح للجهات الإدارية قانوناً إبرام عقد إداري من دون اعتماد مالي، وفي حالة مخالفة ذلك فإنها تكون مسؤولة عن هذه المخالفة، لأن الاعتماد المالي قيد مهم يجب عليها استيفاءه قبل الشروع في إجراءات التعاقد^(٤).

المطلب الثالث

الترخيص في التعاقد

من القيود الأساسية الواجب مراعاتها في المرحلة السابقة على إحالة المناقصات الإدارية، ضرورة حصول السلطة المختصة بالتعاقد على تصريح أو إذن بالتعاقد من جهة يحددها القانون، بحيث لا يمكنها إبرام العقد من دون الحصول على هذا التصريح أو الإذن، وتأسيساً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنوضح في الفرع الأول مفهوم الترخيص في التعاقد، بينما سنبين في الفرع الثاني أثر تخلف الترخيص على إحالة المناقصة.

(١) الفصل الثالث (أولاً/أ/١)، من قواعد تنفيذ ميزانيات الجهات الحكومية لسنة ٢٠٢١ الصادرة بقرار وزير المالية المرقم (٩١٠) في ٢٠٢١/٧/٥.

(٢) المادة (١٦/أولاً) من قانون الإدارة المالية الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٩ المعدل، منشور في الوقائع العراقية عدد (٤٥٥٠) في ٢٠١٩/٥/آب.

(٣) المادة (١٥) من قانون الإدارة المالية الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٩ المعدل.

(٤) وفي النظام الأنجلوسكسوني وتحديد في بريطانيا فإن عدم تخصيص الأموال اللازمة للعقد يجعله غير صحيح وباطل، ينظر فيها حمد العصيمي، مصدر سابق، ص ٤٦.

الفرع الأول

مفهوم الترخيص في التعاقد

إن تحديد المشرع لاختصاص الجهة الإدارية يعد بمثابة ترخيص لها من أجل مباشرة نشاطها، ومن بين النشاطات التي تمارسها هذه الجهات إبرام العقود الإدارية، وعليه فإن قيام الجهة الإدارية بإبرام عقودها ليس سوى ممارسة لاختصاص من اختصاصاتها، فلا تحتاج إلى طلب ترخيص من جهة أخرى، لأن ذلك يعد جزء من وظائفها ومهامها^(١)، ومع ذلك تستلزم بعض القوانين ضرورة حصول الجهة الإدارية المنفذة للمشروع على ترخيص في التعاقد يصدر من جهات إدارية عليا يحدها القانون سلفاً، الأمر الذي يجعل الجهة الإدارية الراغبة بإبرام العقد الإداري ليست أهلاً للتعاقد من دون هذا الإذن^(٢).

وبخصوص موقف تشريعات الدول محل المقارنة حيال ذلك، نجد إن التصريح بالتعاقد في فرنسا يصدر من جهات مختلفة حسب ما يفرضه المشرع، وتختلف هذه الجهات تبعاً لمدى تأثير العقد الذي ستبرمه الجهة الإدارية على موارد الدولة - ولا مجال لذكرها لكثرتها وتشعبها سواء فيما يخص تعاقدات الهيئات المركزية أم تعاقدات الهيئات اللامركزية - ولهذا لم نجد في قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ أية إشارة إلى قيد الترخيص في التعاقد.

أما في مصر، فقد نص قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ (على إدارة التعاقدات أن تعد مذكرة أو أكثر للعرض على السلطة المختصة للموافقة على البدء في اتخاذ إجراءات الطرح والتعاقد وغيرها من الإجراءات ويجب أن تتضمن هذه المذكرة بيان محل الطرح وطريقة التعاقد... وغيرها من البيانات

(١) د. فاروق أحمد خماس، القيود السابقة على التعاقد في عقود الإدارة، مصدر سابق، ص ٣٣٣.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٩٤.

بيد أننا لا نؤيد تسمية هذا القيد بالإذن بالتعاقد، كون أن كلمة إذن أقرب ما تكون للقانون المدني منها للقانون الإداري، كما جاء في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إذ نص في المادة (٩٨) على (للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً)، لذا يمكن الاستعاضة عنها بمفردات أخرى من قبيل التصريح بالتعاقد، الموافقات السابقة على التعاقد، فلا ضير أن تكون هناك خصوصيات ومفردات متعلقة بالقانون الإداري دون غيره من القوانين الأخرى.

التي تحددها اللائحة التنفيذية^(١)، ومن بين بيانات التي تتضمنها مذكرة العرض صورة للموافقات والترخيص اللازمة ذات الصلة بالعملية محل الطرح^(٢).

أما اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة لسنة ٢٠١٩ فقد نصت على الترخيص السابق على التعاقد أيضا تحت عنوان (التصاريح والترخيص)، إذ جاء فيها (على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتصاريح والترخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع الطرح من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك)^(٣).

كما نص قانون المناقصات العامة الكويتي لسنة ٢٠١٦ على قيد الترخيص في التعاقد، إذ جاء فيه (يجوز للجهات العامة التي تسري عليها أحكام هذا القانون أن تتعاقد لأي غرض من الأغراض المنصوص عليها فيه بدون إذن من الجهاز وبالطريقة المناسبة... إذا لم تزيد قيمة التعاقد عن (٧٥.٠٠٠) خمسة وسبعين ألف دينار كويتي... على أن تزود الجهة صاحبة الشأن وزارة المالية بتقارير دورية كل ستة أشهر بالتعاقدات التي تتم في حدود هذا النصاب...)^(٤)، ومن ثم إذا كانت قيمة التعاقد تساوي هذا النصاب أو أقل منه فلا يشترط بالجهة صاحبة الشأن في التعاقد مراعاة شرط الحصول على موافقة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، وإنما يمكنها إبرام العقد من دون الحاجة لموافقة، كما إن المشرع الكويتي قد تنبأ لإمكانية التحايل على هذه المادة، فالزم الجهات الإدارية بضرورة تزويد وزارة المالية بتقارير دورية كل ستة أشهر بالتعاقدات التي تتم في حدود هذا النصاب.

وفي العراق، فقد ألزمت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ جهات التعاقد بضرورة الحصول على الموافقات الأصولية قبل إعداد وثائق المناقصة، إلا أنها فرقّت بين الموافقات الأصولية للمشاريع أو المناقصات الممولة من الموازنة الاستثمارية، وبين المشاريع الممولة من الموازنتين الجارية والتشغيلية، ففيما يتعلق بالمشاريع الممولة من الموازنة الاستثمارية نصت على أنه (لا يجوز للوزارة المعنية إدراج أي مشروع

(١) المادة (١٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (١٩) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

في الموازنة الاستثمارية الاتحادية دون استحصال مصادقة وزارة التخطيط على ما منصوص عليه في الفقرة (أ) من هذا البند وتحمل الوزارة والجهة طالبة المشروع المسؤولية بخلاف ذلك^(١).

ونرى في هذا الشأن إن النص أعلاه يقتصر نطاق سريانه على الوزارات فقط عبر اشارته إلى (لا يجوز للوزارة المعنية)، ما يجعله لا يتلاءم مع نطاق سريان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الوارد في المادة الأولى^(٢)، الذي لا يقتصر على الوزارات فحسب، وإنما يمتد إلى غيرها من جهات التعاقد، فكان الأجدر أن تكون صياغة النص بالشكل الآتي (لا يجوز لجهة التعاقد....)، فهو أوسع وأشمل من النص الحالي، كما إنه يتفق مع نطاق سريان التعليمات.

أما ما يخص المشاريع أو المناقصات الممولة من الموازنتين الجارية والتشغيلية، فقد ألزمت جهة التعاقد (استحصال الموافقات الأصولية من جهة التعاقد على تنفيذ مقاولات الترميم أو تجهيز السلع أو الخدمات مع مراعاة الصلاحيات المالية النافذة)^(٣)، ولنا على هذا النص بعض من الملاحظات نوجزها في الآتي:

أولاً: عدم الدقة في صياغة النص، إذ ألزمت التعليمات جهة التعاقد باستحصال الموافقات الأصولية من جهة التعاقد، فكيف يكون ذلك؟

(١) المادة (٢/أولاً/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. نصت الفقرة (أ) من البند أولاً من المادة (٢) على (إعداد دراسة الجدوى الفنية والاقتصادية أو التقارير الفنية ودراسات الكلفة والمنفعة والتصاميم وجدول الكميات للمشاريع الاستثمارية وفقاً لتعليمات وزارة التخطيط متضمنة الكلفة التخمينية للمشروع يرافق مع استمارة المشروع عند مناقشة إدراجه في الموازنة الاستثمارية، ويستثنى من ذلك مشاريع تفكيك ومعالجة المنشآت النووية المدمرة والمخلفات الكيماوية). وهذا ما نص عليه أيضاً قانون الموازنة العامة الاتحادي رقم (٢٣) لسنة ٢٠٢١ إذ جاء في المادة (٢/أولاً/٦/أ) (عدم إدراج أي مشروع استثماري في الموازنة الاستثمارية وبرامج تنمية الأقاليم إلا بعد موافقة وزارة التخطيط لغرض استكمال انجاز المشاريع كافة وفق التوقيعات المحددة في دراسة الجدوى وبالتالي ضمان دخولها الخدمة).

(٢) (أولاً / تسري أحكام هذه التعليمات على أ_ العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الأعلى والأمانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية)، ينظر المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) المادة (٢/ثانياً/هـ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

ثانياً: عند التمعن في قراءة النص نجد أن استحصال الموافقات الأصولية يكون على تنفيذ مقاولات الترميم أو التجهيز والخدمات، وهذا لا يتسق مع العنوان العام للمادة الذي جاء تحت مسمى (المتطلبات قبل إعداد وثائق المناقصة)، فالموافقة في النص محل البحث تكون لغرض تنفيذ العمل، وهي في هذا الحال تختلف عن التصريح بالتعاقد السابق على تنفيذ العقد، فكيف تستحصل موافقة على التنفيذ والمشروع لا يزال في مراحله الأولية.

وفضلاً عما تقدم، فإن الباحث يرى أن النصوص الواردة في التشريع العراقي (تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤) المذكورة سلفاً هي مما يستشهد بها الفقهاء^(١)، والباحثين^(٢) عن حديثهم عن الموضوع الذي نحن بصدد، وهي نصوص لا علاقة لها في موضوع الترخيص بالتعاقد، بل هي عبارة عن موافقات إدارية ممهدة لمشروع العقد المراد طرحه مستقبلاً، أما استحصال موافقة وزارة التخطيط الواردة في نص المادة (٢/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية -المذكور سلفاً- فلا يمكن عدّها تصريحاً بالتعاقد أيضاً لأن النص ذاته جعل هذه الموافقة مقيدة بالموضوعات الواردة في نص الفقرة (أ) من المادة (٢/أولاً) من التعليمات، فكل ما يترتب على مصادقة وزارة التخطيط هو إدراج مشروع المناقصة ضمن مشروع الموازنة الاستثمارية للسنة القادمة وليس تصريحاً للإدارة في البدء بإجراءات المناقصة، فلا يمكن للإدارة الرغبة بإبرام العقد أن تعلن عن المناقصة بعد حصول موافقة وزارة التخطيط وقبل إقرار مشروع قانون الموازنة، لأن التصريح بالتعاقد لا يكون إلا في صورة الموافقة على مشروع قانون الموازنة، فلا تصريح بالتعاقد قبل تشريع قانون الموازنة العامة الاتحادي.

(١) د. بسام صبار العاني وابتسام حامد، القيود الواردة على إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، الجزء الأول، ٢٠١٧، ص ٢٧٩ - ٢٨٠. وأيضاً د. نجيب أحمد خلف الجبوري، مصدر سابق، ص ١٥٢. وكذلك د. ذكرى عباس علي ود. محمد حميد علي، الاذن (الترخيص) بالتعاقد في إطار اللامركزية الإقليمية والمرفقية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد ٢، عدد ٢، ٢٠١٨، ص ٢٣٥.

(٢) د. تامر محمد إبراهيم، التعاقد الإداري عن طريق المناقصات العامة، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢١، ص ١٠٥. وأيضاً م. ابتسام حامد راضي، القيود الواردة على إجراءات التعاقد وأثرها على إبرام العقد الإداري في ظل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، عدد ٤٥/١، ٢٠٢٠، ص ٣١٨. وكذلك رقيه محمد عبيد، التعاقد بطريقة المناقصة والرقابة عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص ٦٥ - ٦٦.

الفرع الثاني

أثر تخلف الترخيص على إحالة المناقصة

أوضحنا أن التصريح بالتعاقد يعد إجراء من الإجراءات السابقة على إحالة المناقصة، وعندما يتوافر هذا التصريح فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية - كقاعدة عامة- في إبرام عقودها، فإذا لم يصدر التصريح ولم تبرم الإدارة عقدها فإننا نكون أمام عقد معدوم مادياً، فهو لم يوجد قط، ولا نزاع في ذلك، ولكن إذا لم يصدر التصريح بالتعاقد في الحالات التي أوجب المشرع صدوره، وأبرمت الإدارة العقد فهنا نكون أمام عقد وجد في الواقع، ولكن شابه عيب عدم المشروعية، نتيجة مخالفة الإدارة للقواعد القانونية الملزمة، وعليه نتساءل عن مصير العقد الذي تبرمه الإدارة من دون الترخيص في التعاقد؟

إن الأثر المترتب على مخالفة الإدارة لقيود الترخيص بالتعاقد هو بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، لأن القواعد المتعلقة بالأذن بالتعاقد هي قواعد متعلقة بالنظام العام^(١)، ولا يجوز تصحيح العقد بإصدار إذن أو إجازة لاحقة لأن الأخيرة من شأنها تشجيع الإدارة على الاستمرار في ارتكاب مثل هذه المخالفات^(٢)، وتطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في شباط سنة ١٩٨١، عدم قيام الرابطة العقدية وبطلان العقد لأن المجلس البلدي لم يصرح لرئيس البلدية بالتعاقد، كما أنه لم يصدق على إجراءات التعاقد التي قام بها^(٣).

وهو ما استقرت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أيضاً، إذ جاء في فتاها (١٠٠٠) إذا كانت السلطة التشريعية وهي مستقلة عن السلطة التنفيذية ولم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب بل منعدمة اطلاقاً، إذ إن انفراد السلطة التنفيذية في مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع يعد طغياناً على السلطة التشريعية وبعدم إرادة الدولة، ومتى انعدمت الإرادة التي تعد العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً في نظر القانون، وإنما هو واقعة مادية بحتة، ومن ثم يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار، إلا أن هذه الآثار تقف عند الآثار المستقبلية دون الماضية، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيساً على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسؤوليته عن

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٢٧.

(٢) د. تامر محمد إبراهيم، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٣) د. عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٠٧.

خطأ الدولة، وهذا البطلان لا تصححه الإجازة اللاحقة حتى ولو كانت بقانون...^(١)، ولا يصحح تنفيذ العقد من جسامه العيب الذي لحق إبرام العقد الإداري، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر عام ٢٠١٠، إذ جاء في حكمها (... كما لا ينال مما تقدم القول بتأبي الحكم ببطلان العقد بعد أن دخل حيز التنفيذ، ذلك أنه من المقرر قانوناً أن البدء في تنفيذ العقد لا يحول دون الحكم ببطلانه لما قد شابه من عيب جسيم...)^(٢).

ولا يستطيع الشخص الذي تعاقدت الإدارة معه من دون الحصول على إذن في التعاقد أن يحتج بهذه الرابطة التعاقدية، لأن الإدارة تكون - والحال هذا - غير مقيدة بأية رابطة تعاقدية تجاهه، ولكنه يستطيع بطبيعة الحال المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أو شبه التعاقدية^(٣)، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بحق المتعاقد الفعلي^(٤) الذي لا تربطه أي رابطة تعاقدية مع الإدارة بسبب عدم وجود مداوات سابقة صادرة بالترخيص في التعاقد، مما يجعل العقد مشوباً بالبطلان أقر المجلس حينها بحقه في التعويض عما قام به من أعمال نافعة لصالح الإدارة، متى تمت تلك الاعمال برضاء الإدارة، وذلك عن الأعمال والتجهيزات الكهربائية التي قام بها لصالح البلدية^(٥).

(١) فتوى الجمعية العمومية رقم (١٦٢) في ١٩٥٤/٩/٢٢، نقلاً من مصطفى كامل محمد علي، مصدر سابق، ص ٤٩٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم (٣١٣١٤) سنة ٥٦ قضائية، في ٢٠١٠/٩/١٤، نقلاً من موقع المطابع الاميرية.

(٣) لأنه في أغلب الحالات التي يتم فيها إعلان بطلان العقد، تكون هناك أدعاءات عقدية قد نُفذت من قبل المتعاقد مع الإدارة قبل إعلان بطلان العقد، فلا يستطيع حينها الطرف المقابل للإدارة، الحصول على مقابل الأداءات المنفذة بالاستناد إلى العقد، وذلك بسبب إعلان بطلانه، فيأتي هنا دور شبه العقد ليعوضه على أساس العلاقة شبه العقدية بينه وبين الإدارة، ليعيد شيء من التوازن إلى أطراف العلاقة الباطلة، ينظر بالسعيد زينه، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١١ - ٢٠١٢، ص ٢٥.

(٤) ويطلق مصطلح المتعاقد الفعلي أو شبه المتعاقد على من قام بتنفيذ عقد ناقص لم يبرم بصفة نهائية لكون الإدارة لم ترخص بإبرامه، ينظر د. أحمد فتح الله أبو سكين، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٤١.

(5) G.BAYLE, L'Enrichissement sans cause en droit administrative, Thèse, Paris, 1973, P.81.

نقلاً من د. محمد الحلاق د. عمار التركاوي، الطبيعة القانونية لشبه العقد الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، مجلد ٤١، عدد ٥، ٢٠١٩، ص ٦٩.

أما في العراق فنجد أن البعض^(١) يجعل العقد الذي تبرمه الإدارة من دون الحصول على الإذن القانوني موقوفاً على إجازة السلطة المختصة طبقاً للقواعد العامة، وقد شيدوا رأيهم هذا على ما قضت به محكمة التمييز العراقية آنذاك في حكم لها تقول فيه (...إن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري ومثل هذا العقد لا ينعقد إلا بعد موافقة هيئات إدارية عينها قانون أصول المحاسبات العامة رقم (٢٨) لسنة ١٩٤٠، فالرابطة التعاقدية في مثل هذا العقد الإداري لا تتم إلا بعد أخذ رأي الهيئات الأخرى، وإذا كان ذلك فلا يصح القول بأن العقد السابق قد تجدد بين الطرفين لمجرد تكليف الشركة بالاستمرار في عملها حتى بعد إبرام العقد عن المدة الجديدة، لأن الأمر يتطلب إجراءات خاصة وموافقة هيئات معينة...^(٢)، في حين يرى جانب آخر من الفقه^(٣) إن إبرام الإدارة للعقد من دون الحصول على الإذن القانوني يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً، مساييرين بذلك ما ذهب إليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا.

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني، لأن الاختصاص من النظام العام، فإبرام الإدارة لتعاقداتها من دون الحصول على ترخيص بالتعاقد من الجهة المختصة قانوناً يجعلها قد تجاوزت حدود اختصاصها واعتدت على اختصاص سلطة أخرى.

(١) د. رياض عبد عيسى الزهيري، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي، مصدر سابق، ص ٣٦٩، وأيضاً نجيب خلف أحمد الجبوري، مصدر سابق، ص ١٥٢. هاتف كاظم جاسم الموسوي، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٢) حكم محكمة التمييز العراقية، رقم (١٥٨ _ ٩٦٦) في ١٩٦٦/٧/٢٨، منشور في مجلة التدوين القانوني، السنة الخامسة، العدد ٢، كانون الأول ١٩٦٦، ص ٢٠٨.

(٣) د. إبراهيم طه الفياض، مصدر سابق، ص ١٤١. د. فاروق احمد خماس و د. محمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العام للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٧٥. حيدر طالب محمد علي شذر، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري في العراق دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق _ جامعة النهرين، ٢٠٠٤، ص ٩٦.

الفصل الثاني

أحكام الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية

من المسلم به إن العقد الإداري شأنه شأن أي عقد قانوني آخر لا ينعقد إلا بتلاقي رضا كل من الطرفين المتعاقدين برضا الطرف الآخر، فلا ينعقد بمجرد تقديم المناقصين لعطاءاتهم، إذ لا يعدو إجراء تقديم العطاء إلا إيجاباً، ولا يكون له أثر أو قيمة قانونية إلا بعد صدور قرار الإحالة من السلطة المختصة، إذ يمثل صدور قرار الإحالة في إطار العقود الإدارية القبول الذي يقترب مع إيجاب المناقص، إلا أن إفصاح الإدارة عن إرادتها أو رغبتها بالتعاقد عادة ما يسبقه طائفة من الإجراءات التي تمهد وتهيئ له، لهذا فقد حرصت التشريعات على تنظيم مرحلة الإحالة بصورة دقيقة بما يضمن اختيار أفضل العطاءات وأنسبها مالياً وفنياً، وبما يتفق مع معايير المفاضلة بين العطاءات المعتمدة من قبل الجهة الإدارية الراغبة بالتعاقد.

وقد أسندت التشريعات مهمة اختيار المناقص إلى لجان مختصة تتوزع على الأغلب بين لجنتين، تختص اللجنة الأولى بفتح العطاءات، بينما تختص اللجنة الثانية بتقييم العطاءات واختيار أنسبها مالياً وفنياً، إلا أن اختيارها ليس إلا اختياراً أولياً أو مؤقتاً، ولا يكون هذا الاختيار نهائياً إلا بالمصادقة عليه من قبل السلطة المختصة بالمصادقة قانوناً، ولهذه السلطة إمكانية رفض المصادقة فيما إذا اقتضت ضرورات المصلحة العامة إلغاء المناقصة، أما إذا ارتأت المصادقة فإنها لا تملك المصادقة على غير من عينته لجنة تقييم العطاءات.

على أن التعاقد عن طريق المناقصات تسعى الإدارة عبره إلى تحقيق هدفين أساسيين: الأول تحقيق أكبر وفر وقدّر مالي ممكن عبر اختيار الإدارة للمتعاقد الذي يقدم أفضل عطاء من حيث الشروط المالية والفنية، والهدف الثاني تمكين الإدارة من اختيار المتعاقد الكفاء والأقدر فنياً على تنفيذ المشروع الذي تحرص الإدارة على تحقيقه، ولا يمكن تحقيق هذه الأهداف إلا إذا راعت الإدارة المبادئ التي تحكم المناقصة، التي تتمثل بمبدأ العلانية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، التي من شأنها أن توسع دائرة التنافس، بخلق ضمانات حقيقية تبعث على اطمئنان مقدمي العطاءات والثقة في تعاملات الإدارة، فإذا ما تم الاختلال في مبادئ المناقصة لما أمكن الوثوق في نتائجها والاطمئنان إلى إجراءاتها، إذ تمثل هذه المبادئ المقدمة الحقيقية لإحالة ناجحة، وعليه ارتأينا لأجل الإحاطة بما تقدم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، سنبين في المبحث الأول الإجراءات السابقة على الإحالة إلى التعاقد، وفي حين سنبين في المبحث الثاني اللجان المختصة في الإحالة إلى التعاقد.

المبحث الأول

الإجراءات السابقة على الإحالة إلى التعاقد

يتوجب على الجهات الإدارية الراغبة في التعاقد اتباع الأحكام المنصوص عليها في التشريعات التي تنظم عملياتها التعاقدية، فقد فرض القانون مجموعة من الإجراءات التي يتعين عليها استيفائها قبل المصادقة على قرار إحالة المناقصة لأجل أن يكون اختيارها لأفضل عطاء مبنياً على أسس صحيحة، وتأسيساً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنبيين في المطلب الأول مبادئ المناقصة الرامية إلى الإحالة على أفضل عطاء، بينما سنوضح في المطلب الثاني تقديم العطاءات.

المطلب الأول

مبادئ المناقصة الرامية إلى الإحالة على أفضل عطاء

تخضع المناقصة العامة إلى مجموعة من المبادئ الحاكمة لها واجبة الاتباع، التي لا يجوز الاستغناء عنها، فهي ضرورية ولازمة للوصول إلى الغرض الذي تجري من أجله المناقصة، ما يساهم في المحافظة على مصلحة الدولة المالية وجودة تقديم الخدمة، فتلك المبادئ تمنع العبث في إجراءات المناقصة والتلاعب في نتائجها، فإذا حُجبت عن المناقصة لا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة في نتائجها، وعليه سنفصل هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول مبدأ العلانية، وسنبيين في الفرع الثاني مبدأ المنافسة، أما الفرع الثالث فسنوضح فيه مبدأ المساواة.

الفرع الأول

مبدأ العلانية

يعد مبدأ العلانية من المبادئ المهمة التي تحكم عملية إبرام العقود الإدارية، وذلك لأن وصف المناقصة بالعمومية يعني أنها لعموم من تتوفر فيهم شروط الاشتراك فيها، وقد أكدت تشريعات الدول محل المقارنة على مبدأ العلانية في المناقصات العامة إلا أنها لم تورد تعريفاً له، وإنما تركت ذلك للفقهاء الذي أشار إليه في تعريفات عدة من بينها (دعوة جميع الراغبين بالتعاقد للاشتراك في المناقصة المعلن عنها، وإبلاغهم

عن كيفية الحصول على شروط المناقصة، ونوعية المواصفات المطلوبة، وزمان إجراء المناقصة^(١)، في حين عرّفها آخر بأنها (معرفة الكافة بأن الدولة سوف تباع أو تشتري أو تؤجر أو سوف تقوم بشغل عام لكي لا تيرم العقود الإدارية في اجواء تشويها الريبة ويحوم حولها الشك)^(٢)، أو بأنه (دعوة للمتاقصين أو المزايدين للاشتراك في المناقصة أو المزايدة حسب الشروط والأوضاع المحددة لذلك)^(٣).

فعلائية المناقصة هي المقدمة الحقيقية لوضع مبادئ المنافسة الحرة والمساواة الفاعلة وتكافؤ الفرص، موضع التطبيق العملي، أو الواقع الفعلي، إذ لا يمكن أن نتصور أن أيا من المبادئ سالفة الذكر يمكن أن يتحقق إذا كانت رغبة جهة الإدارة في التعاقد قد تمت بطريقة سرية، تكفل العلم بموضوع التعاقد فقط لمجموعة محددة أو معروفة لها بشكل مسبق، لا بطريقة علنية تكفل لكافة الراغبين في التعاقد العلم بموضوع التعاقد والإجراءات والشروط الموضوعية التي يتم التنافس على أساسها، خاصة أن حماية المصالح المالية للدولة والمصالح العليا للمواطنين يتطلب أن يتم تعاقد الجهات الإدارية مع من تتوافر فيه الكفاءة الفنية والمالية والاستعداد لتقديم أفضل خدمة أو منتج وبأقل تكلفة أو سعر ممكن من المتعاملين في النشاط موضوع العقد^(٤).

الأمر الذي يحتم في الواقع ضرورة فتح الباب أمام أكبر عدد من هؤلاء المتعاملين، وهو ما يتطلب ضرورة الإعلان عن موضوع التعاقد، ذلك الإعلان الذي ليس له من هدف، سوى إيصال كل المعلومات الأولية المتعلقة بموضوع التعاقد إلى علم كل من يجد في نفسه أو تكون لديه القدرة والمعطيات اللازمة لدخول المنافسة لتنفيذ هذا الموضوع^(٥).

(١) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، الجزء الأول، الناشر: المتحدون، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٤٤.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٦٢.

(٣) د. إبراهيم طه الفياض، مصدر سابق، ص ٦٥.

(٤) ريم علي احسان محمد العزاوي، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٥٠.

فالعلانية إذن إجراء جوهري وهام ليس فقط لإعلام كل من يهمهم التقدم للتعاقد وإنما أيضا للنأي بجهة الإدارة عن الشك أو الانتقاد إذا ما قصرت الاشتراك على فئة محددة من المناقصين^(١)، فبموجبه يكون المناقصون مطمئنين من سلامة المناقصة، وعدم وجود أي تواطؤ بين الإدارة وأحد المتنافسين^(٢).

والإعلان عن المناقصة ما هو إلا دعوة للتعاقد، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة ٢٠٠٦ في إحدى توجهاتها (...الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة ليس إلا دعوة الى التعاقد، وأن التقدم بالعرض وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد...)^(٣).

وقد اختلف الفقه القانوني إلى اتجاهين حول ما يتحقق به مبدأ علانية المناقصة، فقد ذهب جانب من الفقه^(٤) إلى أن الإعلان والعلانية وجهان لعملة واحدة طالما أن العلانية لا تتحقق إلا من خلال الإعلان، والأخير يهدف أساسا إلى تحقيق العلانية، فبدون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للعلانية، هذا ويقصد بالإعلان عن التعاقدات الحكومية إحاطة المتنافسين كافة بالمعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بمضمون وإجراءات هذه التعاقدات والتي تشكل في حقيقتها ضمانات لنجاح تلك التعاقدات.

بينما اتجه الجانب الآخر من الفقه^(٥) إلى أن الإعلان ما هو إلا عنصر من عناصر مبدأ العلانية، لأن العلانية تشمل الإعلان ونشر الإجراءات وتسبب القرارات، إذ يشكل الإعلان أحد مظاهر مبدأ العلانية.

(١) د. محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٨٧.

(٢) د. مازن لبلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧١. وأيضا د. نافع تكليف مجيد، الإعلان عن المناقصة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٧ العدد ١، السنة ٢٠١٥، ص ٣٢٢ - ٣٢٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٨٥٩١) سنة ٤٨ قضائية، في ٢٠٠٧/٣/٧.

(٤) د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢. أيضا د. علي نجيب حمزة، بحث في القانون العام، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ١٢. كذلك د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٥) د. عاطف عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات المزادات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٨٢. وأيضا د. سعاد شرقاوي، مصدر سابق، ص ٢٧١. وكذلك د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط و ضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١١٥.

ونحن بدورنا إذ نؤيد ما ذهب إليه الرأي الأخير، نظرا لما يمثله من حقيقة لمعنى اصطلاح العلانية خاصة في مجال المناقصات العامة، إذ يتسع معنى العلانية ليشمل مختلف الإجراءات التي تقوم بها الإدارة من قبيل تسبيب القرارات ونشرها وغيرها من الإجراءات والقرارات الأخرى.

ومن هنا فقد حرصت التشريعات المرتبطة بالتعاقدات الإدارية في الدول محل المقارنة على تبني مبدأ العلانية من خلال الإعلان عن تلك التعاقدات، ففي فرنسا فقد نص قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على مبدأ علانية التعاقد والزام الجهات الإدارية الخاضعة لهذا القانون بضرورة مراعاة تطبيق مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية وشفافية الإجراءات^(١)، كما نص على ضرورة تشجيع المنافسة على أوسع نطاق بما يحقق مصلحة الإدارة، عبر قيام الجهات الراغبة في التعاقد بالإعلان عن رغبتها بإبرام العقد وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها في الأمر المذكور^(٢).

وفي مصر فقد نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ ضمن الأهداف التي يسعى هذا القانون إلى تطبيقها على مبدأ العلانية، وجاء فيه (يهدف تطبيق أحكام هذا القانون إلى: ٣- تعزيز مبادئ الحوكمة وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة...) ^(٣)، كما نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ على (إتاحة الفرصة لكافة الراغبين من المتعاملين المستوفين للشروط الواردة بالقانون وهذه اللائحة للمشاركة في المناقصات... وأن تستند الإجراءات على مبادئ العلانية والمساواة وتكافؤ الفرص...) ^(٤).

أما ما يخص موقف المشرع الكويتي فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (...وتخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية...) ^(٥).

وفيما يتعلق بموقف التشريع العراقي فقد نص أمر سلطة الائتلاف (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤ على (أن تكون إجراءات الدعوة العامة تنافسية وتامة وعادلة وعلنية إلى أقصى حد ممكن...) ^(٦)، كما نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ في تعريفها للمناقصة العامة وجاء فيه (وينفذ هذا الأسلوب بإعلان الدعوة

(١) المادة (٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (١_ ٢١٣١) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٤) المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٥) المادة (١٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٦) القسم (١/١/أ) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة وأن تتسم الإجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية...^(١).

وبهذا يتضح لنا اتفاق الدول محل المقارنة في النص ضمن تشريعاتها المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية على مبدأ العلنية كأحد المبادئ الحاكمة لمناقضاتها، وذلك لضمان مشاركة فعالة من قبل الراغبين بالتعاقد ما يمنح الإدارة إمكانية اختيار أنسب العروض المقدمة، بما يحقق الأهداف التي تسعى إليها عبر إعلانها عن رغبتها بالتعاقد.

الفرع الثاني

مبدأ المنافسة

إن العلاقة التعاقدية بين الأفراد تسودها البساطة والحرية الكاملة، كما إن إبرام العقود محكوم بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، على عكس التعاقدات الإدارية التي تكون محكومة بأساليب وإجراءات قانونية يجب عليها اتباعها كونها ملزمة بالحرص على مصالح الدولة المالية عبر اختيار أكفأ المتنافسين من الناحية المالية والفنية^(٢)، وهذا لا يتحقق إلا إذا راعت الإدارة جملة من المبادئ، ومن بينها مبدأ المنافسة الذي عن طريقه يتنافس أكبر عدد ممكن من المقاولين والشركات للمشاركة في المناقصات الحكومية^(٣).

وعرفت محكمة النقض الفرنسية مبدأ المنافسة في قرارها الصادر في ٢٣/٥/١٩٩٨ بقولها (...إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العقد عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا...)^(٤)، كما عرفت محكمة القضاء الإداري مبدأ المنافسة في أحد أحكامها فائلة (...المقصود بحرية المنافسة هو حق

(١) المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) د. أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٧١.

(3) Andre Maurin, Droit Administratif, 11 edition, Dalloz, Paris, 2018, p. 97.

(٤) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٣٧٨.

الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لاحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء سواء كان عاما أو خاصا...^(١).

في حين أشار القضاء العراقي إلى مفهوم مبدأ المنافسة في أحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه (...لدى التدقيق والمداولة وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، إذ تبين من الأوليات الخاصة بالمقالة رقم (٣٤) والمتعلقة بهدم المدارس الطينية وغير النظامية وإعادة انشاء مدارس... بأن جهة الإحالة وجهت دعوة مباشرة إلى أربع شركات لتنفيذ المناقصة المذكورة دون اللجوء إلى المناقصة العامة بإعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في الاشتراك في تنفيذ المناقصة...)^(٢).

وعلى مستوى الفقه فقد عُرف مبدأ المنافسة بتعريفات متعددة أهمها التعريف الذي عرفه بأنه (فسح المجال أمام الأشخاص ممن تتحقق فيهم الشروط المطلوبة في المناقصة من أجل التقدم بعروضهم أمام الجهة الإدارية المختصة قانونا لإبرام العقد الإداري وفق الشروط المحددة مسبقا وليس لها أن تستخدم سلطتها التقديرية بقصد تحديد الأشخاص أو الفئات التي ترغب عي في اشتراكهم واستبعاد من لا يروق لمزاجها)^(٣)، وعرفه اتجاه آخر بأنه (فتح باب التزام الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة)^(٤)، أو أنه (حرية الدخول للمناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون)^(٥)، في حين عرّفه جانب آخر بأنه (اعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتجين للمهنة التي تخص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة للتعاقد

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٧٣٢ لسنة ٨ ق، ١٩٥٧/٤/٢، نقلا من د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٥١٣.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٤٠١ م/ ٢٠١١ في ١٤ / ١١ / ٢٠١١، أشار إليه أحمد فاهم مسلم، مصدر سابق، ص ٣٢.

(3) Gibal Michel, Le nouveau code des marches publics, une réforme composite, la semaine juridique, juris classeur périodique, édition générale, Ne 16 17, Paris, 2004, P.722

(٤) د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٤٩٦.

(٥) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٤٠.

عليه أن يتقدموا بعباءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي، فلا يجوز للإدارة أن تبعد أيّاً من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة^(١).

ومن خلال استعراض التعاريف السابقة فإن لمبدأ المنافسة مجموعة من الأسس تتمثل بما يلي^(٢):

١- وجوب إتاحة الفرصة لجميع الموردين أو المقاولين ممن تتوافر فيهم الأهلية اللازمة والعاملين في النشاط موضوع المناقصة، للدخول في المناقصات التي تطرحها جهة الإدارة.

٢- وجوب عدم إخلال جهة الإدارة بأي شرط من شروط المنافسة بما يعيق تحقيق حرية المنافسة.

٣- وجوب تقيد جهة الإدارة بالقانون فيما يتعلق بالاستبعاد أو الحرمان، وليس لها مطلق الحرية في ذلك إلا في الحدود التي تعرض المصلحة العامة للخسارة أو الضرر.

ولمبدأ المنافسة أهمية كبيرة كونه يفتح المجال أمام أكبر عدد من المنافسين للاشتراك في المناقصة لتحقيق أكبر وفرة مالية لخزينة الدولة، فضلاً عن أنه يحقق سلامة ونزاهة عملية التعاقد، لذلك فإن المناقصة تعد المجال الحقيقي لتطبيق مبدأ حرية المنافسة^(٣)، كما إن مبدأ المنافسة يؤدي إلى تشجيع التسابق بين المنافسين فيما بينهم من أجل الفوز بالعقد كونه يتلاءم مع فكرة الحرية الاقتصادية^(٤).

ومن جانب آخر فإن مبدأ المنافسة يلبي تطلعات طالب التعاقد مع الإدارة في السعي إلى تقديم أفضل عرض يستطيع تقديمه ليحظى بفرصة الفوز بالتعاقد، فهذا المبدأ يشجع المقاول أو المورد للتنافس مع الآخرين في البحث عن العطاء الأفضل الذي قد يؤهله إلى إحالة المناقصة إليه^(٥).

(١) حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق_ جامعة الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٢١.

(٢) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٣) د. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٨.

(٤) د. عارف صالح مخلف، علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، المجلد ١، العدد ٥٤، السنة ٢٠١٢، ص ٢٥٩.

(٥) د. حسن محمد هند ود. محمد حسين علي، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

ولأجل ذلك حرصت تشريعات الدول محل المقارنة الخاصة بالمناقصات على التأكيد عليه، ففي فرنسا أشار المشرع الفرنسي في قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على أن تراعي عقود الشراء العام الخاضعة لأحكام القانون أعلاه مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات^(١)، وهذه المبادئ تسمح بضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للأموال العامة، وقد أكد قانون النظام العام -كما مر معنا سلفاً- على أن لا تكون نتائج الدراسات والمبادلات الأولية التي تقوم بها الجهات الإدارية الراغبة في التعاقد عند تحديدها لاحتياجاتها بما من شأنها تشويه المنافسة أو تؤدي إلى انتهاك حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات^(٢)، وبهذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في ١١/٣/١٩٩٥ بأن وضع المواصفات بصورة أكثر تعقيداً مما هو مفروض في التوريدات محل العقد من شأنه أن يؤدي إلى حصر المشاركة في المنافسة على موردين بذواتهم تتوافر لديهم هذه التوريدات وتمنع آخرين من ولوج باب التنافس، ما يعد اهداراً لمبدأ شفافية المنافسة^(٣).

وفي مصر فقد أكد قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ الجديد على مبدأ المنافسة، إذ نص هذا القانون على الأهداف التي جاء من أجلها، ومنها (تعزيز مبادئ الحوكمة وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص وتجنب تعارض المصالح)^(٤)، كما نص على أن (تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص)^(٥).

لكن ما ينبغي الالتفات إليه أن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ لم تكتفِ بالنص على مبدأ حرية المنافسة ضمن المبادئ الحاكمة للتعاقد بل كانت حريصة على حمايته، لأهميته في ميدان التعاقدات، ولما يتخلف عن انتهاكه من آثار سلبية، ولأجل القضاء على أي ممارسة من شأنها انتهاك مبدأ المنافسة، ألزمت اللائحة التنفيذية الجهات الإدارية بمخاطبة جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات

(١) المادة (٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩

(٢) المادة (١ - ٢١١١) من الجزء التنظيمي من قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) بيو خلاف، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٤) المادة (٢ / ٣) قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٥) المادة (٦) قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

الاحتكارية^(١) في حال إذا ثبت لها وجود اتفاق، أو تعاقد، أو تبادل معلومات، فيما بين المناقصين أنفسهم أو بينهم وبين أحد العاملين بالجهة الإدارية أو إدارة التعاقدات، الذي من شأنه أن يؤدي إلى التلاعب بالأسعار، أو التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عند الدخول في سائر عمليات التعاقدات المختلفة، من قبيل تقديم عطاءات متطابقة، أو الاتفاق مسبقاً على من ترسو عليه المناقصة، أو تقديم عطاءات صورية، أو الاتفاق على منع شخص من التنافس^(٢)، ويرى الباحث أن المشرع المصري قد أحسن صنعا في النص على حماية مبدأ المنافسة، في محاولته للقضاء على أي ممارسات تنتهكها، فالواقع العملي للمنافسات أو المزيادات زاهر بهكذا اتفاقات غير مشروعة.

(١) (ينشأ جهاز يسمى جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية يكون مقره القاهرة الكبرى وتكون له الشخصية الاعتبارية العامة، يتبع الوزير المختص، ويتولى على الأخص ما يلي: (١) تلقى الطلبات باتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والأمر باتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة لحالات الاتفاقات والممارسات الضارة بالمنافسة، وذلك طبقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون...)، مادة (١١) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥ منشور في الجريدة الرسمية عدد (٦) مكرر في ٥/فبراير/ ٢٠٠٥. ويتولى إدارة الجهاز مجلس إدارة يصدر بتشكيله قرار من الوزير المختص، وذلك على الوجه الآتي: (١) رئيس متفرغ من ذوي الخبرة المتميزة. (٢) مستشار من مجلس الدولة بدرجة نائب رئيس يختاره رئيس مجلس الدولة. (٣) أربعة يمثلون الوزارات المعنية برشحهم الوزير المختص. (٤) ثلاثة من المتخصصين وذوي الخبرة. (٥) ستة يمثلون الاتحاد العام للغرف التجارية واتحاد الصناعات المصرية واتحاد البنوك، والاتحاد العام للجمعيات الأهلية والاتحاد العام لحماية المستهلك والاتحاد العام لعمال مصر، على أن يختار كل اتحاد من يمثلته. وتكون مدة المجلس أربع سنوات قابلة للتجديد لمدته واحدة...) المادة (١٢) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥.

(٢) (على الجهة الإدارية إخطار جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في حال ما إذا تبين لها وجود اتفاق أو تعاقد أو تبادل معلومات بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو تنسيق من خلال الغير سواء كان ذلك بين أي من المختصين بإدارة التعاقدات أو غيرهم من الموظفين بالجهة، وصاحب العطاء، أو بين أصحاب العطاءات فيما بينهم، أو المتزايدين، أو غيرهم من المتعاملين مع الجهة بحسب الأحوال، والذي من شأنه أن يؤدي إلى: ١- رفع، أو خفض، أو تثبيت أسعار المنتجات محل التعامل. ٢- اقتسام الأسواق، أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو نوعية المنتجات أو الحصص الوقية أو الفترات الزمنية. ٣- التنسيق فيما يتعلق بالتقدم، أو الامتناع عن الدخول في سائر عمليات التعاقدات المختلفة، ويستترشد في قيام التنسيق بعدة أمور، منها على الأخص: (أ) تقديم عطاءات متطابقة، ويشمل ذلك الاتفاق على قواعد مشتركة لحساب الأسعار أو تحديد شروط العطاءات. (ب) الاتفاق حول الشخص الذي سيتقدم بالعطاء، ويشمل ذلك الاتفاق مسبقاً على الشخص الذي يرسو عليه العطاء سواء بالتناوب أو على أساس جغرافي أو على الجهات الإدارية المتقدم لها أو صاحبة الطرح. (ج) الاتفاق حول تقديم عطاءات صورية. (د) الاتفاق على منع شخص من التنافس في تقديم العطاءات). المادة (٥) من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) سنة ٢٠١٩. وهو ذات النص الوارد في المادة (٦) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥.

وفي القانون الكويتي نجد أن قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ قد نص على (وتخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمنافسة الحرة وفقاً للإجراءات المبينة في هذا القانون ولائحته التنفيذية)^(١).

أما في التشريع العراقي، فقد أشار إلى مبدأ المنافسة أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤ إذ نص في مقدمته على (...أخذاً بعين الاعتبار إن مبدأ المنافسة العادلة والعلنية والكاملة أمر ضروري لاقتصاد العراق والتي هي هدف للتجارة الحرة تسعى له كل الأمم...)، كما نص على (أن تكون إجراءات الدعوة العامة تنافسية وتامة وعادلة وعلنية إلى أقصى حد ممكن...)^(٢)، كذلك نص على (تحال العقود العامة وفقاً لأقصى مديات الأسس الممكنة للمنافسة...)^(٣)، كما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ النافذة التي بينت أن (أسلوب التعاقد بطريق المناقصة العامة ينفذ بإعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود ممن تتوافر فيهم الشروط، وإن الإجراءات ينبغي أن تتسم بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح عند اعتماد هذا الأسلوب)^(٤).

وإذا كان الأصل العام في مبدأ المنافسة أنه لا يجوز للإدارة أن تحرم أحد الراغبين في المشاركة من الدخول في المناقصة، إلا إن هذا المبدأ ليس مطلقاً، وذلك لأن العقود الإدارية مرتبطة بالمصلحة العامة، ومن ثم يقع على الإدارة أن تتأكد مقدماً من صلاحية المتنافسين حتى لا تتعاقد مع متنافسين غير جادين يؤدي التعاقد معهم إلى الاضرار بالمصلحة العامة، وعليه يجوز للإدارة حرمان بعض الأشخاص سواء الطبيعية أم المعنوية من الدخول في المناقصة، إذ استقرت التشريعات المقارنة بالنص على حرمان الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من التقدم للمنافسة تحقيقاً للمصلحة العامة.

وتتعدد الأسباب التي تؤدي إلى الحرمان، فقد تكون لعقوبة أصلية أو تبعية أو نتيجة الاختلال بالالتزامات التعاقدية السابقة أو نتيجة الإدراج على القائمة السوداء وهو ما يسمى بالحرمان الجزائي، والأخير على نوعين: إما حرمان بنص القانون كعقوبة تبعية أو تكميلية، كما نص على ذلك قانون العقوبات الفرنسي

(١) المادة (١٤) قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) المادة (١ / أ) من القسم (١) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٣) القسم (٤) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٤) البند (أولاً / المادة ٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

لسنة ١٩٩٣ على حرمان الشخص المرشح للتعاقد من دخول المناقصات والمزايدات العامة حال الحكم عليه بعقوبة جنائية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة، وكذلك المشروع أو الشركة التي يديرها شخص محكوم عليه في جريمة التهرب الضريبي، أو يتصرف باسمها شخص محظور عليه دخول المناقصات والمزايدات الحكومية^(١)، وهو ما نص عليه قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ الخاص بتنظيم تعاقدات الجهات الإدارية في المادة (١-٢١٤١) التي نصت على حرمان الأشخاص الذين صدرت ضدهم أحكام نهائية في جرائم محددة^(٢).

وكذلك الأمر في قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٣٧ الذي نص على (كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية : أولاً: القبول في أية خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيّاً كانت أهمية الخدمة)^(٣)، كما نص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة ٢٠١٨ بأنه (تخطر الجهات المختصة للهيئة العامة للخدمات الحكومية بمن صدر بحقه حكم نهائي في إحدى الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات أو في جرائم التهرب الضريبي أو الكمركي)^(٤).

وفي الكويت أشار الفصل الرابع من قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على مجموعة من الجزاءات التي يوقعها المجلس على المقاولين والموردين ومتعهدي الخدمات من بينها الحذف من السجل والحرمان من الاشتراك لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو الحذف من السجل بصورة دائمة^(٥).

(١) المادة (٩٣) من قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٣.

(٢) (يحرم من إجراءات الشراء الأشخاص الذين صدر بحقهم حكم نهائي بإحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد ٢٢٢_٣٤ إلى ٢٢٢_٤٠، ٢٢٥_٤، ٢٢٥_١، ٢٢٥_٤، ٣١٣_٣، ٣١٤_١، ٣٢٤_١، ٣٢٤_٥، ٣٢٤_٦، ٤٢١_١ إلى ٤٢١_٢، ٤٢١_٤، ٤٢١_٥، ٤٣٢_١٠، ٤٣٢_١١، ٤٣٢_١٢ إلى ٤٣٢_١٦، ٤٣٣_١، ٤٣٣_٢، ٤٣٤_٩، ٤٣٤_٩، ٤٣٥_١، ٤٣٥_٣، ٤٣٥_٤، ٤٣٥_٩، ٤٣٥_١٠، ٤٤١_١ إلى ٤٤١_٧، ٤٤١_٩، ٤٤٥_١ إلى ٤٤٥_٢ أو ٤٥٠_١ من قانون العقوبات، والمواد ١٧٤١ إلى ١٧٤٣، ١٧٤٦ أو ١٧٤٧ من قانون الضرائب العامة... وكذلك للجرائم المماثلة المنصوص عليها في تشريعات دولة عضو أخرى في الاتحاد الأوروبي...).

(٣) المادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ المعدل.

(٤) المادة (٩٣) قانون تنظيم التعاقدات التي تجريها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٥) الفقرة (ج) من البند (١) من المادة (٨٥) قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

في حين نص قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ المعدل على حرمان الاشخاص من المشاركة كعقوبة تبعية من خلال النص على (للمحكمة عند الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بالحبس مدة تزيد على السنة أن تقرر حرمان المحكوم عليه من حق أو أكثر من الحقوق المبينة ادناه لمدة لا تزيد على سنتين ابتداء من تأريخ العقوبة أو تأريخ انقضاءها لأي سبب كان : ١- تولي بعض الوظائف والخدمات العامة على أن يحدد ما هو محرم عليه منها بقرار الحكم وأن يكون القرار مسبباً تسببياً كافياً)^(١).

وقد يكون الحرمان الجزائي بقرار من جهة الإدارة على المتعاقد معها نتيجة اخلاله بالالتزامات التعاقدية بينهما في السابق أو نتيجة تطبيق بنود عقد حالي، ما يعد معه هذا الجزاء ضمان لجهة الإدارة من التعاقد مع أشخاص لهم سوابق معها أو مع غيرها، وهو ما أكد عليه قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ الذي نص على أن يحرم من الاشتراك في التعاقدات العامة الأشخاص الذي اضطروا - خلال السنوات الثلاث السابقة - إلى دفع تعويضات أو تضرعات أو تمت معاقبتهم بالفسخ أو بأية عقوبة مماثلة بسبب ما اقترفوه من تقصير خطير أو مستمر في الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية حال تنفيذهم عقد امتياز سابق أو أي عقد عام سابق، كما نص على ذلك أيضاً قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ المصري بالقول (يجب فسخ العقد في الحالات الآتية: ١- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد. ٢- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار. ٣- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر... ويشطب اسم المتعاقدين في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (٢، ١)...) ^(٢)، وشطب التعاقد يعني حرمانه من الاشتراك مستقبلاً في المناقصات أو المزايدات التي تطرحها الجهات الإدارية^(٣)، كما نص قانون المناقصات العامة الكويتي لسنة ٢٠١٦ على حرمان كل شركة متعاقدة تعثرت في تنفيذ العقد أو لم تنفذه بالشكل المطلوب من الدخول في مناقصة تالية حتى تسوية المناقصة محل الخلاف^(٤).

(١) المادة (١٠٠) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، منشور بالوقائع العراقية بالعدد (١٧٧٨) في ١٥/٩/١٩٦٩.

(٢) المادة (٥٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٤) البند (٢) من المادة (٨٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

كما منع القانون العراقي من المشاركة في المناقصات الحكومية لحالات نص عليها أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤ تجاه بعض الأفراد أو الكيانات ممن ثبت اخلاله المتعمد بأداء العقد^(١).

الفرع الثالث

مبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة أمام القانون مبدأ دستورياً^(٢)، وقبل أن يكون هذا المبدأ ذا مصدر دستوري فهو مبدأ عام في القانون كرسه مجلس الدولة الفرنسي، ومضمون هذا المبدأ يدل على أن كل شخص لابد أن يتم معاملته بنفس الطريقة التي يعامل بها شخص آخر يكون في نفس المركز القانوني^(٣)، فيقصد بمبدأ المساواة في مجال المناقصات الإدارية معاملة جميع المناقصين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة

(١) ١- لضمان النزاهة في عملية الشراء، قد يمنع الأفراد أو الكيانات من الدخول في المنافسة المتعلقة بالتعهدات العامة الحكومية ووفقاً للأحكام التالية: أ- كما معرف في أنظمة التنفيذ الصادرة بموجب سلطة هذا الأمر، يكون سوء التصرف أساس المنع، على سبيل المثال: أولاً: الإخلال المتعمد بنصوص هذا الأمر أو أنظمة التنفيذ الصادرة وفقاً لسلطة هذا الأمر. ثانياً: التقصير المعتمد بالأداء فيما يتعلق بشرط أو الشروط المادية للعقد العام. ثالثاً: إذا أُدين بجريمة جنائية. رابعاً: سوء تصرف آخر يشير إلى تقصير متعلق بنزاهة العمل، أو صدق العمل الذي يؤثر بشكل خطير ومباشر على قدرة المفاوض بأداء واجبه...، ينظر (القسم ٩ / ١) أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٢) نصت المادة (١) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على (فرنسا جمهورية لا تتجزأ وهي علمانية وديمقراطية واجتماعية وتكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز يقوم على الأصل أو العرق أو الدين...)، كما نصت المادة (٩) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ النافذ على أن (تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز)، كما أكدت على هذا المبدأ المادة (٧) من الدستور الكويتي النافذ فقد نصت على (العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين)، كما نص (٨) منه أيضاً على (تصون الدولة دعائم المجتمع وتكفل الامن والطمأنينة وتكافؤ الفرص)، وفي العراق فقد أكد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على مبدأ المساواة بالنص في المادة (١٤) على (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي).

(٣) د. راضية رحمانى، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في قانون الصفقات العمومية الجزائري، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد ٩، سنة ٢٠١٥، ص ١١١.

والمواعيد والإجراءات المقررة في دفاتر الشروط من دون تفرقة بينهم، وأن يستفيدوا من المعلومات نفسها، وأن يتم تقييم عروضهم من خلال معايير محددة مسبقاً^(١).

ويعد هذا المبدأ مكملاً لمبدأ حرية المنافسة الذي تسعى من خلاله الإدارة المتعاقدة إلى وضع شروط متكافئة لكل المتعاملين الاقتصاديين الذين يرغبون بالمشاركة في المنافسة دون تمييز، وإعمال هذا المبدأ يسمح للإدارة الحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات لتسيير مراققتها بأقل الأسعار وأفضل جودة^(٢)، واستناد لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (... لا يتأتى للتعاققات الإدارية أن تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة إلا بجعل مبدأ المساواة بين المتنافسين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لحد أو استثناء وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج هذه التعاققات عن الهدف الذي تقررت من أجله ويفوت الفرصة من عقدها...)^(٣).

ويقصد بمبدأ المساواة في مجال المناقصات هو (معاملة الإدارة للمتنافسين الراغبين في التعاقد معها متى تشابهت مراكزهم القانونية على قدم المساواة بمناسبة تحديد شروط القبول في هذا الاشتراك، بحيث يكون مكفولاً لهم جميعاً حق تقديم عروضهم، ولا ينبغي أن تكون المساواة بين الأشخاص المرشحين للتعاقد من الجانب القانوني فقط، بل يشترط بالإضافة إلى ذلك أن تكون مساواة فعلية عند التعامل معهم ما داموا مستوفين للشروط المطلوبة، وكذا بمناسبة التدقيق وفحص العروض المقدمة للإدارة واختيار العرض الأفضل من بينها)^(٤)، في حين عرّفه آخر بأنه (إفساح المجال لكل راغب في الاشتراك في المناقصة أو المزايدة لمن

(١) فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، ٢٠٠٩، ص ١١٤.

(٢) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٤، ص ٢٦٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٤٦٨) تمييز إداري، جلسة ٢٠١٥/٦/٣ حكم غير منشور نقلاً من د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لصوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٤) د. عمار عوبيدي، دروس في القانون الإداري، ط ٣، ديوان المطبوعات الجامعية، بلا مكان طبع، ١٩٨٩، ص ٢٥٩.

تتوفر فيهم الشروط المقررة^(١)، كما يقصد به أيضا (ضرورة احترام شروط ومواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المناقصين أو الممارسين دون تفرقة)^(٢).

لذلك يجب على الإدارة أن تلتزم بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا بشروط تقديم العطاءات التي تتضمنها إعلانات المناقصة، ومعايير إرساء العقد كآليات لتقديم العروض، كما يستند مبدأ المساواة إلى دعامة أخرى عبر تكافؤ الفرص بين المتعاقدين، فلا يجوز للإدارة أن تستعمل سلطتها التقديرية لخلق تمايزا قانونيا، أو تفضلا واقعا بين المتنافسين، بأن تمنح أحدهم امتيازات، أو تضع عقبات على البعض دون البعض الآخر، كما لا يجوز لها أن تعفي بعض المتنافسين من شروط معينة مادامت لا تعفي الآخرين، أو أن تطلب من المتنافسين تقديم مستندات لا تتوفر إلا لدى أحدهم أو بعضهم^(٣).

وفي هذا المعنى يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن القضاء يعترف للمتنافسين بمقاضاة مشروعية الإجراءات، وذلك إذا لم يوضع كل المتنافسين طبقا لهذا الإجراء على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوب استيفاءها^(٤).

ويتحقق إخلال الإدارة بمبدأ المساواة في مجالين هما^(٥):

١- عندما تعلن الإدارة إرساء المناقصة على من لم يقدم العرض الأفضل من بين المتنافسين، وبذلك تكون قد أقصت تعسفا من قدم العرض الأفضل، والمفاضلة بين العارضين تقضي بإرساء المناقصة على من قدم أكثر العروض فائدة بالنسبة إلى خزينة الدولة.

٢- عندما تعلن الإدارة إرساء المناقصة على من قدم العرض الأفضل من بين المتنافسين، غير أنها لم تراعى قواعد المناقصة وإجراءاتها القانونية، ومن ذلك مثلا: إبلاغ أحد المتنافسين بالتعديلات الطارئة على دفتر

(١) د. محمد علي سكيكر، موسوعة المناقصات والمزايدات، ط٣، بلا مكان طبع، ٢٠٠٩، ص ١٣.

(٢) عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩، ص ١٠٢.

(٣) د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص ١٢٦.

(٤) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

(٥) د. عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٤٣.

الشروط الخاصة، أو قبول عرض غير مكتمل المستندات، أو السماح لأحد العارضين باستكمال عرضه ورفض ذلك بالنسبة إلى غيره.

وتأسيساً على ما تقدم فقد حرصت تشريعات الدول محل المقارنة في النص على مبدأ المساواة، ففي فرنسا فقد كرس المشرع الفرنسي مبدأ المساواة بين المرشحين في قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ فنص على أن تراعي عقود الشراء العام الخاضعة لأحكام القانون أعلاه مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات^(١)، وفي مصر فقد أشار إليه قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ النافذ وذلك عبر الاهداف التي شرع من أجلها، ومنها (تعزيز مبادئ الحوكمة وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، وتجنب تعارض المصالح)^(٢)، كما نص على أن (تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص)^(٣)، كما أشار إلى ذلك قانون المناقصات العامة الكويتي لسنة ٢٠١٦ بنصه على (...وتخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمنافسة الحرة وفقاً للإجراءات المبينة في هذا القانون ولائحته التنفيذية)^(٤)، أما في العراق فقد أكدت التشريعات ذات الصلة على (أن تكون بموجب المعايير الدولية للشفافية... وأن تتسم بالعدالة والمساواة)^(٥)، كما نصت تعليمات تنفيذ العقد الحكومية لسنة ٢٠١٤ على المعنى ذاته بالقول (...تتسم إجراءات المناقصة العامة بالعمومية والنافسية والعدالة والعلنية والوضوح...)^(٦).

ورغم أهمية هذا المبدأ، إلا أنه يظل أكثر المبادئ عرضة للانتهاك، عبر الممارسات المسجلة على المستوى العملي، إذ أن تواطؤ موظفي الجهات المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين جعل مجال إبرام العقود

(١) المادة (٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٣/٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٣) المادة (٦) قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٤) المادة (١٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٥) القسم ١/١/ب) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٦) المادة (٣/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقد الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

الإدارية مرتعا لجرائم الرشوة والمحاباة، حتى تكونت لدى العام والخاص فكرة مفادها أن الحصول على مناقصة إنما هو نتيجة لصفقة باطنية غير مشروعة^(١).

غير أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات فيصطدم أمام المنافسة القوية التي يمارسها المتنافسون الأجانب مقارنة بالمتنافسين المحليين، لما يتميز به المناقص الأجني من كفاءة وإمكانية تؤهله لإنجاز المشروع المراد طرحه، لذا تسعى بعض التشريعات إلى الخروج عن مبدأ المساواة في المناقصات العامة، عبر إعطاء الأولوية للمنتج أو المنافس الوطني في التعاقدات العامة، بهدف ضمان المصلحة العامة، وإيجاد فرص عمل للمواطنين، أو لتشجيع شراء السلع والخدمات المنتجة محلياً، ومن بين تلك التشريعات ما نص عليه قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة ٢٠١٨ من أن (...مع مراعاة المادة (٤) من القانون رقم (٥) لسنة ٢٠١٥ بشأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية... يعد العطاء المقدم عن الخدمات والأعمال الفنية التي تقوم بها الجهات المصرية أقل سعراً إذا لم تتجاوز نسبة الزيادة فيه (١٥%) من قيمة أقل عطاء اجنبي)^(٢)، كما اشترط القانون الكويتي للتقدم للمناقصات أن يكون المتقدم مواطناً كويتياً، وأن يكون مسجلاً في السجل التجاري، وهو ما عبر عنه قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ إذ نص على (يشترط فيمن يتقدم بعطاء في المناقصات العامة أو المحدودة أو في حالات الممارسة والتعاقد المباشر ما يأتي: أولاً: ان يكون كويتياً فرداً أو شركة مقيداً في السجل التجاري، ثانياً: أن يكون مسجلاً في سجل الموردين أو المقاولين... ويجوز أن يكون الطرح مقتصرًا على الشركات الوطنية في أحوال الأعمال النمطية أو التي يتوافر فيها تخصيصات كافية في السوق المحلية)^(٣).

أما في العراق فقد أعطت التشريعات الأفضلية للقطاع العام على الاجنبي في التعاقدات الحكومية، عبر نصوص الموازنة العامة التي تشير إلى أولوية شراء منتجات القطاع العام من دوائر الدولة أو مؤسساتها، تطبيقاً لما أشارت إليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ النافذة التي أكدت (على جهة التعاقد الالتزام بالتشريعات المعنية بالتعاقدات الحكومية ومنها قانون الموازنة العامة الاتحادية وتعليمات تنفيذها المتعلقة بموضوع التعاقدات والصلاحيات المخولة للجهات المعنية عند تنفيذ المشاريع المدرجة في

(١) تياب ناديه، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق _ جامعة تيزي، ٢٠١٣، ص ٧١.

(٢) المادة (٣٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٣) مادة (٣١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

الموازنة^(١)، وعليه فقد نص قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق لعام ٢٠٢١ على (تلتزم الوزارات الاتحادية والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات بشراء احتياجاتها من المنتجات المحلية على إلا تقل نسبة القيمة المضافة إلى قيمة الإنتاج لهذه المنتجات المصنعة عن (٣٠%) مع مراعاة مواصفات النوعية والجودة^(٢)).

وفي فرنسا، فإن منح العقد الإداري على أساس معيار التفضيل المحلي يعد معياراً غير قانوني، سواء كان المعيار متعلقاً بمنشأ المنتج، أو الموقع الجغرافي للمتعاقد، إذ إن هذا التفضيل يتعارض مع الدستور الفرنسي وقوانين الاتحاد الأوروبي، فقد جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٣ إن مبدأ العلانية والمساواة في معاملة المرشحين هي مبادئ ذات قيمة دستورية مستمدة من المادتين السادسة والرابعة عشر (٦-١٤) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٧٨٩، كما قضى المجلس القضائي التابع للاتحاد الأوروبي بعدم شرعية معايير الاختيار التي تسعى إلى تفضيل المتعاملين الاقتصاديين المستقرين في منطقة جغرافية معينة، ونفس الأمر ينطبق على معايير الاختيار التي تسعى لتفضيل المنتجات ذات المنشأ المحلي لدولة من الدول التابعة للاتحاد، لأن مثل هذه المعايير تخل بمبدأ العلانية، ومبدأ عدم التمييز بين المرشحين، وهي مبادئ تطبق على كل المتعاملين الاقتصاديين التابعين لدول الاتحاد الأوروبي في إطار اتفاقية العقود الإدارية للمنظمة الدولية للتجارة^(٣).

(١) البند ثانياً من المادة (١٣) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) المادة (٣٤) من قانون الموازنة الاتحادية لجمهورية العراق رقم (٢٣) لسنة ٢٠٢١.

(٣) سالم ليلي، الصفقات العمومية وحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة وهران، ٢٠٢١-٢٠٢٢، ص ٢٩٢.

المطلب الثاني

تقديم العطاءات

يقتضي مبدأ حرية المنافسة الذي يحكم عملية إبرام العقود الإدارية، تمكين جميع المرشحين الذين يستوفون الشروط المطلوبة من التقدم بعطاءاتهم إلى جهة الإدارة طبقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون، ووفقاً لما يمليه دفتر الشروط، وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبحث في الفرع الأول العطاء، في حين سنبحث في الفرع الثاني التأمين الابتدائي.

الفرع الأول

العطاء

بعد إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد، يصبح بإمكان جميع المرشحين الراغبين في التنافس سحب دفتر الشروط وكل الوثائق المتعلقة بالعملية، من أجل الاطلاع على المعلومات المتعلقة بالمشروع المراد تنفيذه، ويتعين على الإدارة المتعاقدة أن تمنح فترة كافية بين الإعلان عن المنافسة وموعد ايداع العروض، تمكن المرشحين من إعداد وتقديم عروضهم وفقاً للأشكال القانونية المقررة لذلك وفي المواعيد المحددة.

وقد عرف المشرع الكويتي في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ العطاء بأنه (إيجاب يصدر من مورد أو مقاول أو متعهد بناء على طلب جهة عامة أو إعلانها ويتضمن بياناً فنياً وزمناً ومالياً للأشياء المطلوب التعاقد عليها (أصناف - مقاولات - خدمات عادية)، وبالتوافق والاستيفاء لوثائق الطرح أيما كان أسلوبه)^(١)، خلافاً للمشرع الفرنسي، والمصري، والعراقي الذي لم يعط تعريفاً محدداً للعطاء.

أما على المستوى الفقهي فقد عرف العطاء بأنه (العروض التي يتقدم بها المشاركون في المناقصة والتي تتضمن الموافقة على المواصفات المطروحة في المناقصة ويحدد فيه السعر الذي قدمه والذي يرتضي على أساسه التعاقد فيما لو رست عليه المناقصة)^(٢)، وعرفه آخر بأنه (عرض يحمل التزام صاحبه تجاه الأثمان التي يكون مستعداً لتنفيذ العقد بموجبها وخلال فترة نفاذ العطاء وكذلك يجب أن يكون هذا العطاء

(١) المادة (١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) د. فاروق أحمد خماس و د. محمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٩٨.

محتويا على جميع بنود العقد الذي يراد إبرامه أو الأعمال التي يتطلب تنفيذها^(١)، ويقصد بالعطاء أيضا (بأنه اللفظ الذي يطلق على العرض الذي يتقدم به الراغب بالدخول إلى المناقصة)^(٢)، أو بأنه (الإيجاب الذي يجب أن يلتقي به قبول الإدارة حتى ينعقد العقد)^(٣).

وتتفق تشريعات الدول المقارنة على أن العطاء يجب أن يخضع لمجموعة من الشكليات لا يستقيم وجوده القانوني من دونها، وقد بينت هذه التشريعات طرق تقديم العطاء، ففي فرنسا تتألف العطاءات من ملف الترشيح وملف العروض، ويظهر الفرق بينهما في أن تقديم ملف الترشيح يتيح للسلطة المتعاقدة من تقييم قدرات المرشح ومؤهلاته الاقتصادية والمالية، بينما ملف العروض يتضمن الاستجابة لتلبية حاجات السلطة المتعاقدة المعبر عنها في دفتر الشروط، ويشمل على وجه الخصوص سعر الخدمات، الوسائل المستعملة لتلبية الحاجات، ظروف الإنجاز، والتكلفة الاجمالية... إلخ^(٤).

كما أنه تسهياً على المشاركين والإدارة معاً، فإن الجهة المتعاقدة تقوم بإعداد نماذج للعروض تحتوي على البيانات الضرورية والأساسية، والتي غالباً ما أن يعتمد المشاركون عليها وإن كانوا غير ملزمين بها، كما يجوز للجهات المتعاقدة أن تسمح للمرشحين أن يتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم بوثيقة واحدة، معدة على غرار الوثائق النموذجية للتعاقدات الأوروبية، المنصوص عليها في لائحة المفوضية الأوروبية، التي تتضمن عناصر ومعطيات محددة، خاصة تلك التي تؤكد أن المرشح ليس من الممنوعين من المشاركة في التعاقدات العامة، فضلاً عن المعلومات التي تتيح للجهة المتعاقدة مراجعة وتقييم الكفاءة المهنية والاقتصادية للمرشحين^(٥).

وفي مصر تقدم العطاءات في مطروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، ويقتصر فتح العرض المالي على العرض المقبول فنياً^(٦)، وتقدم العروض موقعة من أصحابها^(٧)، وتسلم

(١) د. محمد علي جواد، عطاء العقد وعطاء التفاوض لإبرام عقد الاشغال العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق كلية القانون_ الجامعة المستنصرية، العدد الثاني، ٢٠٠٦، ص ٧.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني في المناقصات العامة، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٨٣.

(٤) بيو خلاف، مصدر سابق، ص ٢٠١.

(٥) المادة (٤-٢١٤٣) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٦) المادة (٢٣) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٧) المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

لإدارة التعاقدات قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية^(١)، أما في الكويت فيقدم العطاء مكتوباً وموقعاً عليه في وثائق المناقصة الرسمية الصادرة إلى المناقصين^(٢)، وتقدم العطاءات في مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي في المناقصات التي تتطلب عرضين فني ومالي^(٣)، أما في التشريع العراقي فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ لم تبين طريقة التي تقدم بها العطاءات في المناقصة العامة، فيما إذا كانت العطاءات تقدم بمظروفين أو بمظروف واحد، بينما بينت ذلك في المناقصة المحدودة عن طريق قيام جهة التعاقد بدعوة جميع المؤهلين في الإجراء الأول لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية لغرض الدراسة والتقييم والترسية، وكذلك الحال مع وسيلة المناقصة العامة بطريق التأهيل الفني، والمناقصة بمرحلتين إذ تقدم العطاءات الفنية والتجارية بطرفين منفصلين^(٤).

وتأسيساً على ما تقدم يمكن أن نتساءل عن مدى إمكانية استعمال الوسائل الالكترونية في تقديم

العطاءات؟

ابتداء لا يخضع تقديم العطاءات في فرنسا لشكل محدد، فيمكن تقديمه عن طريق اليد أو عن طريق إرساله ببريد موصى عليه مع إقرار الاستلام، وحسبما ترتأى الجهة الإدارية الراغبة بالتعاقد، وبصدور التوجه الأوربي لسنة ٢٠٠٤ بشأن تطوير طرق وقواعد إبرام العقود الإدارية عبر استعمال الوسائل الالكترونية تم تعديل المادة (٥٦) من قانون العقود الإدارية (الملغى) بالمرسوم رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ لينص على إمكانية إبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائل الالكترونية، ثم جاءت المادة (٤١) من مرسوم الشراء العام رقم (٣٦٠) لسنة ٢٠١٦ (الملغى) لينص على أنه ابتداء من ١/٤/٢٠١٧ بالنسبة للمشتريات الحكومية، وابتداء من ١/٤/٢٠١٨ بالنسبة للمشتريات الأخرى، فإن الاتصالات والمعلومات كافة تتم عبر وسائل الاتصال الالكتروني، وهكذا أصبح تقديم العطاءات في فرنسا يتم عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة التي أصبحت تشكل القاعدة واجبة الاتباع في إبرام العقود الإدارية^(٥).

(١) المادة (٤٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٤٠) فقرة (١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) المادة (٤٣) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٤) المادة (٣/أولاً، ثانياً، ثالثاً، رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٥) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

وتبعا للتحويلات الرقمية التي عرفتتها التعاقدات الحكومية في فرنسا، بفضل إزالة الطابع المادي في إبرام العقود الإدارية، فقد أصدرت اللجنة الأوروبية بتاريخ ٥/كانون الثاني/٢٠١٦ النموذج الموحد للعقد الإلكتروني الأوروبي، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ ٢٦/كانون الثاني/ ٢٠١٦، وهي عبارة عن وثيقة تتضمن تصريح شرفي كدليل مسبق تعوض الشهادات التي تصدرها السلطات العامة أو هيئات أخرى، وتم اصدار هذا النموذج الموحد لضمان عدم استبعاد المتعامل الاقتصادي إذا كان يمتلك مؤهلات للمشاركة في إبرام العقد داخل الاتحاد الأوروبي، وأنه قادر على تقديم الوثائق الثبوتية إذا طلب منه ذلك، كما تسمح هذه الخدمة بإعفاء المتنافسين من تقديم الوثيقة مرة أخرى، إذا سبق أن تم تقديمها للإدارة المتعاقدة (وذلك طبقا لبرنامج "أخبرنا لمرة واحدة" الذي وضعته الأمانة العامة لعصرنة النشاط العام، الموضوعة تحت سلطة الوزير الأول والملحقة بالأمانة العامة للحكومة)^(١).

أما في مصر فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ على (تسلم العطاءات لإدارة التعاقدات قبل التأريخ أو الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية أما باليد أو عن طريق البريد السريع من خلال الهيئة القومية للبريد أو عن طريق الوسائل الإلكترونية إذا ما سمحت بذلك شروط العملية...)^(٢)، وفي الكويت فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية لتقديم العطاءات، وجاء فيه (يجوز استعمال الوسائل الإلكترونية لإتمام الإجراءات السابقة كلها أو بعضها شريطة أن تكون مستوفية لكافة الشروط والمتطلبات السابقة متى كان ذلك ملائما لموضوع المناقصة)^(٣)، بينما لم ينص المشرع العراقي على استعمال الوسائل الإلكترونية في تقديم العطاءات خلافا للمشرع الفرنسي والمصري والكويتي كما مر معنا، باستثناء أسلوب العرض الواحد، وهو ما نصت عليه ضوابط وزارة التخطيط إذ جاء فيها (يجوز إرسال العطاءات بالبريد المسجل والبريد السريع ولا تقبل العطاءات المرسلة في البريد الإلكتروني

(1) JOUE, du 11 janvier 2016, disponible sur site, <http://eur-lex.europa.eu/legal>.

تم زيارة الموقع في ٥/١٠/٢٠٢٢.

(٢) المادة (٤٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩. وقد كانت مصر حتى عام ٢٠٠٤ تقدم العطاءات فيها بالطرق التقليدية وهي البريد المسجل أو التسليم لإدارة الحفظ أو للجنة فتح المظاريف قبل الساعة الثانية عشرة من فتح المظاريف الفنية، ويجب أن تكون موقعة خطيا من أصحابها، وبتأريخ ٢١/٤/٢٠٠٤ صدر قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، فتبدلت طرق تقديم العطاءات بما يتلاءم من التطورات الجديدة. د. رمضان محمد بطيخ، التزامات ما قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢١-٢٢.

(٣) المادة (٦/٤٠) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

باستثناء أسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد) على أن يتم تعزيزه بنسخة أصلية بتوقيع حي في موعد يؤمن وصوله إلى الجهة المعنية قبل رفع توصيات لجنة التحليل...^(١).

وحددت تشريعات الدول محل المقارنة مدة لتقديم العطاءات، ففي فرنسا نص قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على إمكانية تقديم العطاءات حتى ميعاد فتح المظاريف، على ألا تقل المدة بين تاريخ إرسال الإعلان عن المناقصة وبين هذا الميعاد عن (٣٥) يوماً^(٢)، أو (٣٠) يوماً إذا تم إرسال العطاء إلكترونياً، وفي حالة الضرورة أو الاستعجال، وفي حالة الدعوة لإبداء الاهتمام يمكن تقصيرها إلى (١٥) يوماً^(٣)، وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٩٦/١١/٤ بعدم مشروعية إجراءات التعاقد المتخذة بسبب قبول إحدى المحافظات المتعاقدة لعطاء متأخر عن الميعاد المحدد لاستلام العطاءات^(٤).

أما في مصر فقد أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ على إدارة التعاقدات عند تحديد مدة تقديم العطاءات أن تراعي منح الوقت الكافي لأصحاب العطاءات لدراسة كراسة الشروط واستيفاء المستندات وفقاً لطبيعة العملية، فلا تقل في المناقصة العامة عن عشرين يوماً من تاريخ نشر الإعلان في الصحف المحلية، ويجوز استثناء بموافقة السلطة المختصة في حالة الاستعجال المبرر والموثقة تقصيرها بحيث لا تقل عن أربعة عشر يوماً^(٥)، أما المشرع الكويتي فقد ترك للجهاز المركزي للمناقصات العامة سلطة تحديد مدة تقديم العطاءات وسريانها بنصه على (...ويحدد الجهاز المدة المناسبة لتقديم العطاءات وذلك من تأريخ الإعلان في الجريدة الرسمية...)، وكذلك فعلت ضوابط وزارة التخطيط في العراق التي نحت منحى التشريع الكويتي فلم تنص على مدة محددة لتقديم العطاءات بل تركتها خاضعة لتقدير الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد، وجاء فيها (على جهة التعاقد تضمين إعلان مناقصات العقود العامة... ما يلي: د- بيان تأريخ ومكان تقديم العطاءات وفترة النفاذ المطلوبة لها...)^(٦)، ونحن بدورنا لا نتفق مع توجه

(١) الفقرة (أولاً/ أ/ ٥) من ضوابط رقم (٣) الصادرة عن وزارة التخطيط.

(٢) المادة (٢- ٢١٦١) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٣- ٢١٦١) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٤) بيو خلاف، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

(٥) المادة (٤٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٦) الفقرة (ثانياً) من ضوابط رقم (٢) إجراءات الإعلان عن المناقصة والإحالة.

المشرع الكويتي والعراقي من ترك مدة تقديم العطاءات لتقدير الجهة الإدارية لاحتمال انحرافها في استعمال سلطتها، فلو قيدها المشرع بحد أدنى لكان أكثر ضماناً للمتنافسين.

أما مدة نفاذ أو سريان العطاء فلم ينص المشرع الفرنسي على مدة سريان العطاء في قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩، خلافاً للمشرع المصري الذي نص في قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على أن تتضمن مذكرة الطرح مدة سريان العطاء المعتمدة من السلطة المختصة، بشرط أن لا تقل عن خمسة وأربعين يوماً ولا تزيد على تسعين يوماً وفقاً لطبيعة العملية، وتحسب هذه المدة ابتداءً من التأريخ المحدد لفتح المظاريف، ويجوز استثناء تجاوز الحد الأقصى في الحالات التي تتطلب طبيعتها ذلك^(١)، وكذلك فعل المشرع الكويتي الذي نص في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على مدة سريان العطاء، وجاء فيه (...وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بعد فتحها بحيث لا تزيد هذه المدة على تسعين يوماً...)^(٢)، أما في التشريع العراقي، فقد تركت ضوابط وزارة التخطيط تحديد مدة سريان أو نفاذ العطاء لتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة، وجاء فيها (على جهة التعاقد تضمين إعلان مناقصات العقود العامة... ما يلي: د- بيان تأريخ ومكان تقديم العطاءات وفترة النفاذ المطلوبة لها...)^(٣)،

وتماشياً مع ما تم ذكره، يتعين استمرار ارتباط مقدم العطاء بالبقاء على عطائه لحين المصادقة على قرار الإحالة، وهذا ما نصت عليه التشريعات المنظمة للتعاقدات الحكومية في كل من مصر والكويت والعراق، خلافاً للمشرع الفرنسي، إذ لم يحدد قانون النظام العام مدة سريان العطاء، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أكد مراراً على أن من يتقدم بعطائه في مناقصة عامة لا يمكنه سحب هذا العطاء إلى أن يتم إرساء تلك المناقصة على أحد المتنافسين، ومن شواهد ذلك حكمه بتاريخ ١٩١٩/٧/٩ القاضي بأن المناقص لا يستطيع أن يسحب عرضه قبل البت فيه، وقد استقرت أحكامه بعد ذلك على أن المتقدمين بعطاءاتهم يصبحون ملتزمين حتماً اتجاه الإدارة، بمجرد تقديمهم لتلك العطاءات بحيث لا يمكنهم سحبها أو استبدال

(١) المادة (٢٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) المادة (٣٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٣) الفقرة (ثانياً/د) من ضوابط رقم (٢) إجراءات الإعلان عن المناقصة والإحالة.

غيرها بها، أو حتى الاحتجاج للتحلل منها، فالقاعدة في فرنسا أنه لا يجوز لمقدم لعطاء أن يعدل أو يلغي أو يسحب عطاؤه خلال المدة التي يجب عليه أن يلتزم بها، وهي قاعدة لا استثناء عليها في فرنسا^(١).

أما في مصر فقد نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على أنه في جميع الأحوال يجب أن تتم عملية البت والاختار بالترسية قبل انتهاء مدة سريان العطاء، فإذا تعذر ذلك تعين على إدارة التعاقدات عرض الأمر على السلطة المختصة بأسباب التأخير والمدة المقترحة للإنتهاء من إجراءات الترسية وحال موافقتها يجب اخطار مقدمي العطاءات كتابة بها مع مد مدة صلاحية التأمين المؤقت على أن يتم ذلك كله قبل تاريخ انتهاء مدة سريان العطاءات بخمسة عشر يوما، ويستبعد كل عطاء لم يقبل مد تمديد مدة سريانه كتابة، ويرد إليه تأمينه المؤقت فور انتهاء مدة سريان العطاء^(٢)، وفي حالة انسحاب مقدم العطاء قبل انتهاء فترة نفاذية العطاءات فإنه يخسر التأمين المؤقت، وهذا ما نص عليه قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨، إذ جاء فيه (...وإذا انسحب مقدم العطاء من العملية قبل الميعاد المحدد لجلسة فتح المظاريف الفنية يصبح التأمين المؤقت المؤدى حقا للجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر، أو استئذانه من أي مبالغ مستحقة أو تستحق لديها أو لدي أي جهة إدارية أخرى لصاحب العطاء المذكور...)^(٣)

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها الصادر عام ١٩٩٣ (...حيث أنه من المقرر أن يظل الموجب مرتبطا بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول، فلا يصبح الإيجاب ملزما بعد أن فقد ما توافر له من الالتزام ويسقط تماما، وهذا هو التفسير السليم للنصوص المتقدمة ولنية الموجب، فهو يقصد أن يبقى إيجابه قائما خلال المدة المحددة ما دام لم يلجأ إلى التحديد، وهذا ما يتفق بوجه عام مع أصول الالتزامات، بحيث لا يبقى الإيجاب مفتوحا ومعلقا طالما حدد بشروط وبمدة معينة...)^(٤).

وعلى النهج ذاته سار المشرع الكويتي، فقد أوجب قانون المناقصات بأن تتم عملية الترسية وتوقيع العقد خلال ثلاثة أشهر من فترة تقديم العطاءات، وفي حال تعذر البت في العطاءات من قبل مجلس إدارة

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(٢) المادة (٢٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٣) المادة (٢٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٤) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٩٥.

الجهاز، فعليه أن يطلب من مقدميها قبول سريان عطاءاتهم لمدة أخرى مماثلة على الأكثر، وذلك بموجب كتاب موجه من كل منهم إلى المجلس بالموافقة على التمديد مع تجديد التأمين الأولي، ويستبعد عطاء كل من لم يقبل ذلك^(١).

وفي التشريع العراقي فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط (...على أن يتم الالتزام بمدة نفاذية العطاءات المقدمة أو مدة تمديدتها وبمدة لا تقل عن ٣٠ يوما من تأريخ انتهاء نفاذية هذه العطاءات)^(٢)، وفي حالة عدم الالتزام يتم مصادرة تأميناته الأولية (مصادرة التأمينات الأولية...عند سحب مقدم العطاء لعطائه خلال فترة نفاذيته وبعد غلق المناقصة...)^(٣).

يتضح لنا مما تقدم إن مقدم العطاء يلتزم عموماً بالبقاء على عطائه ولا يمكنه سحبه بعد تقديمه وإلا خسر تأمينه المؤقت، وإن كنا لا نتفق مع ذلك، ونفترض إمكانية السماح لمقدم العطاء سحب عطائه بعد تقديمه وعدم خسارته لتأميناته كجزاء لهذا الإنسحاب، لأن التعاقد قائم على أساس الإرادة الحرة للأطراف، فلماذا تجبر الإدارة المناقصين على التعاقد معها في حال فقدان رغبتهم بذلك.

الفرع الثاني

التأمين الابتدائي

يعد التأمين الابتدائي ضابطاً موضوعياً يرتبط بشخص المناقص لا بالعطاء الذي يتقدم به، فهو يدل في واقع الأمر على مدى ملاءمته وقدرته المالية، وكذلك على مدى جديته في الاستمرار بالتعاقد مع جهة الإدارة، من دون أن يكون التأمين الابتدائي في ذاته عنصراً من عناصر تفضيل عطاء على غيره، وما يؤكد ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في عام ٢٠٠٥ بقولها (...إن التأمين الابتدائي شرط للنظر في العطاء فإن لم يكن قد تم تقديمه ونظرت جهة الإدارة في العطاء، فإن ذلك يعد مخالفة للحكم الصريح الذي أورده المشرع...)^(٤).

(١) المادة (٤٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) الفقرة (ثالثاً/ أ) من ضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٣) الفقرة (أولاً/ف) من الضوابط رقم (١) الصادرة عن وزارة التخطيط.

(٤) حكم المحكمة الادارية العليا طعن رقم (٤٧٦٦) سنة ٤٧ قضائية في ١٩/٤/٢٠٠٥، نقلاً من موقع المطابع الاميرية.

وعليه يعرف التأمين الابتدائي بأنه (مبلغ مالي يحدد وفق القانون أو اللائحة التنفيذية أو القرارات ذات الشأن بنسبة محددة من القيمة التقديرية للمناقصة أو من قيمة العطاء وقد يكون نقدياً أو في صورة شيك أو خطاب أو تعهد وفق شروط محددة يرفق مع العطاء الفني عادة وتضمن جهة الإدارة بموجبه جدية المشارك في المناقصة وملاءمته المالية ومن حق الجهة المشتري مصادره إذا ما اخل من رست عليه المناقصة بالتزامه بالبدء بالتنفيذ أو إذا انسحب بعد تقديمه للعطاء)^(١)، وعرفه آخر بأنه (مبلغ مالي يخصصه مقدم العطاء لمصلحة الجهة الإدارية ضماناً لجدية العطاء وتعبيراً عن ملاءمته المالية)^(٢)، أو بأنه (قيمة يضمنها العارض عرضه ويخصصها لمصلحة الإدارة وذلك ضماناً لجدية العرض وتأييداً لحسن تنفيذه للالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض)^(٣).

فمن خلال هذه التعاريف يتبين أن الحكمة من اشتراط تقديم التأمين الابتدائي هو لضمان جدية اشتراك المناقص في المناقصة، والاطمئنان إلى كفاءته الفنية والمالية، وضمان نية المناقص فيما لو رست عليه المناقصة، لأنه لو نكل بعد إرساء المناقصة فإن التأمين الابتدائي يصادر لصالح خزينة الإدارة، فالتأمين الابتدائي يقي الجهة الإدارية شرور قصد المناقص أو تخاذله عن الالتزام بعطائه وتنفيذ العقد في حالة إحالة المناقصة عليه، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في ٢٠٠٤ (٢٠٠٤... إن يودع تأميناً مؤقتاً تنص عليه وتعيّنه كراسة الشروط كضمان لجدية العطاء وصدق نيته فيه ولتنفيذ العقد ممن يرسو عليه...)^(٤).

وعلى الرغم من أهمية التأمين الابتدائي كضمان لجدية المناقص للمشاركة في المناقصة، إلا أن بعض الدول قللت من أهميته كما في فرنسا، فقد ألغى المشرع الفرنسي التأمين الابتدائي بشكل نهائي بموجب المرسوم المرقم ٥٩-١٦٧ الصادر في ١٧/١/١٩٥٩، ويعود ذلك إلى تزايد الاعتماد على إجراءات التعاقد التي تتعدد فيها معايير اختيار المتعاقد، ما أدى إلى ازدياد الاهتمام نحو الضمانات الفنية والمهنية أكثر من الضمانات المالية، ومن ثم فإن ضمان جدية مقدم العطاء أصبح يستند إلى المكانة التجارية والفنية للمناقص

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ١٨٤-١٨٥.

(٢) د. عاطف سعدي محمد علي، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

(٣) د. مهني مختار نوح، مصدر سابق، ص ٤٢٥.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٣٠٣) سنة ٢٦ قضائية، في ٢٩/٦/٢٠٠٤، نقلاً من موقع المطابع الاميرية.

لا على مقدار ما يودعه لدى الإدارة من مبلغ مالي، هذا وتجدر الإشارة إلى أن مرسوم الشراء العام في فرنسا لعام ٢٠١٦، وإن بقي على النهج ذاته في الغاء نظام التأمين الابتدائي، إلا أنه سمح للوحدات الإدارية المحلية دون المركزية، أن تحصل من الراغبين في التعاقد تأميناً مالياً مقابل حصولهم على وثائق العقد المزمع إبرامه، على أن يرد في حال التقدم بالعطاءات، ويصادر في حال عدم التقدم بتلك العطاءات، أما بالنسبة للمتنافسين على مناقصات الوحدات الإدارية المركزية، فتسلم لهم وثائقها مجاناً، بل أصبحت ابتداءً من عام ٢٠١٧/٢٠١٨ متاحة لمن يرغب على الصفحة الرسمية للجهة المتعاقدة، أو بمعنى أدق على الموقع الإلكتروني المخصص على شبكة المعلومات الدولية (الأنترنت) للنشر عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالتعاقدات العامة التي تجريها هذه الجهة^(١).

وفي مصر، يلاحظ أن المشرع أعطى للتأمين الابتدائي أو المؤقت اهتماماً خاصاً، ويتضح ذلك ابتداءً من أنه جعل التأمين المؤقت إجبارياً يجب أن يؤدي مع كل عطاء، وإلا كان مصير هذا العطاء الاستبعاد، من دون النظر إلى موضوعه أو معطيائه، وهو ما نص عليه قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨، الذي جاء فيه (... يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت لضمان جديته...) ^(٢)، وبعد أن كان من الممكن وجود اختلاف في نسبة التأمينات المؤقتة حسب موضوع العقد، جاء القانون المذكور بتوحيد نسبة هذه التأمينات في عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقى الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية، تاركاً تحديد هذه النسبة أو مبلغ التأمين وبما لا يجاوز نسبة (١,٥%) من القيمة التقديرية وبما يتماشى مع طبيعة العملية وحجمها للسلطة المختصة تضمنه شروط الإعلان عن التعاقد، هذا واشترط قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على أنه يجب في جميع الحالات عدم المبالغة في تحديد التأمين المؤقت لإتاحة الفرصة لأكثر عدد من المشتغلين بنوع النشاط للمشاركة في العملية محل الطرح^(٣)، مع الإشارة إلى أن تحديد مبلغ التأمين المؤقت يتم من خلال اقتراح يقدم من لجنة وضع القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي بموجب كتاب مستقل موقع من رئيسها وأعضائها ويرفق مع تقرير اللجنة إلى السلطة المختصة وليتم تحديده واعتماده من قبلها، ويخطر به مدير إدارة التعاقدات لاتخاذ الإجراءات اللازمة^(٤).

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٢) المادة (٢٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٣) المادة (١٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٤) المادة (٣٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

وقد اختلفت الآراء الفقهية في مصر بشأن طريقة تحديد مبلغ التأمين الابتدائي بما لا يجاوز نسبة (١,٥%) من القيمة التقديرية للعملية محل المناقصة نحو مدى تقدير المشتركين لها ومن ثم معرفتهم للمبلغ المالي المخصص للعملية التعاقدية عبر مبلغ التأمين الابتدائي الذي تحسبه الإدارة وتضمنه شروط الإعلان، إذ يرى الاتجاه الأول أن تحديد مبلغ التأمين المؤقت بنسبة من القيمة التقديرية يمكن أن يقود إلى أن يتعرف المناقصين على القيمة التقديرية للعملية، فيتم تقديم عطاءاتهم على أساسها، ومن ثم فإن ما هو سري ومحفوظ لدى الإدارة أصبح معلوما للآخرين^(١)، بينما يرى الاتجاه الآخر من الفقه أن ذلك الرأي غير سديد، إذ أن جهة الإدارة ليست ملزمة بتحديد مبلغ التأمين بالنسبة المحددة قانونا (١,٥%)، وإنما أجاز لها المشرع أن تحدده فيما لا يجاوز هذه النسبة، ما معناه أن لها سلطة تقديرية في ذلك ما بين حدها الأدنى والأعلى، فيما ستبقى القيمة التقديرية أمر غير معلوم، فضلا عن أن الإرساء أو إحالة المناقصة أصبح اليوم مرتبطا بالمعايير الفنية وليس فقط بمعيار السعر الأقل، وبناء على ذلك لا يوجد ثمة مؤشرات قد يستند لها المشاركون في معرفة القيمة التقديرية للعملية التعاقدية المطروحة^(٢).

ونحن بدورنا نؤيد ما جاء في الرأي الأخير، لأن المشرع حدد نسبة التأمين الابتدائي بحدها الأقصى، وترك للإدارة حرية التقدير فيما هو أدنى أو مساوي لها، شريطة عدم تجاوز هذه النسبة، ومن ثم يصعب على المناقصين معرفة القيمة التقديرية للعملية موضوع المناقصة ما دامت الإدارة غير ملزمة أن تجعل نسبة التأمين المؤقت بحدها الأقصى.

أما في الكويت فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (يجب أن يكون العطاء مصحوبا بالتأمين الأولي وإذا كانت المناقصة وفقا لنظام العرضين الفني والمالي يجب على المناقص أن يرفق مع عطاءه الفني التأمين الأولي المنصوص عليه في شروط المناقصة المعلنة...)^(٣)، كما نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات لسنة ٢٠١٧ على قيمة التأمين الأولي، إذ جاء فيها (يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين أولي وذلك وفقا للشروط والأوضاع والإجراءات التالية: ١- تحدد الجهة المختصة بالشراء

(١) د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٦٤.

(٢) د. عاطف سعدي محمد علي، مصدر سابق، ص ٢٦٨. وأيضا د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٣) المادة (٤٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

مبلغ التأمين الأولي ويدرج ضمن شروط المناقصة وذلك بما لا يقل عن ١% ولا يجاوز ٥% من إجمالي القيمة التقديرية للمناقصة...^(١).

وبهذا يتضح لنا توافق المشرع الكويتي مع المشرع المصري من حيث النص على وجوب تقديم التأمين الأولي مع كل عطاء، إلا أن نقطة الاختلاف بينهما تكمن في أن المشرع المصري حدد نسبة التأمين المؤقت بحددها الأعلى فقط، بينما المشرع الكويتي وضع لها حدين أدنى وأعلى، وحسنا فعل المشرع الكويتي بتحديد الحد الأدنى لنسبة التأمين الأولي خشية تعسف أو انحراف الإدارة عند تقديرها لهذه النسبة فيما لو حددها المشرع بحددها الأعلى فقط بالنزول بها الى أقصى حد.

وفي التشريع العراقي فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على (تحدد التأمينات الأولية بمبلغ مقطوع بنسبة لا تقل عن (١%) واحد من المئة ولا تزيد على (٣%) ثلاثة من المئة من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الإحالة في عقود التجهيز للسلع والخدمات والمقاولات العامة بمختلف أنواعها وأن يراعى في هذا التحديد أهمية المناقصة وأن تقل هذه النسبة كلما زاد مبلغ الكلفة التخمينية)^(٢)، كما نصت ضوابط وزارة التخطيط على ضرورة أن تضمن جهة التعاقد إعلان المناقصة نسبة التأمينات الأولية المطلوبة من مقدمي العطاءات ومدة نفاذيتها^(٣).

ويرى الباحث أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ بموجب النص المذكور وضعت أمام الجهات الإدارية معيارين في تحديد نسبة التأمين الأولي، المعيار الأول هو معيار النسبة المئوية، والمعيار الآخر هو معيار أهمية المناقصة بحيث تقل النسبة المئوية كلما زاد مبلغ الكلفة التخمينية _و يمكن أن نطلق عليه معيار العلاقة العكسية بين النسبة المئوية والكلفة التخمينية_ ولم تحدد التعليمات مقدار نزول الإدارة في النسبة المئوية عند زيادة مبلغ الكلفة التخمينية ما يجعله معياراً غامضاً ومتعارضاً مع المعيار الأول.

وزيادة على ما تقدم فإن جانب من الباحثين اعترض على النص الوارد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية عند تحديده نسبة التأمينات الأولية، بحسبان أن هذا التحديد يجعل التأمينات الأولية خاضعة لاجتهادات جهات التعاقد، ومن ثم فإن ذلك سيؤدي إلى اختلاف التشكيلات الإدارية في تحديد نسبته رغم

(١) المادة (٣٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

(٢) المادة (٩/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) (ثانياً/ز) من الضوابط رقم (٢) إجراءات الإعلان عن المناقصة والإحالة الصادرة عن وزارة التخطيط.

تشابه موضوع التعاقد^(١)، إلا أننا لا نتفق مع هذا الطرح، لأن الغاية من التأمينات الأولية ضمان جدية اشتراك المناقص، وحفظ حق الإدارة في حالة نكوله بعد تبليغه بقرار الإحالة، ومن ثم فإن اختلاف التشكيلات الإدارية في تحديد نسبة التأمينات الأولية رغم وحدة موضوع المناقصة لا يؤثر ما دام أن هذه التأمينات ستعاد لجميع المناقصين بعد احالة المناقصة.

وبهذا يتبين لنا مما تقدم اختلاف تشريعات الدول محل المقارنة في تنظيم موضوع التأمين الابتدائي من حيث تحديد نسبة التأمين الابتدائي، فمنها من حدد هذه النسبة بحددها الأقصى كما في التشريع المصري، ومنها من قيدها بحددين أدنى وأقصى كما في التشريعين الكويتي والعراقي، رغم الاختلاف بينهما في نسبة هذين الحدين كما مر معنا.

ورغم أهمية دفع التأمين الابتدائي في ميدان التعاقدات الإدارية إلا أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ أعفت بعض الجهات من دفعه، بالنص على (تعفى الشركات العامة من تقديم التأمينات الأولية وخطاب ضمان حسن التنفيذ المنصوص عليهما في هذه التعليمات)^(٢)، خلافاً للمشرع المصري فبعد أن كان قانون المناقصات العامة لسنة ١٩٨٣ (الملغى) ينص على حالات محددة للتمتع بالإعفاء من التأمين الابتدائي^(٣)، جاء القانون الحالي لسنة ٢٠١٨ ليجعل دفع التأمين واجبا على كل مقدم عطاء أيا كانت الجهة التي تتقدم به، الذي نص على (في غير حالات التعاقد بالاتفاق المباشر المطلوب فيها سداد تأمين مؤقت يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت لضمان جديته...)^(٤)، وكذلك فعل المشرع الكويتي إذ لم يرد ضمن نصوص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠١٧ أي نص متعلق بإعفاء جهات محددة من دفع التأمينات الأولية نظرا لوجوب دفع جميع المناقصين لهذه التأمينات -كما مر معنا- وعليه يخلص الباحث إلى أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ لم تكن موفقة في إعفاء الشركات العامة

(١) محمد سالم لهيمص، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٢) المادة (٩/أولاً/د) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) فقد كانت المادة (٢١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ الملغى تنص على أن (تعفى من التأمين المؤقت والنهائي الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون، وذلك عن العروض الداخلة في نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها، ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت إعفاء الشركات المحنكة من إيداع التأمين المؤقت والنهائي إذا طلبت في عروضها ذلك، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم، ويجب أن يكون قرار الإعفاء مسبباً).

(٤) المادة (٢٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

المشاركة في المناقصة العامة من دفع التأمينات الأولية، لأن من شأن هذا الاعفاء انتهاك مبدأ المساواة بين المنافسين.

وأما عن كيفية اداء التأمين الابتدائي، فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ على عدة صور يصدر بشأنها قرار من وزير المالية، ومنها وسائل الدفع الالكتروني عبر منظومة الدفع والتحويل الالكتروني أو بأي من صورة من الصور الآتية^(١):

١- خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المحلية المعتمدة أو الخارجية غير مقترن بأي قيد أو شرط، وتطبيقا لذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بقولها (...خطابات الضمان في حقيقتها صك ائتماني تضمن وفاء المتعاقد بتنفيذ التزاماته في حالة اخلاله بها ... أما إذا تضمنت قيودا أو شروطا فإن ذلك يفرغها من مضمونها الحقيقي وتصبح غير صالحة للوفاء بالغرض المقررة من أجله، وحيث إنه من الثابت في الحالة المعروضة أن الشركات المتناقصة قد قدمت خطابات الضمان مصحوبة بقيود وشروط، فإنه يتعين والحالة هذه مطالبتها بالعدول عن هذه القيود والشروط كي تصبح في صيغة تقتضي أن يكون غير مشروط وقابل للتصرف بمجرد الطلب بصرف النظر عن أية منازعة^(٢).

٢- المقاصة، إذ يجوز لصاحب العطاء سداد التأمين المؤقت خصما من مستحقاته التي تقر الجهة الإدارية صلاحيتها للصرف، ويشترط لإجرائها أن يكون الدين المستحق لمقدم العطاء لدى الإدارة مبلغا نقديا، وأن يكون صالحا للصرف وقت تقديم العطاء، وأن يكون مستغرقا لقيمة التأمين^(٣).

٣- وأخيرا الاستبدال، إذ يجوز للسلطة المختصة وبناء على طلب صاحب العطاء استبدال التأمين المؤقت المسدد منه بإحدى صور السداد الأخرى المنصوص عليها في هذه المادة.

(١) المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها بتاريخ ١٩٨٤/٣/٢١، نقلا من د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ٢١٢.

(٣) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٦٧.

وأما المشرع الكويتي فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على أن يؤدي التأمين الأولي في صورة شيك مصدق، أو خطاب ضمان صادر من بنك معتمد لدى دولة الكويت، وباسم صاحب العطاء، ولصالح الجهاز المركزي للمناقصات، وغير مقترن بأي قيد أو شرط^(١).

وفي العراق فقد جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ (لا تقبل التأمينات الأولية لمقدمي العطاءات إلا إذا كانت على شكل خطاب ضمان أو صك مصدق أو سفتجة)^(٢).

يتضح لنا مما تقدم تباين تشريعات الدول محل المقارنة في اعتماد وسائل دفع التأمينات الأولية، غير أننا لاحظنا أن المشرع المصري كان أكثر تطوراً من المشرعين الكويتي والعراقي عبر اعتماده وسائل الدفع الإلكتروني في دفع التأمينات الابتدائية تماشياً مع التطورات التكنولوجية الحديثة والانتقال إلى الإدارة الإلكترونية.

وبقي لنا أخيراً أن نشير إلى الأثر المترتب على عدم دفع التأمين الأولي في قبول احالة المناقصة عليه من عدمه، ففي مصر نص قانون تنظيم التعاقدات على استبعاد أي عطاء لم يقدم التأمين المؤقت، وجاء فيه (...ويستبعد كل مقدم عطاء أو متزايد لم يسدد مبلغ التأمين المحدد...)^(٣)، مع وجوب الإشارة إلى حكم غريب للمحكمة الإدارية العليا في مصر ذهبت فيه إلى انعقاد العقد على الرغم من عدم تقديم الموجب للتأمين المؤقت، وجاء فيه (...ذلك إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسي للنظر في عطائه وهذا الشرط مقرر لصالح الإدارة دون ترتيب جزاء

(١) المادة (٤٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦. وبناء على ذلك أصدر الجهاز المركزي للمناقصات تعميمه رقم (٢٠١٧/٣) في ٢٠١٧/٤/٥ مؤكداً فيه ضرورة مراعاة البنوك عند إصدارها لخطاب الضمان (الشيك، خطاب الضمان) أن يكون لصالح الجهاز نفسه تطبيقاً للمادة (٤٥) من قانون المناقصات.

(٢) المادة (٩/أولاً/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. وبهذا الخصوص نشير إلى كتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء بتاريخ ٢٠١٣/٢/٤ المرفق بموجب كتاب وزارة التخطيط ذي العدد ٦٠٤٦/٧/٤ في ٢٠١٣/٣/١٤ بخصوص خطاب الضمان والذي أكد فيه وجود العديد من المخالفات المرتكبة بخصوص خطاب الضمان والتي تؤدي إلى إهدار في الأموال العامة وتعرض المشاريع التنفيذية للخطر، ونص في الفقرة (٥/ج) على ضرورة التأكد من صحة صدور خطابات الضمان من قبل المصرف قبل الإحالة، وهذا الإلزام يقع على عاتق لجان التحليل. ينظر أسامة محمد جاسم وآخرون، الكتيب الخاص بالاستشارات القانونية في مجال التعاقدات الحكومية الصادر عن دائرة العقود الحكومية العامة في وزارة التخطيط لعام ٢٠١٣.

(٣) المادة (٢٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

البطلان على مخالفته إذا ما اطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءمة مقدم العطاء...^(١)، كما نصت على ذلك اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الكويتي لسنة ٢٠١٧، إذ جاء فيها (...ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل التأمين المطلوب)^(٢)، وكذلك فعلت ضوابط وزارة التخطيط في العراق إذ لزمّت لجان التحليل في جهات التعاقد باستبعاد العطاءات التي لم ترفق معها التأمينات الأولية المطلوبة كاملة بموجب وثائق المناقصة^(٣).

المبحث الثاني

اللجان المختصة في الإحالة إلى التعاقد

بعد أن تنتهي المدة المحددة لتقديم العطاءات وفقاً للأوضاع التي تم توضيحها سابقاً، تتولى الجهة الإدارية المختصة فحص هذه العطاءات لمعرفة مدى مطابقتها لدفتر الشروط والمفاضلة بينها، عبر تشكيل لجان متخصصة داخلية تقوم بأعمال مادية وقانونية، تساهم بشكل كبير في تكوين قبول الإدارة في التعاقد لاختيار العرض الأفضل، وتعد هذه اللجان بمثابة ضمانة جوهرية لنزاهة إجراءات المناقصة، لذلك يحرص القانون على تشكيلها، وتحديد اختصاصاتها، وبيان كيفية ممارستها، ويختلف تكوين هذه اللجان من تشريع إلى آخر رغم أنها تتشابه في المهام المسندة إليها، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، سنتناول في المطلب الأول لجنة فتح العطاءات، بينما سنوضح في المطلب الثاني لجنة تحليل وتقييم العطاءات، أما في المطلب الثالث، فسنبين معايير المفاضلة بين العطاءات.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٧٤٠٩)، سنة ٤٤ قضائية، جلسة ٢٠/٥/٢٠٠٠، نقلاً من د. محمد يوسف علام، أحوال البطلان في منازعات العقود الإدارية، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٢٣٩ - ٢٤٠. نحن بدورنا لا ننفي مع توجه المحكمة الإدارية العليا لأنه يخالف صريح النصوص القانونية التي نصت على استبعاد كل مقدم عطاء لم يسدد مبلغ التأمين المحدد.

(٢) المادة (١/٣٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

(٣) الفقرة (ثانياً/أ) من ضوابط رقم (٣) الصادرة عن وزارة التخطيط.

المطلب الأول

لجنة فتح العطاءات

تختلف تشريعات الدول محل المقارنة في تحديد اللجان المختصة بعملية الإحالة، فمنها من أسند مهمة استلام وتحليل العطاءات إلى لجنة واحدة، ومنها من عمد إلى توزيع مهام استلام وتحليل العطاءات إلى لجنتين، تتولى اللجنة الأولى مهمة فتح العطاءات، بينما تتولى اللجنة الثانية تحليل وتقييم العطاءات، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول تشكيل لجنة فتح العطاءات، بينما سنوضح في الفرع الثاني اختصاص لجنة فتح العطاءات.

الفرع الأول

تشكيل لجنة فتح العطاءات

تعرف لجنة فتح العطاءات بأنها (اللجنة إدارية مشكّلة من موظفين مختصين تتولى مهام استلام وفحص وتدقيق وفرز العطاءات وتنظيم جدول بها يرفق بالمحضر الذي تعده هذه اللجنة ولغرض إحالته إلى الجهة المختصة بعملية دراسة وتحليل العطاء)^(١)، كما عرفت الوثائق القياسية في العراق لجنة فتح العطاءات بأنها (هيئات إدارية قائمة في مركز كل وزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة على شكل لجنة مركزية أو أكثر وتختص بفتح العطاءات وتتألف من ذوي الخبرة والاختصاص)^(٢).

ويختلف تشكيل هذه اللجان من تشريع لآخر، فمن التشريعات من اعتمد أسلوب اللجنة الواحدة كالمرشع الفرنسي والكويتي، ومنها من اعتمد أسلوب اللجنتين كالمرشع المصري والعراقي، ورغم هذا الاختلاف فإن هناك سمات وخصائص معينة يتميز بها تشكيل أو تكوين هذه اللجان، فهي دائماً سلطة إدارية جماعية تضم عناصر قانونية وفنية ومالية^(٣).

(١) د. محمد سعيد الرحو، مصدر سابق، ص ١١١.

(٢) دليل تنفيذ العقود الحكومية في العراق، الجزء الثاني، منشور على موقع وزارة التخطيط <https://mop.gov.iq>.

(٣) محمد سالم لهميص، مصدر سابق، ص ١١٢.

ففي فرنسا، فقد تبني المشرع الفرنسي نظام اللجنة الواحدة التي يقع على كاهلها القيام بإجراءات فتح وتحليل واختيار العطاء المناسب، تدعى لجنة طلب العروض، ولكن مع صدور أوامر ومراسيم الشراء العام رقم (٨٩٩) لسنة ٢٠١٥، ورقم (٣٦٠) لسنة ٢٠١٦، ورقم (١٠٧٥) لسنة ٢٠١٨، التي جسدت الفلسفة التشريعية في مجال التعاقدات الإدارية في فرنسا، نجد أنها قد أغفلت النص على هذه اللجنة فيما يتعلق بعقود الدولة، أي العقود التي تبرم على المستوى المركزي، مكتفية في هذا الشأن بما ورد بالقانون العام للوحدات المحلية لسنة ٢٠٠٧ بخصوص عقود الجماعات أو المؤسسات المحلية^(١).

وتشكل لجنة طلب العروض على النحو الآتي^(٢):

أولاً/ بالنسبة للأقاليم والمحافظات والمقاطعات التي يزيد عدد سكانها على (٣٥٠,٠٠٠) ثلاثمائة وخمسون ألف نسمة والمؤسسات العامة المحلية: تشكل اللجنة برئاسة رئيس السلطة المختصة بالتوقيع أو من يمثله، وعضوية خمسة أعضاء يمثلون جمعية التداول للمجلس (الإقليم - المحافظة - المجلس البلدي) يتم اختيارهم بطريق الانتخاب الحر المباشر بمعرفة أعضاء الجمعية المعنية وفق قاعدة التمثيل النسبي، ومثلهم أعضاء احتيابيين يتم انتخابهم بنفس القاعدة.

ثانياً/ إذا كان عدد سكان المقاطعة أقل من (٣٥٠,٠٠٠) ثلاثمائة وخمسون ألف نسمة تشكل اللجنة برئاسة العمدة أو نائبه، وثلاثة أعضاء من أعضاء المجلس البلدي يتم انتخابهم بمعرفة المجلس وفق القاعدة السابقة، ومثلهم أعضاء احتيابيين يتم انتخابهم بذات القاعدة.

ثالثاً/ يجوز بناء على دعوة من رئيس اللجنة مشاركة محاسب الوحدة المحلية، وممثل عن الوزير المختص بالمنافسة في اجتماع اللجنة، ولا يكون لأي منهما سوى صوت استشاري على أن تسجل ملاحظتهما بمحضر الجلسة، ويمكن بناء على اختيار رئيس اللجنة، أن يشارك في اجتماعات اللجنة بعض الأشخاص أو واحد أو أكثر من أعضاء الوحدة المحلية أو المؤسسة العامة المحلية، من أصحاب التخصصات في المجال محل التعاقد، ولا يكون لأي منهم سوى صوت استشاري أيضاً.

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٩٩ و ١٠٢.

(٢) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٠٠.

أما بالنسبة لعقود الدولة، فقد أتاح قانون النظام العام الجديد الخاص بتنظيم تعاقدات الجهات الإدارية المنبثق من التوجيهات الأوروبية لسنة ٢٠١٤، لكل سلطة متعاقدة مركزية العمل وفق قواعد أكثر مرونة فيما يخص لجنة طلب العروض عبر جواز إنشاء لجنة استشارية جماعية، وتحديد تشكيلها وفقا لاحتياجاتها وخصائص العقد المراد إبرامه^(١)، وعلى الرغم من التزام القانون الجديد الصمت اتجاه لجان طلب العروض في خصوص هذه العقود، إلا أن هذا الإغفال لا يعني على الإطلاق هدم كافة اللجان التي كانت قائمة من قبل أو القواعد التي تسير عليها وقتئذ، إذ تبقى قائمة واجبة الاتباع، ذلك أن ما تم هو مجرد إغفال أو التزام الصمت لا إلغاء النصوص التي كانت نافذة قبل إقرار الفلسفة التشريعية الحديثة^(٢).

وطبقا للمادة رقم (٢-١٤١٤) من قانون الوحدات المحلية والتي تنص على أنه في عقود الشراء العام التي تبلغ القيمة التقديرية للاحتياجات فيها - بعد خصم الرسوم - ما يعادل أو يتجاوز حدود أو عتبات القيمة التقديرية للتعاقدات الأوروبية، باستثناء عقود الشراء العام للمؤسسات العامة الاجتماعية أو الطبية، فإن العطاء الفائز يتم اختياره عن طريق لجنة طلب العروض، التي يتم تشكيلها طبقا لنص المادة (٥-١٤١٤) سالفة الذكر.

من هنا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي^(٣) إلى الربط بين الحدود أو العتبات الأوروبية، وبين أساليب التعاقد الرسمية، إذ يرى أنه كلما كانت القيمة التقديرية للاحتياجات تساوي أو أعلى من القيمة الأوروبية، كلما كان أسلوب التعاقد الرسمي هو الواجب في الاتباع، وفي هذه الحالة يصبح اللجوء إلى لجنة طلب العروض أمرا إلزاميا ووجوبيا، وبمعنى آخر عدّ هذا الرأي أن معيار حتمية تشكيل لجنة طلب العروض مع ضرورة اللجوء إليها في خصوص تعاقدات الشراء العام هو الأسلوب المعتمد للتعاقد، إذ أنه كلما كان هذا الإجراء من الإجراءات الرسمية فإنه يكون من الحتمي أن يسند أمر الترسية إلى لجنة طلب العروض بسبب القيمة التقديرية المشار إليها، أما إذا كان الإجراء ليس كذلك بل من الإجراءات الاختيارية، فإنه ليس بالضرورة أن توجد لجنة طلب العروض يتحتم اللجوء إليها عند تعاقدات الشراء العام وأيا كانت قيمة هذه

(١) بيو خلاف، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(٢) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(٣) De Berey, l'intervention de la commission d'appel d'offre dans la cadre des procédures d'attribution des marchés, DAJ, 5 août 2016, p.4.

التعاقدات، ثم يضيف هذا الرأي قائلاً، وإن رغبت الجهة المتعاقدة في أن تلجأ إلى لجنة طلب العروض - وهذا جائز لها- فإنها تلجأ فقط للاستشارة من دون أن تكون ملزمة بما تنتهي إليه هذه اللجنة من رأى.

بينما يرى آخر^(١) إن القول أعلاه يتناقض بشكل واضح مع صريح نص المادة (٢-١٤١٤) من قانون الوحدات المحلية التي ربطت بين حتمية أن يتم اختيار العطاء الفائز في تعاقدات الشراء العام من قبل لجنة طلب العروض، وبين أن تكون القيمة التقديرية لهذه التعاقدات مساوية أو متجاوزة للحدود أو العتبات الأوروبية، وذلك من دون أن تشير إلى نوع أسلوب التعاقد المعتمد لهذا الغرض، أي أنها لا تفرق في هذا الخصوص بين أن يكون هذا الأسلوب من الأساليب الرسمية، أو من الأساليب الاختيارية، الأمر الذي يؤكد - والحال هكذا- أن معيار حتمية اللجوء إلى لجنة طلب العروض لاختيار العطاء الفائز - وإلا كان هذا الاختيار باطلاً- هو القيمة التقديرية للشراء محل التعاقد، فإن كانت هذه القيمة تعادل أو تتجاوز حدود أو عتبات القيمة التقديرية للتعاقدات الأوروبية، كان من الحتمي اللجوء إلى لجنة طلب العروض، وذلك بصرف النظر عن طبيعة الإجراء المعتمد في هذا الخصوص، أما إذا كانت القيمة التقديرية أقل من هذه الحدود أو العتبات، فإن اللجوء إلى تلك اللجان ليس حتمياً أو ضرورياً وأياً كان الإجراء المتبع في هذا الشأن.

أما في مصر، فيلاحظ أن تشكيل لجنة فتح العطاءات مغاير لما هو عليه الحال في فرنسا، إذ نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على (تتولى إجراءات جميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (٧) من هذا القانون لجان تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفقاً لأهمية وطبيعة التعاقد على أن يتضمن قرار تشكيلها موعد انتهائها من أعمالها وتباشر هذه اللجان عملها على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون ويكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تتولى إحداهما فتح المظاريف وتتولى الأخرى البت في المناقصة... ولا يجوز الجمع بين رئاسة اللجان المنصوص عليها بهذا القانون واعتماد أعمالها)^(٢).

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٢) المادة (٢٨) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

ونلاحظ على النص المتقدم، إن المشرع المصري أوكل مهمة البت في المناقصات إلى لجنتين الأولى لجنة فتح المظاريف، والثانية لجنة البت في المناقصة^(١)، ولم تكن صياغة النص موفقة، إذ كيف تعهد مهمة البت إلى لجنتين ثم تخصص تلك المهمة للجنة الثانية دون الأولى، لذا كان الأوفق أن يفرق المشرع بينهما، بأن يعهد للجنة الأولى اختصاص فحص العطاءات وللجنة الثانية اختصاص البت فيها، كما يظهر لنا من خلال النص المذكور، إن لجان البت هي لجان مؤقتة يحدد قرار تشكيلها موعد انتهائها من أعمالها، فضلا عن إن قانون تنظيم التعاقدات منع الجمع بين رئاسة اللجنتين فقط، وإن كان الأولى منع الجمع بين جميع أعضاء اللجنتين وليس الاقتصار على الرؤساء، ضمانا لحيدة واستقلال عمل اللجنتين.

ثم بينت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ الأعضاء المكونين للجان البت، التي نصت على (يكون تشكيل اللجان وفقا لما نصت عليه المادة (٢٨) من القانون على أن تكون برئاسة موظف تتناسب درجته الوظيفية وخبراته مع قيمة وأهمية التعاقد وطبيعة العملية ويضم إليها عضوا من إدارة التعاقدات وعضوا من الإدارة الطالبة أو المستفيدة ويجوز للسلطة المختصة ضم عضوا أو أكثر من الجهة الإدارية أو غيرها وبحد أقصى ثلاثة أعضاء حسب طبيعة وأهمية العملية وفي جميع الحالات يجب أن لا يجاوز عدد أعضاء اللجنة خمسة عشر عضوا...)^(٢)، وزيادة على ما تقدم فقد ألزمت اللائحة ذاتها أن يشترك في عضوية لجنة فتح المظاريف أيضا ممثل عن وزارة المالية، وعضو من إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، وجاء فيها (يجب أن يشترك في عضوية لجنة فتح المظاريف ولجان البت في المناقصات ولجنة الممارسة ممثل عن وزارة المالية إذا تجاوزت القيمة التقديرية مليون جنيه، وعضو من إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إذا تجاوزت القيمة التقديرية مليوني جنيه... وفي جميع الأحوال لا يكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا بحضور ممثل وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة...)^(٣).

أما في الكويت، فإن المشرع الكويتي وافق المشرع الفرنسي عبر اعتماده نظام اللجنة الواحدة التي تأخذ على عاتقها القيام بإجراءات التعاقد كافة من استلام وفتح وتحليل وتقييم للعطاءات، فقد منع المشرع

(١) عدا حالة واحد أجاز فيها المشرع المصري تشكيل لجنة واحدة، وهو ما نصت عليه المادة (٢٨) من قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ وجاء فيها (على أنه بالنسبة للمناقصة التي لا تجاوز قيمتها ثلاثمائة ألف جنيه يكون فتح المظاريف والبت فيها عن طريق لجنة واحدة...).

(٢) المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ .

(٣) المادة (٢٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

الكويتي بموجب قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ الجهات العامة أن تستورد أصناف أو أن تكلف مقاولين بتنفيذ اعمال إلا عن طريق الجهاز المركزي للمناقصات العامة^(١)، ويتألف الأخير من مجلس إدارة الجهاز الذي يضم سبعة أعضاء يصدر بتسميتهم مرسوم بناء على ترشيح الوزير المختص بعد موافقة مجلس الوزراء لمدة أربع سنوات غير قابلة للتجديد، ويعين من بينهم رئيساً ونائباً له متفرغين، على أن تنتهي عضوية ثلاثة من أعضاء المجلس المشكل لأول مرة بعد سنتين من التعيين من دون أن يكون من بينهم الرئيس ونائبه، ويصدر مرسوم بتحديد من تنتهي مدة عضويتهم وتعيين من يحل محلهم لمدة أربع سنوات، ويشترط في هؤلاء الأعضاء أن يكونوا كويتيين ومن ذوي النزاهة والخبرة والتخصص في الشؤون الهندسية والنفطية والطبية وفي المجالات ذات الصلة بعمل الجهاز، ولا يكون قد صدر بشأنهم حكم نهائي بشهر الإفلاس أو الإدانة في جناية أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة^(٢).

ويضم مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة ضمن تشكيلته أيضاً ممثلاً عن كل من إدارة الفتوى والتشريع، وزارة المالية، الجهة المختصة بشؤون التخطيط بالدولة، الهيئة العامة للقوى العاملة، والجهة الحكومية التي ستشرف على تنفيذ المناقصة، ويتم اختيارهم دورياً لمدة أقصاها أربع سنوات لممثل كل جهة، ولمجلس الإدارة الاستعانة بمن يراه من ذوي الخبرة سواء من الجهة صاحبة الشأن أم من غيرها وذلك لاستيضاح أي من الأمور التي تتعلق بمباشرة اختصاصاته من دون أن يكون له التصويت^(٣).

(١) المادة (٢/أولاً) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل. يعرف الجهاز المركزي للمناقصات العامة بأنه (هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية لها ميزانية ملحقة وتحلق بمجلس الوزراء)، ينظر المادة (٤) من القانون نفسه. ويعد الجهاز المركزي جهة من الجهات المركزية كونه معلق بمجلس الوزراء، لأن الأخير أحد عناصر السلطة التنفيذية للدولة، والسلطة التنفيذية في الدولة تمثل الإدارة المركزية، ومن شأن هذه الطبيعة القانونية للجهاز المركزي أن تعزز دوره في تنظيم ومتابعة التعاقدات الإدارية ومراقبتها، إذ أن مركزية الجهاز بالنسبة لدولة الكويت التي تعد دولة صغيرة المساحة مقارنة بالدول المجاورة هو أمر إيجابي وفعال، فمن مزايا المركزية الإدارية أنها تتوافق مع الدولة حديثة النشأة التي لا تتمتع بمساحات كبيرة تتطلب وجود أكثر من هيئة إقليمية في كل منطقة أو إقليم من الدولة. ينظر أ. فرح ملا يوسف، الجهاز المركزي للمناقصات العامة أداة لمكافحة الفساد، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد ٤، الجزء ٢، ٢٠٢٠، ص ٣٠٢-٣٠٣.

(٢) المادة (٥/أ) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٣) المادة (٥/ب، ج، د، هـ، و) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

هذا قد بيّن قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ اختصاص الجهاز المركزي للمناقصات العامة، إذ يختص في (طرح المناقصات العامة (وما في حكمها من أساليب التعاقد) وتلقي العطاءات والبت فيها وارسائها وإلغائها...)^(١).

وفي التشريع العراقي، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على (تشكل في جهة التعاقد لجنة أو أكثر لفتح العطاءات من ذوي الخبرة والاختصاص تكون برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الثالثة وعضوية ممثل عن كل من الدوائر القانونية والمالية وتشكيلات العقود فيها وموظف فني مختص ومقرر لا تقل درجته الوظيفية عن السادسة)^(٢)، ومن الملاحظ على هذا النص أنه أشار إلى أن يكون هناك ممثل عن الدائرة القانونية والمالية، والتمثيل يجب أن لا يكون على أساس الانتساب للدوائر، فربما يكون الموظف منسباً للدائرة القانونية إلا أنه لا يحمل اختصاص قانوني، لذا كان الاجدر أن يتم ذكر عبارة (ممثل عن الاختصاصات القانونية والمالية)^(٣)، ولا يتفق الباحث مع ما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية من أمكانية تشكيل أكثر من لجنة لفتح العطاءات في جهة التعاقد لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تأخير إجراءات حسم الإحالة، سواء بسبب إجراءات كلتا اللجنتين، أم بسبب ما قد يحصل نتيجة اختلاف وجهات النظر بينهما، ناهيك عما قد تواجه جهات التعاقد من مشكلة عدم توافر العناصر الكافية لشغل التخصصات المنصوص عليها للدخول في عضوية اللجنة، لذا كان الأوفق الاقتصار على تشكيل لجنة واحدة فقط للقيام بمهمة فتح العطاءات مراعاة لما ذكرنا، واسوة بما سارت عليه تشريعات الدول محل المقارنة.

ومن ناحية أخرى فقد منعت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ الجمع بين لجنتي فتح العطاءات ولجنة تحليل وتقييم العطاءات، وجاء فيها (لا يجوز الجمع بين رئاسة وعضوية لجان فتح

(١) المادة (١/٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٢) المادة (٦/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. وفي حالة عدم توفر العناوين الوظيفية لرئاسة اللجنة في جهة التعاقد فيمكن التنسيب من الدوائر التابعة لجهة التعاقد لتشكيل هذه اللجان. كتاب وزارة التخطيط عدد

١٥٢٩٤، في ٣٠/٦/٢٠١٥، منشور على موقع الوزارة المذكورة، <https://mop.gov.iq>.

(٣) محمد سالم لهميمص، مصدر سابق، ص ١١٢.

العطاءات ولجان تحليل وتقييم العطاءات)^(١)، خلافا للمشرع المصري كما مر معنا، إذ قصر المنع على رئاسة اللجنتين فقط دون الأعضاء، وحسنا فعل التشريع العراقي حفاظا على حياد واستقلال أعضاء اللجان.

الفرع الثاني

اختصاص لجنة فتح العطاءات

عادة ما يكون اختصاص لجنة فتح العطاءات أو المظاريف في الدول التي تعتمد نظام اللجنتين اعدادي لا يتعدى فحص العطاءات وتنشيط حالتها، إلا أن هذا القول لا يعني أنها لجنة شكلية لا طائل منها، بل على العكس هي في غاية الأهمية، إذ تمثل البداية الصحيحة لإبرام عقد سليم فيما لو أحسن تنظيم أعمالها وادائها لواجباتها، والعكس صحيح، كما تبرهن اللجنة نزاهة وشفافية عمل الإدارة^(٢).

ووفقا للتشريع الفرنسي، فحتى تكون اجتماعات لجنة طلب العروض في فرنسا صحيحة، فإنه يجب وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي المستقر توجيه الدعوة للاجتماع إلى جميع الأعضاء، بل ولضمان هذا الأمر، فإن مثل هذه الدعوى يجب أن توجه بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وكذلك عبر وسائل الاتصال الالكتروني المتاحة، وذلك لما يمثله غياب أحد الأعضاء من أثر على مشروعية ليس فقط اجتماع اللجنة وإنما أيضا على ما يصدر عنها من قرارات، أما إذا تم إبلاغ جميع أعضاء اللجنة رسميا بموعد انعقاد اللجنة، ثم تغيب عضو أو أكثر، فإن هذا التغيب لا أثر له على صحة انعقاد اللجنة أو على ما تتخذه من قرارات^(٣)، كما نص قانون الوحدات المحلية المعدل على أن النصاب الصحيح لانعقاد لجنة طلب العروض يكون بحضور أكثر من نصف عدد الأعضاء الأصليين^(٤)، فإذا لم يكتمل هذا النصاب بعد الدعوة الأولى للجنة الانعقاد تتم دعوة اللجنة للمرة الثانية عندها يكون اجتماعها صحيحا حتى لو لم يكتمل النصاب المذكور، وهو ما كان قد استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ففي حكم له بتاريخ ١٩٧٣/٥/٢ اتجه المجلس إلى أن انعقاد وقرارات اللجنة تعد صحيحة بحضور أكثر من نصف عدد الأعضاء الأصليين، إذ يكفي في هذه الحالة حضور الرئيس وثلاثة أعضاء مع غياب الثلاثة أو الأربعة أعضاء الآخرين، مع ملاحظة أن الأعضاء الاستشاريين لا يتم احتسابهم ضمن النصاب القانوني لعدد الحضور باللجنة، فالعبرة

(١) المادة (٦/ رابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٤) المادة (٥ _ ١٤١١) من قانون الوحدات المحلية لسنة ٢٠٠٧.

فقط بالأعضاء الذين لهم حق الاشتراك في اتخاذ القرارات، فضلا عن ذلك، فإنه يلزم ضرورة حضور الرئيس أو من يمثله ضمن الأعضاء الذين يملكون سلطة التقرير ليكون النصاب مشروعاً، بمعنى أنه لو حضر أكثر من نصف عدد الأعضاء الذين يتمتعون بسلطة التقرير وكان الرئيس غائباً، فإن الجلسة تكون عندئذ غير مشروعة^(١).

هذا وتختص لجنة طلب العروض بفتح المظاريف المتضمنة طلبات الترشيح أو العطاءات، وتوضع قائمة بالمرشحين المقبولين، وإرساء العقد أو إلغاء طلب العروض، بعد فحص الضمانات المهنية والمالية لهم كافة، ومدى قدرتهم وكفاءتهم على استمرارية الخدمة العامة وتحقيق المساواة بين المنفعين بهذه الخدمة^(٢).

ويرى جانب من الفقه أنه طالما كان اختصاص لجنة طلب العروض يقتصر على الإسناد أو الترسية، فإنه ليس من الضروري أن يأخذ تشكيل هذه اللجنة صفة الدائمة، وإنما فقط صفة التأقيت، بمعنى أن يترك للجهات المتعاقدة الحرية في تشكيل اللجنة كلما كان هناك تعاقد للشراء العام، أما إن لم يكن هناك مثل هذا التعاقد، فلا ضرورة لوجود لجنة طلب العروض قائمة بشكل دائم، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع - بحسب هذا الرأي - من وجود لجان دائمة تجتمع بصفة دورية - تبعاً للحاجة - حتى تتجنب مشاكل اختيار أعضاء هذه اللجنة مع كل تعاقد يحتم وجودها^(٣).

ومن ناحية أخرى، فإن ما انتهى إليه نص المادة (٢-١٤١٤) من قانون الوحدات المحلية لسنة ٢٠٠٧ من أن اختيار العطاء الفائز - في حالة ما إذا كانت القيمة التقديرية تساوى أو تجاوز الحدود أو العتبات الأوروبية - يكون من اختصاص لجنة طلب العروض من دون أن يشير إلى ما كانت تتمتع به اللجنة - في ظل تقنين الشراء العام السابق - من اختصاصات عديدة منها فتح مظاريف الترشيحات أو العطاءات، ورفض الترشيحات غير المكتملة المستندات، وحرمان بعض المرشحين بسبب أو آخر، واستبعاد

(١) د. صلاح الدين فوزي، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(2) Marchés publics, encyclopédie commission d'appel d'offres (CAO), voir sur site: http://www.acheteurs_publics.com/marches_publics_encyclopedie/commission_d_appel_d_offres_cao .

(3) De Berey, l'intervention de la commission d'appel d'offre dans la cadre des procédures d'attribution des marchés, DAJ, 5 août 2016, p.5.

العطاءات غير الشرعية أو غير الملائمة أو غير المقبولة، وإعلان عدم متابعة أو الاستمرار في الإجراءات...الخ.

وهذا الذي انتهى إليه النص السابق، فقد يجد قبولاً لدى جانب من الفقه، الذي عدّه أمراً منطقياً، فطالما يقع على عاتق لجنة المناقصات في نهاية المطاف اختيار العطاء الفائز، فإن هذا يفترض بداهة قيام اللجنة - للوصول إلى هذه النهاية - القيام بالمراحل والإجراءات السابقة كافة، فليس هناك وفقاً لهذا الرأي ما يدعو إلى النص عليها في صلب القانون^(١).

ومع ذلك يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن قيام لجنة فتح المظاريف بحرمان بعض المرشحين أو استبعاد بعض العطاءات مثلاً أو إعلان انتهاء إجراءات المناقصة، من دون أن يكون هناك نص صريح، يمنحها هذا لاختصاص، قد يعرض هذه الإجراءات للبطال أمام القضاء الإداري، خاصة أن السلطة التنفيذية أو بمعنى أدق السلطة المختصة بالتوقيع على العقد قد ترى أمام سكوت النص أنها هي صاحبة هذا الاختصاص أو ذاك^(٢).

وأما التشريع المصري، فإنه يتعين على إدارة التعاقدات وقبل أن تباشر لجنة فتح المظاريف عملها اخطار من تم ترشيحه من أعضاء اللجنة بموافقة السلطة المختصة كتابة، على أن يتضمن الاخطار موضوع العملية وموعد ومكان انعقاد اللجنة والجدول الزمني لانتهائها من اعمالها^(٣)، كما يتعين على إدارة التعاقدات أيضاً تبليغ كل من ممثل وزارة المالية، وعضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة بذلك، وقبل عشرة أيام على الأقل^(٤)، بعدها تجتمع لجنة فتح المظاريف في الزمان والمكان المحددين بكراسة الشروط والمواصفات في جلسة علنية عامة بحضور من يرغب من أصحاب العطاءات أو من ينوب عنهم شريطة تقديم التفويض الدال لفتح المظاريف الفنية، عندها يقوم رئيس إدارة التعاقدات بتسليم رئيس اللجنة ملف العملية والعطاءات

(1) N. Charrel, Les CAO et la reforme des marchés publics, la nouvelle fiche Bercy source d'interrogations et d'insécurité juridique, F. Llorens et W. Zimmer, "Commissions d'appel d'offre, le nouveau role des commissions d'appel d'offres, Contrats et Marchés publics, n98, août, 2016, p.6.

(2) Berand Michel Bloch, Code de la command publique commenté, 17 eme éd, le moniteur, paris, 2019, p.67.

(٣) المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (٦١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

المحفوظة لديه، وتباشر اللجنة اختصاصها بالتحقق من العطاءات ومدى موافقتها لشروط التعاقد، وتعد محضرا بأعمالها مرفقة معه المظاريف الفنية وجميع الأوراق المقدمة وتسلمها لمدير إدارة التعاقدات لحفظها لديه لغرض تسليمها للجنة البت^(١).

ثم تجتمع لجنة فتح المظاريف بتشكيلها السابق في اجتماع علني مرة أخرى لفتح المظاريف المالية لأصحاب العطاءات المقبولة فنيا، وتتولى مباشرة إجراءاتها بفتح المظاريف المالية وتعد محضرا ترفعه لمدير إدارة التعاقدات ليتولى تقديمه إلى لجنة البت لغرض دراستها واختيار الأنسب منها^(٢)، ولا يجوز للجنة فتح المظاريف استبعاد أي عطاء، أو تلافي الملاحظات الواردة فيها، أو اتخاذ أي قرارات تتعلق بالعطاءات المقدمة، إذ ينحصر دورها في تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وتوثيق محتويات المظاريف، وعلى إدارة التعاقدات نشر محضر المظاريف الفنية والمالية على بوابة التعاقدات^(٣)، وعلى لجنة فتح المظاريف الفنية والمالية ان تتم عملها بأكمله في الجلسة ذاتها^(٤).

أما في الكويت، فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على أن يعقد مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة بدعوة من رئيس المجلس أو نائبه في حالة غيابه، ويشترط لصحة انعقاد المجلس حضور أغلبية أعضائه على الأقل من بينهم الرئيس ونائبه، ويكون الاجتماع في مقر الجهاز المركزي للمناقصات العامة، ويصدر مجلس الإدارة قراراته بأغلبية أعضائه مالم يوجد نص في هذا القانون يقر خلاف ذلك، وفي حال تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس، وفي حالة غياب أو عدم استطاعة رئيس المجلس القيام بواجباته لأي سبب مؤقت ولم يكن ممكنا أو جائزا لنائبه الحل محلّه يجب على المجلس في أول اجتماع تال له تكليف أحد أعضائه بأعمال رئيس المجلس بالوكالة لهذه الجلسة^(٥).

ويجب على الجهاز المركزي للمناقصات العامة عند مباشرة إجراءاته إحالة مظاريف العطاءات الفنية إلى الجهة صاحبة الشأن لتقوم بدراستها وتقديم التوصية في شأنها إلى الجهاز خلال مدة (٣٠) ثلاثين يوما من تاريخ الإحالة إليها، وعليها أن تبين بالتفصيل أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات

(١) المادة (٦٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٦٢) والمادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (٦٢ و ٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٥) المادة (٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنيا بعدها تعاد المظاريف إلى مجلس إدارة الجهاز المركزي وللأخير الاستعانة بقطاعه الفني لإبداء الرأي متى تطلب الامر، ولا تفرض المظاريف المالية إلا بعد ورود التوصية الفنية بشأنها وتعاد المظاريف المالية للعروض الفنية غير المقبولة إلى أصحابها دون فتحها^(١)

وتفتح المظاريف في الزمان والمكان المحددين في وثائق المناقصة بجلسة علنية وبحضور مقدمي العطاءات أو من يمثلهم، وتبث على الموقع الالكتروني للجهاز المركزي^(٢)، ويجتمع المجلس أو أية لجنة يشكلها في تمام الساعة التاسعة صباحا في مقر المجلس ليتولى دراسة العطاءات وتثبيت حالتها واعداد كشف بنتيجة فتح العطاءات الفنية والمالية بحسب الاحوال^(٣)، بعد ذلك يخطر مقدمو العروض المقبولة فنيا بموعد ومكان انعقاد الجلسة المخصصة لفتح المظاريف المالية، ويتولى المجلس فتح المظاريف مباشرة بذات الإجراءات الخاصة بفتح المظاريف الفنية^(٤).

وفي العراق فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط على أن (تجتمع لجنة فتح العطاءات (المشكلة قبل تأريخ غلق المناقصة) حال انتهاء الوقت المحدد لغلق المناقصة أو بداية الدوام الرسمي لليوم التالي بموافقة رئيس جهة التعاقد أو من يخوله عند اقتضاء الحاجة وذلك للمباشرة بعملية الفتح العلني وبحضور الراغبين من مقدمي العطاءات أو ممثليهم المخولين... ويتم انجاز المهمة في مدة لا تتجاوز (٣) أيام...)^(٥).

ولنا على هذا النص الملاحظات الآتية:

١- من حيث الدعوة للانعقاد: لم يبين لنا النص الإجراء الواجب اتباعه لدعوة أعضاء اللجنة للانعقاد، وهو ما لم تتسالم عليه التشريعات المقارنة، وطالما لم يحدد النص ذلك فمعناه أن الأمر متروك لسلطة التعاقد تختار الشكلية المناسبة لدعوة أعضاء اللجنة.

٢- من حيث موعد الانعقاد: ذكر النص مواعدين لانعقاد اللجنة، الموعد الأول حال انتهاء موعد غلق المناقصة، والموعد الآخر هو بداية الدوام، وأوكل اختصاص تحديد أيهما إلى موافقة رئيس جهة التعاقد أو

(١) المادة (٤٩) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٢) المادة (٤٨) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٣) المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

(٤) المادة (٥١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٥) الفقرة (٣/أولا/ج) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

من يخوله، فكان الأولى تحديد وقت معين لانعقاد اللجنة، وأن يكون انعقادها بحكم القانون في بداية اليوم التالي بعد انتهاء مدة تقديم العطاءات، ومن دون حاجة إلى موافقة الرئيس أو من ينوب عنه، لاحتمال تأخر الرئيس عن اصدار موافقته على اجتماع اللجنة.

وعلى رئيس لجنة فتح العطاءات التأكد من (حضور أعضاء اللجنة قبل عملية فتح العطاءات وفي حالة عدم حضور البعض منهم فيستكمل الغياب من الموظفين بنفس الاختصاص يحددهم رئيس جهة التعاقد أو من يخوله)^(١).

مع الإشارة إلى مسألة أخرى، إن فتح العروض الفنية والمالية في العراق يتم في الوقت نفسه، وهو ما نصت عليه ضوابط وزارة التخطيط بقولها (على لجنة فتح العطاءات للمناقصات الخاصة بالمقاولات العامة بمختلف أنواعها وعقود التجهيز والخدمات غير الاستشارية فتح العروض الفنية والتجارية في نفس الوقت باستثناء المناقصة بمرحلتين والمناقصة العامة بطريق التأهيل الفني)^(٢).

المطلب الثاني

لجنة تحليل وتقييم العطاءات

إن مرحلة تقييم العطاءات إجراء شكلي يتم عن طريقها التثبت من المقبولية الفنية والمالية للعروض التنافسية، بهدف احالة المناقصة للمناقص الأكفأ من بين المتنافسين، ويعد هذا الإجراء مرحلة هامة في تكوين العقد الإداري، فعن طريقه يتم فحص مدى استجابة عرض المناقص للشروط الفنية المنصوص عليها بكراسات الشروط من جهة والدراسة التحليلية للعرض المالي، جهة أخرى تتمكن اللجنة من اقتراح العرض الذي تتوافر فيه الضمانات والفنية والمالية القادرة على انجاز المشروع بالكيفية المطلوبة بما يتفق ومتطلبات المصلحة العامة، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول تشكيل لجنة تحليل وتقييم العطاءات، بينما سنوضح في الفرع الثاني اختصاص لجنة تحليل وتقييم العطاءات.

(١) الفقرة (٣/أولاً/ب) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٢) الفقرة (أولاً/ب/٣) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

الفرع الأول

تشكيل لجنة تحليل وتقييم العطاءات

إن اتجاه المشرع إلى تشكيل لجنة تقييم العطاءات يكمن في ضمان شفافية ونزاهة المناقصات وحياديتها، بأن تتولى لجنة أخرى دراسة وتقييم العطاءات غير تلك التي تولت فتحها من أجل الفصل بين المهام والواجبات حفاظاً على موضوعية إجراءات الإدارة في إحالة المناقصات وترسيبتها^(١)، لذلك يعمد القانون إلى النص على تشكيلها وتحديد اختصاصاتها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات، ووفقاً لذلك فقد عرفت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٩ لجنة البت بأنها (اللجنة المسؤولة عن فحص وتقرير ومراجعة ودراسة العروض الفنية والمالية المقدمة في العمليات المطروحة والتحقق من مطابقتها لشروط الطرح والتوصية بالبت فيها بالإرساء أو الاستبعاد أو الإلغاء)^(٢)، وفيما يخص تشكيل لجنة البت، فقد ذكرنا فيما سبق أن المشرع المصري بموجب قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية قد اعتمد نظام اللجنتين وساوى بينهما من حيث الأعضاء^(٣)، فتجنباً للتكرار فإننا سنكتفي بما ذكرناه عند حديثنا عن لجنة فتح المظاريف، وبناءً على ذلك نتساءل عن أثر مخالفة تشكيل لجنة البت للشكل الذي حدده القانون، فهل يترتب عليه بطلان اجتماعاتها ومن ثم بطلان نتائج هذا الاجتماع؟

وبشأن الإجابة عن هذا التساؤل نشير إلى أن الفقه قد ذهب حيال ذلك إلى ثلاثة اتجاهات هي:

(١) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(٢) المادة (١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٣) (تتولى إجراءات جميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (٧) من هذا القانون لجان تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفقاً لأهمية وطبيعة التعاقد على أن يتضمن قرار تشكيلها موعد انتهائها من عملها... ويكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تتولى إحداها فتح المظاريف وتتولى الأخرى البت في المناقصة...)، ينظر المادة (٢٨) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل. كما نصت المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ على (يكون تشكيل اللجان وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٨) من القانون على أن تكون برئاسة موظف تتناسب درجته الوظيفية وخبراته مع قيمة وأهمية التعاقد وطبيعة العملية ويضم إليها عضواً من إدارة التعاقدات وعضواً من الإدارة الطالبة أو المستفيدة ويجوز للسلطة المختصة ضم عضواً أو أكثر من الجهة الإدارية أو غيرها وبحد أقصى ثلاثة أعضاء حسب طبيعة وأهمية العملية وفي جميع الحالات يجب أن لا يجاوز عدد أعضاء اللجنة خمسة عشر عضواً...).

الاتجاه الأول: يرى ضرورة أن تجتمع اللجنة سواء في ذلك اللجنة المختصة بفتح المظاريف أو لجنة البت بكامل تشكيل أعضائها المقرر قانوناً، لأن التشكيل على هذا النحو إنما هو مقرر لمصلحة المتقدمين بعباءاتهم، إذ يضمن في الواقع سلامة إجراءات الترسية أو شفافيتها، ومن ثم يمثل أحد الأشكال الجوهرية التي يترتب على تخلفها بطلان اجتماع اللجنة، ومن ثم بطلان ما يصدر عنها من قرارات، خاصة أن القانون عندما أشرط أن يشتمل تشكيل اللجنة - أية لجنة - على عناصر مالية وفنية وقانونية، إنما استهدف من وراء ذلك أن تقوم هذه اللجان بعملها في إطار من الفهم الفني القانوني لإجراءات المناقصة^(١).

الاتجاه الثاني: يرى أن غياب عضو أو أكثر - بعد توجيه الدعوة لهم - لا يمكن أن يؤدي إلى بطلان انعقاد اللجنة، أو ما يصدر عنها من قرارات، لأن قاعدة حضور جميع الأعضاء تحتاج إلى نص يقرها، وهو ما لم يحدث، ولأن الأخذ بقاعدة حضور جميع الأعضاء يتعارض مع قاعدة هامة أخرى، وهي قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فلو طبقت قاعدة حضور جميع الأعضاء لترتب على ذلك تعطيل أعمال الإدارة بالإرادة المنفردة لعضو أو أكثر من أعضاء اللجنة^(٢)، وقد اعتنقت هذا الرأي اللجنة الثانية بقسم الفتوى بمجلس الدولة بقولها (...إن المشرع قد أحاط بالسلطة المختصة بالجهات الإدارية تشكيل لجان فتح المظاريف والبت وضماناً لسلامة عمل تلك اللجان وسعيًا وراء تحقيق الغرض المرجو منها فقد قرر ضرورة تضمين ذلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية، إلا أن المشرع لم يعلق صحة عمل تلك اللجان على ضرورة حضور كل العناصر المشار إليها، ذلك أنه إذا كان قد أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك، ويؤكد هذا النظر أن المشرع عندما رأى ضرورة وأهمية حضور عناصر معينة كمندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشكيل لجنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديرية للمناقصة حدوداً معينة، فإنه قرر عدم صحة انعقادها إذا تخلف مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى...)^(٣).

(١) د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٤٢١. وأيضاً د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مصدر سابق، ص ١٢٨.

وكذلك د. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٤٩.

(٢) د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار

النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٠٩.

(٣) فتوى رقم (٤٧) في ١٩٩١/٣/٢٥، نقلاً من د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

الاتجاه الثالث: ويميز بين اجتماعات لجنة فتح المظاريف ولجنة البت في المناقصة، إذ يرى أنه نظراً لأن اختصاص لجنة فتح العطاءات يتجسد فقط في مجرد إثبات حالة العطاءات والأوراق المرفقة بها من دون أن يكون لها حق في إبداء أية توصيات، الأمر الذي يغدو معه عمل تلك اللجنة - كما ذكرنا - عمل مادي روتيني لتسهيل أعمال لجنة البت، ومن ثم فإن اجتماعها بدون استكمال سائر أعضائها لا يبطل هذا الاجتماع، وما يتخذ فيها من قرارات، أما فيما يتعلق بلجنة البت في المناقصة، فيرى أنه يجب أن تكون اجتماعاتها بالتشكيل الذي نص عليه القانون، بما يعني أنه إذا تخلف عضو أو أكثر من بين أعضائها، تصبح هذه الاجتماعات باطلة، ويبطل أيضاً ما يتم اتخاذه على أساسها من قرارات، فضلاً إلى أن عمل لجنة البت يتعلق بجوهر أو موضوع التعاقد، وذلك على عكس لجنة فتح المظاريف التي يتصل عملها بالشكل أو بإجراءات مادية روتينية لا علاقة لها بجوهر أو موضوع التعاقد، ومن ثم فإن تواجد أعضاء لجنة البت جميعاً لمباشرة هذا العمل يعد أمراً حيوياً وهاماً ويترتب على تخلف أي منهم بطلان هذا العمل^(١).

أما الآن وبعد أن نصت اللائحة التنفيذية للقانون الحالي لسنة ٢٠١٩ على ضرورة توقيع جميع أعضاء لجنة فتح المظاريف ولجنة البت على محضريهما بعد إثبات خطوات عملها كافة في السجل المعد لذلك^(٢)، وعليه يمكننا القول أن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات قطعت القول وأصبح من الواجب حضور جميع أعضاء كل من اللجنتين، وإلا كان البطلان حليف قراراتها.

أما في الكويت، فلا يمكن الحديث عن لجنة مستقلة تختص بتحليل وتقييم العطاءات لأن المشرع الكويتي اعتمد نظام اللجنة الواحدة التي تتولى القيام بإجراءات المناقصة كافة من استلام للعطاءات وفتحها وتحليلها وإرساء المناقصة، والأمر ذاته فيما يخص موقف المشرع الفرنسي.

وفي التشريع العراقي، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على أن تشكل في جهة التعاقد (لجنة أو أكثر لتحليل وتقييم العطاءات من الجوانب الفنية والمالية والقانونية وتكون برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الثانية من ذوي الخبرة والاختصاص وعضوية عدد من الفنيين المختصين بما فيهم قانوني ومالي ومقرر للجنة لا تقل درجته الوظيفية عن السادسة)^(٣).

(١) د. مهدي مختار نوح، مصدر سابق، ص ٤٧٤.

(٢) المادة (١٢/٦٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٦/أولاً ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

وما يلاحظ على النص المتقدم أنه لم يحدد عدد الموظفين المختصين الذين يجوز للجنة الاستعانة بخبرتهم، على الرغم من أهمية اللجنة وفعاليتها الخاصة في بعض المناقصات ذات التخصص العالي، لاسيما إذا علمنا أنها لجنة توصية لا لجنة اتخاذ قرارات نهائية^(١)، ما يتوجب الاهتمام بتشكيلها من الجوانب كافة الشكلية والموضوعية.

ويمكن للجنة تحليل وتقييم العطاءات الاستعانة بخبرة موظفين مختصين من ذوي الخبرة أو جهة مختصة بطبيعة المناقصة^(٢)، كما منعت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ الاشتراك في عضوية اللجنتين بنصها (لا يجوز الجمع بين رئاسة وعضوية لجان فتح العطاءات ولجان تحليل وتقييم العطاءات)^(٣).

الفرع الثاني

اختصاص لجنة تحليل وتقييم العطاءات

تختص لجنة تحليل وتقييم العطاءات بشكل رئيس بتحديد صاحب العطاء الذي يستحق إحالة المناقصة عليه، والذي يتم التوصل إليه من خلال استبعاد العطاءات المخالفة أو غير المنسجمة مع معايير الإحالة واختيار أفضل عطاء من مجمل العطاءات المقدمة^(٤)، فمن خلال فحص مدى استجابة العطاء للشروط الفنية والدراسة التحليلية للعرض المالي تتمكن اللجنة من اقتراح العطاء الذي تتوفر فيه الضمانات الفنية والمالية القادرة على انجاز المشروع بالكيفية المطلوبة، وهو ما أكدته القضاء الإداري الفرنسي بخصوص تعريف هذه المرحلة بحكمه الصادر ١٩٥٨ بأنها (المرحلة التي يقوم بها الشخص المكلف بالعقود بفحص العروض والنظر في مدى مطابقتها الفنية الاجمالية للشروط المعلنة بكراسات الشروط واستجابتها لأهم المواصفات الفنية المطلوبة وتصنيف العروض المالية للمقاولات فنيا)^(٥).

وهذا ما نصت على بيانه تشريعات الدول محل المقارنة، ففي التشريع المصري بين قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ اختصاص لجنة البت، وجاء فيه (تتولى لجنة البت دراسة العطاءات المقدمة وفق

(١) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

(٢) المادة (٦/ ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) المادة (٦/ رابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

(٥) ياسمين غانم، مصدر سابق، ص ١٣٩.

أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والشروط والمواصفات المعلن عنها...^(١)، وقد ذكرنا سابقاً أن لجنة فتح المظاريف يكون لها اجتماعان: الأول لفتح المظاريف الفنية وبعد الانتهاء منه ترفع محضرها إلى رئيس إدارة التعاقدات ليقدمه إلى لجنة البت لدراستها وتقييمها والتوصية بقبول العطاءات الموافقة للشروط، واستبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط، والاجتماع الآخر لفتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنيا وترفعه لجنة الفتح أيضاً إلى رئيس إدارة التعاقدات ليقدمه للجنة البت لدراسته وتقييمه واختيار الأنسب من بينها، وعليه فإن اختصاص لجنة البت كما جاء في تعريفها هو فحص وتقرير ومراجعة ودراسة العروض الفنية والمالية والتحقق من مطابقتها لشروط الطرح والتوصية أما بالإرساء، أو الإلغاء، أو الاستبعاد^(٢).

وبشكل مفصل، فبعد أن تنتهي لجنة فتح المظاريف الفنية من عملها ترفع محضراً إلى رئيس إدارة التعاقدات ليتولى تسليمه إلى رئيس لجنة البت حتى تتمكن من ممارسة اختصاصها، وأولى إجراءات لجنة البت هو إجراء الفحص الشكلي للتأكد من أنها قد استوفت الشكل القانوني المطلوب وفقاً لمتطلبات الطرح^(٣)، بعدها يقوم رئيس لجنة البت بتكليف الأمانة الفنية للجنة بتفريغ العروض الفنية للعطاءات المستوفية للشروط القانونية على استمارات معدة لذلك، ثم تتولى لجنة البت الاطلاع على كشوف تفريغ العروض الفنية للعطاءات المستوفية للشكل القانوني، والتحقق من توافر الكفاءة الفنية وفقاً لمعايير الترجيح بين العطاءات المحددة بكراسة الشروط والمواصفات^(٤)، وترفع بذلك محضراً إلى السلطة المختصة لاعتماده، يتضمن ما انتهت إليه من قبول أو استبعاد للمظاريف الفنية مع ذكر الأسباب^(٥)، وتتبع لجنة البت الإجراءات المذكورة ذاتها فيما يتعلق بالمظاريف المالية^(٦).

وفي التشريع العراقي نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على أن (تتولى اللجان المنصوص عليها في البند أولاً من هذه المادة المهام التي تحددها وزارة التخطيط بموجب ضوابط تصدر لهذا

(١) المادة (٣٤) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) المادة (١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٦٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (٦٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٥) المادة (٦٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٦) المادة (٧١-٧٢-٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

الغرض^(١)، وقد صدرت ضوابط رقم (٣) عن وزارة التخطيط وبيّنت مهام لجنة تحليل وتقييم العطاءات، فبعد إحالة محضر لجنة فتح العطاءات ومرافقاتها إليها تتولى عملية تحليلها وتقييمها عبر استبعاد العطاءات غير المستوفية لشروط القبول المعلن عنها، كاستبعاد العطاءات التي لم ترفق معها التأمينات الأولية المطلوبة كاملة، أو المبنية على تخفيض نسبة مئوية، أو مبلغ مقطوع، أو العطاءات غير المستوفية للشروط القانونية وغيرها^(٢)، مع التأكيد على أن تتم عملية تحليل العطاءات سرّياً ويقدم التقرير النهائي إلى الجهة المخولة بالمصادقة على الإحالة وحسب الصلاحيات المالية^(٣)، بعد أن تكون قد نظمت جدولاً مفصلاً بالعطاءات كافة توضح فيه جميع التفاصيل، مع إجراء المقارنة والتقييم من النواحي الفنية والقانونية والمالية^(٤)، على أن يتضمن هذا التقرير حقلاً خاصاً يبين توصية اللجنة، يذكر فيه اسم مقدم العطاء المرشح للإحالة وبياناته الأخرى^(٥)، ويجب على لجنة تحليل وتقييم العطاءات أن تلتزم بمدة نفاذية العطاءات، أو مدة تمديدتها وبمدة لا تقل عن (٣٠) يوماً من انتهاء تاريخ نفاذية هذه العطاءات، إذ يترتب على عدم التزامها بمدة نفاذية العطاءات بطلان قرار الإحالة، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية المختصة بمنازعات العقود الحكومية (سابقاً)، إذ جاء في حكمها (...من كل ما تقدم تجد هذه المحكمة بأن ما ذهبت إليه دوائر المدعى عليهم في إحالة المناقصة موضوع الدعوى على المدعي أنها جاءت بعد انتهاء مدة نفاذية عطاء المدعي لذلك تكون دعوى المدعي بشأن الغاء هذه الإحالة لها سندها من حكم القانون...)^(٦).

هذا وتخضع توصيات اللجنة إلى مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة، وإذا حصل خلاف في الرأي بين أعضاء اللجنة فيجب تثبيت ذلك في التقرير النهائي ويحسم من رئيس جهة التعاقد^(٧).

(١) المادة (٦/ خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) الفقرة (ثانياً) من ضوابط رقم (٣) والمتعلقة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٣) الفقرة (ثالثاً) من ضوابط رقم (٣) والمتعلقة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٤) الفقرة (ثاني عشر) من ضوابط رقم (٣) والمتعلقة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٥) الفقرة (أحد عشر) من ضوابط رقم (٣) والمتعلقة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٦) حكم المحكمة رقم ٣٠/ إدارية تخطيط، في ٢٠١١/٢/٢، نقلاً من خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب أحمد ياسين، التطبيق

القضائي لمناقضات العقود الحكومية العامة، الجزء الأول، بلا دار نشر، ٢٠١٢، ص ٢٢.

(٧) الفقرة (عاشراً) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) والمتعلقة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

المطلب الثالث

معايير المفاضلة بين العطاءات

لا تمتلك الإدارة الرغبة في التعاقد سلطة اختيار من تتعاقد معه كيفما تشاء، بل تخضع لمجموعة من الضوابط والمعايير التي على إثرها يتم تحديد صاحب العطاء الذي سيتم إحالة المناقصة إليه والتعاقد معه، وقد خضعت هذه المعايير لتطورات كبيرة، فما كان يعتمد عليه بشكل أساس في السابق لم يعد كذلك في الوقت المعاصر، فضلا عن ظهور معايير جديدة، وعليه قسمنا دراسة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، سنبحث في الفرع الأول معيار السعر، بينما سنوضح في الفرع الثاني معيار الجودة الفنية والسعر، أما الفرع الثالث فسنبين فيه معيار تحقيق التنمية المستدامة.

الفرع الأول

معيار السعر

تهدف المناقصة أساسا إلى اسناد التعاقد على العطاء الذي تقدم بأقل سعر، وقد نظمت قوانين التعاقدات الحكومية إجراءات الاسناد أو الإحالة تنظيميا دقيقا يضمن من خلاله تحقق هذا المعيار التقليدي في الإحالة^(١)، ومقتضاه أنه لا يجوز للجنة البت أو الإحالة إرساء المناقصة إلا على صاحب العطاء الأقل سعرا، فلا تملك الإدارة سلطة تقديرية في ترتيب العطاءات بما يخالف هذا المبدأ، فصاحب العطاء الأقل سعرا هو من يفوز بالمناقصة، فتلزم الإدارة بإحالة المناقصة وإعلان العطاء الذي يعد أقل العطاءات سعرا من بين العطاءات المتنافسة^(٢)، ومن هنا فقد كانت الإدارة تبتدع طرق مختلفة للمناقصات العامة تصل من خلالها إلى أقل سعر ممكن ومن هذه الطرق ما يلي^(٣):

أولا/ المناقصات ذات التخفيض الأعلى: ففي هذه الطريقة يقدم المتنافسون عروضهم على أساس نسبة من التخفيض واقعة على السعر المقدم من جانب الإدارة، وذلك بناء على أسعار الكشف والسعر الإجمالي

(١) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٩٦.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ٦٦١.

(3) De Laubadère, Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 622.

نقلا من د. مهدي مختار نوح، مصدر سابق، ص ٤٩٦.

المقدين من جانبها، ويكون المتنافس الذي يجب الإرساء عليه في هذه الحالة هو المتناقص الذي قدم أعلى نسبة مئوية من التخفيض.

ثانيا/ إرساء المناقصة على أساس الزيادة الأدنى: في هذه الحالة تعد الإدارة أسعارا مقترحة من قبلها على غرار الحالة السابقة، غير أنها تعتمد في معرض بنائها للأسعار المقترحة أن تكون هذه الأسعار أدنى مما هو موجود في السوق، والمرشح الذي يقدم الزيادة الأقل على هذا السعر هو الذي يجب أن يتم الإرساء على عرضه.

ثالثا/ المناقصة ذات السعر الأدنى: في هذه الحالة، لا تقترح الإدارة سعرا من جانبها، بل تترك للمتنافسين حرية تقدير الأسعار التي يمكن أن يتقدموا بها إلى المناقصة، وعندئذ يتم الإرساء على العرض الذي يحتوي على السعر الأقل من بين هذه العروض.

وعليه فإن مبدأ الإرساء على العطاء الأقل سعرا هو من يحكم معايير المفاضلة بين العطاءات، لما يتضمنه هذا المعيار من بساطة ويسر ومساواة بين المناقصين، ويمنع أي محاولة من محاولات العبث والتلاعب بين العطاءات التي يمكن أن تحصل فيما لو تم الاعتماد على معايير أخرى كالمعايير الفنية نظرا للطبيعية الموضوعية لمعيار السعر^(١)، وقد تأكد هذا المبدأ في قضاء مجلس الدولة المصري، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي جاء فيه (...وجوب التعاقد مع صاحب أقل عطاء، وإن التعاقد مع غيره ولو كان من شركات القطاع العام مخالفا للقانون، إذ إنه بحسب الأصل يتعين على لجنة البت إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل إذا لم تستبعده من المناقصة، وإنه من المتعين على الجهة الإدارية أن تتعاقد معه باعتباره صاحب أقل العطاءات...) (٢)، كما جاء في فتوى الجمعية العمومية أيضا (...إن المشرع قد نظم سلطة لجنة المناقصات المركزية في اختيار المتعاقد بطريق المناقصة مقرر مبدأ آلية الإرساء وموجبه الزام اللجنة بالترسية على أقل سعر إجمالي إذا كان هذا العطاء متمشيا مع متطلبات وثائق المناقصة ولا تستطيع اللجنة أن تلتفت عن الترسية على صاحب العطاء الأقل سعرا اعمالا للمبدأ المشار إليه...) (٣).

(١) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مصدر سابق، ص ٥١ و ١١٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٢٨٨، سنة ٤ قضائية، في ١٩٥٩/٥/٩، نقلا من رقيه محمد عبيد، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٣) فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٣٢ في ١٩٩٤/٢/١٤ نقلا من ريم علي إحسان محمد العزاوي، مصدر سابق، ص ٢١٧.

وقد كان معيار أقل الأسعار هو المعيار الذي يحكم إجراءات المناقصة حتى منتصف القرن العشرين الذي شهد تطوراً في إجراءات المناقصة، وهذا التطور اقتضته العيوب التي كانت دائماً توجه لمبدأ الاسناد بمقتضى السعر عند إجراء المناقصة، ولعل أهم هذه العيوب تتمثل في^(١):

١- الإسناد بمقتضى السعر الأقل يؤدي إلى الاهتمام بمصلحة الإدارة المالية، ولكنه يهدر مصلحتها الفنية، وهذا الأمر قد يعود بأعظم الضرر على مصلحة المرفق العام، فالعطاء ذو السعر الأقل ليس هو الأجود في كل الأحوال، وذلك يؤدي إلى التعاقد مع متعاقدين ليسوا بالمستوى الفني المطلوب، ما يؤدي إلى تنفيذ العمل بصورة سيئة أو عدم تنفيذه أصلاً، مما يترتب عليه اضرار مالية كثيرة في المدى البعيد.

٢- إن التقدم العلمي سواء في مجال الصناعة أم وسائل الإنتاج أدى إلى أهمية العوامل الفنية في التعاقد بحيث يصبح الخطأ فيها مكلفاً إلى أقصى حد.

٣- ثبت أنه في أحوال غير قليلة يتعذر فيها اللجوء إلى فكرة الاسناد عن طريق السعر الأقل، ذلك أن بعض العقود يحتاج تنفيذهما قدراً معيناً من الخبرة الفنية التي لا تتسجم مع مبدأ أقل الأسعار.

وعلى الرغم من ذلك، نجد أن بعض التشريعات لا زالت تعتمد على معيار السعر كمعيار مستقل في إرساء المناقصة، ومنها قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ الذي اعتمد على معيار السعر في حالة التعاقد على توريدات لا يمكن أن تختلف جودتها من منافس إلى آخر^(٢)، إلا أن اعتماد الإدارة معيار السعر كمعيار أساس يجب أن لا يؤدي إلى تحييد باقي المعايير، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر سنة ٢٠١٧، إذ جاء في وقائع هذه القضية أن الورشة الصناعية للملاحة الجوية (AIA) التابعة لمدينة لكثير مونت-فيراند أعلنت عن إجراء مناقصة بقصد الحصول على خدمات في مجال الملاحة الجوية، ولهذا الغرض وضعت الإدارة المتعاقدة ثلاثة معايير لاختيار أحسن عرض وفق النسب والترتيب الآتي: معيار السعر (٦٠%)، معيار القيمة التقنية (٣٠%)، ومعيار السياسة الاجتماعية (١٠%)، والشيء المفروغ منه أن الإدارة المتعاقدة تملك الحرية في تحديد معايير الاختيار وكذا تحديد نسبة التقيط ووزن كل معيار، غير أنه في قضية الحال أدت طريقة التقيط المختارة فيما يخص معيار السعر إلى منح أقصى درجة (٢٠) إلى العرض الأقل سعراً، و(٠) درجة إلى العرض الأكثر تكلفة، وهنا عد مجلس الدولة الفرنسي أن

(١) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٢) المادة (٧-٢١٥٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

الإدارة المتعاقدة عند اعتمادها على مثل هذه الطريقة في تحديد معايير الإحالة وفي تنقيطها، فإنها انتهكت التزاماتها باحترام شروط المنافسة بين المرشحين، فبالنظر إلى الوزن العالي الذي حددته الإدارة لمعيار السعر، فإن منح درجة (٠) للعرض الأكثر تكلفة يعد سببا في إقصائه تلقائيا بغض النظر عن فرق بين السعر الذي قدمه وسعر باقي العروض، حتى ولو تحصل على أعلى الدرجات بالنسبة لباقي المعايير وكان هو العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية^(١).

وفي الاتجاه نفسه ذهبت إليه محكمة الاستئناف الإدارية بباريس في حكمها الصادر في ٨/٢/٢٠١٦ إذ عدت أن تحديد وترتيب معايير الاختيار غير المنتظم، وعلى الخصوص معيار السعر، يمكن أن يؤدي إلى منح أقصى درجة للعرض الذي قدم أقل سعر، ومنح (٠) درجة للعرض الذي قدم أعلى سعر بغض النظر عن فرق السعر بين العرضين، ما يمكن معه التأثير على إقصاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية^(٢).

لهذا يجب على الجهة المتعاقدة أن تأخذ في الحسبان عند تحديد المعايير وترتيبها وتحديد وزن كل منها إلا يكون لترتيب معايير الاختيار تأثير سلبي يؤدي إلى إقصاء العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية لصالح العرض الأقل سعرا.

وكذلك المشرع الكويتي فقد اعتمد على معيار السعر كمعيار أساس للمفاضلة بين العطاءات، وهو ما عليه قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ الذي نص على (على الجهاز في الحالات التي لا تحتاج إلى فحص فني أن يرسي المناقصة فورا على صاحب العطاء الذي يتوافق مع متطلبات المناقصة والأقل سعرا...^(٣))، ولعل السبب في اعتماد المشرع الكويتي على معيار أقل الأسعار كونه أجاز في قانون المناقصات إجراء المناقصة العامة على مرحلة واحدة بعرض مالي فقط، وجاء فيه (يجوز إجراء المناقصة

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (405787) في ٢٤/٥/٢٠١٧، منشور على الموقع <https://www.legifrance.gouv.fr/>، تاريخ الزيارة ٢/٧/٢٠٢٢.

(٢) سالم ليلي، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

(٣) المادة (٥٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

العامة على مرحلة واحدة بعرضين فني ومالي أو بعرض مالي يتم حسب متطلبات العقد المطلوب إجراؤه...^(١).

ومع ذلك لم نجد من خلال تصفحنا لنصوص قوانين المناقصات في مصر نصا يعتمد معيار السعر فقط، والأمر ذاته في العراق، إذ ألزمت ضوابط وزارة التخطيط جهات التعاقد ضرورة تضمين تعليمات المناقصة بان جهة الجهة الإدارية غير ملزمة بقبول أوطأ العطاءات^(٢)، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية المختصة بنظر منازعات العقود الإدارية (الملغاة) في أحد أحكامها بالقول (...لذلك تجد المحكمة إن عطاء المدعي وإن كان أقل من عطاء المنافس الذي أحييت بذمته المناقصة فإن ذلك لا يقدح في صحة هذه الإحالة لأننا أمام جهة لم تستوف القدرة التنفيذية لإنجاز المشروع...)^(٣).

وعلى الرغم من ذلك فإن معيار أقل الأسعار يلعب دورا مكملا لمعيار الجودة الفنية في حالة تساوي العطاءات من الجوانب الفنية، كما جاء في قضاء المحكمة الإدارية (الملغاة) (...ولأجل ما تقدم تجد هذه المحكمة بأن المفروض قانونا بعد تساوي المدعى مع المدعى عليه بشأن التصنيف والاعمال المماثلة والكفاءة المالية فانه يفترض قانونا بعد تساوي كل ما تقدم أن تأخذ لجنة التحليل بفكرة أقل الأسعار ترجيحاً للصالح العام وتوفير أقل قدر مالي لحساب الخزينة والمصلحة العامة...)^(٤).

بقي لنا أن نتطرق إلى مسألة هامة، تتمثل في أن مبدأ آلية الإرساء على أقل العطاءات سعرا هو من المبادئ المعمول بها في المفاضلة بين العطاءات، لكن ماذا لو كان سعر أقل العطاءات مبنيا على تخفيض مبالغ فيه مقارنة بالقيمة التقديرية للمشروع والعطاءات الأخرى، فهل يتم قبوله استنادا لمبدأ أقل الأسعار، أم يتم استبعاده؟

ليس من مصلحة الإدارة بشيء استبعاد أقل العطاءات حتى وإن كان سعره مبنيا على تخفيض مبالغ فيه، فقد يكون لصاحب العطاء ما يبرر هذا الانخفاض في الأسعار، وتأسيسا على ذلك، فقد أوجب المشرع

(١) المادة (١٥/أولا) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) الفقرة (أولا/هـ) من ضوابط رقم (١) الصادرة عن وزارة التخطيط.

(٣) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية العامة رقم ١٨/إدارية تخطيط/٢٠١١، في ١٧/٨/٢٠١١، نقلا من القاضي شهاب أحمد ياسين والمحامي خليل إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٤) قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٣٥/إدارية تخطيط، في ٧/٢/٢٠١١، خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب أحمد ياسين، المصدر السابق، ص ١٤.

الفرنسي بموجب قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على الإدارة استبعاد العطاء منخفض القيمة بصورة غير طبيعية، إلا أنه وضع للوصول إلى هذه النتيجة مجموعة من الإجراءات التي يتعين على الجهة الراغبة في التعاقد اتباعها قبل رفض العطاء، وتتمثل هذه الإجراءات في الآتي:

١- أن تطلب الجهة المتعاقدة من المناقص أولاً تسوية الثمن أو التكاليف المقترحة، التي تبدو منخفضة بشكل غير طبيعي، وذلك فيما يتعلق بالأشغال العامة أو التوريدات أو الخدمات بما في ذلك الجزء من العقد الذي يخطط المناقص للتعاقد عليه من الباطن^(١).

٢- إذا كانت هذه هي المسوغات التي يمكن لجهة الإدارة أن تأخذها بعين النظر بخصوص العروض منخفضة القيمة بشكل مبالغ فيه، إلا أن على هذه الجهة أن ترفض العرض إذا ثبت لها ما يلي:

أ- إن المسوغات التي قدمها المناقص ليست كافية أو مرضية بشكل واضح لقبول هذا المستوى المتدني للسعر أو التكاليف المقترحة للعرض أو العطاء الذي تقدم به.

ب- إن السبب في هذا السعر المنخفض، مخالفة المناقص للالتزامات الواجبة التطبيق في المجالات البيئية والاجتماعية كما هي محددة في القانون الفرنسي أو قانون الاتحاد الأوروبي أو الاتفاقيات الدولية أو في قانون العمل^(٢).

٣- إذا ثبت للجهة المتعاقدة أن السبب الوحيد وراء العرض المنخفض بشكل غير طبيعي هو حصول المناقص على معونة أو مساعدة من قبل الدولة، فإنها تلتزم بعدم الرفض لهذا السبب إلا بعد الرجوع للمناقص، وأن يتأكد لها أنه غير قادر خلال فترة زمنية كافية تحدد له، على أن يبرهن أن هذه المعونة أو المساعدة تتلاءم أو تتوافق مع السوق الداخلية بالمعنى المقصود في المادة (١٠٧) المتعلقة بأداء الاتحاد

(١) وعلى الجهة الراغبة بالتعاقد أن تأخذ بعين الاعتبار المسوغات الآتية: ١- طريقة تصنيع المنتجات وأساليب تقديم الخدمات أو تنفيذ عمليات البناء. ٢- الطرق التقنية المستخدمة أو الشروط المتميزة بشكل استثنائي تقديم المنتجات أو الخدمات أو لتنفيذ الأعمال. ٣- أصالة العرض أو المنتج المقدم. ٤- اللوائح البيئية والاجتماعية الواجبة التطبيق في مكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية. ٥- المساعدات المحتمل تقديمها للعارض من قبل الحكومة. ينظر المادة (٣- ٢١٥٣) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٤- ٢١٥٣) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

الأوروبي، وعلى الجهة الإدارية حينما ترفض العرض بناء على هذا السبب أن تخطر المفوضية الأوروبية^(١).

أما في مصر، فنجد أن المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ نص على (...وإذا تبين للجنة البت أن العطاء الأقل سعرا منخفضا انخفاضاً غير عادي مقارنة بالعطاءات الأخرى والقيمة التقديرية وجب عليها طلب تفاصيل العطاء كتابة فإذا ثبت لها من دراسة ما قدمه من تفاصيل ومعلومات أن العرض المقدم منه ما يزال يثير الريبة والشك ويتعذر تنفيذه توصي اللجنة باستبعاده...)^(٢)، وعلى صاحب العطاء موافاة إدارة التعاقدات بكافة المعلومات والتفاصيل التي استند عليها في تسعير العطاء، وخلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام من تاريخ إخطاره، وعلى اللجنة دراسة ذلك، فإذا تبين لها أن الأسس التي استند عليها مقبولة يمكنها قبول العطاء، أما إذا تبين لها العكس بأن كانت غير واقعية أو مما يتعذر تنفيذ العقد معها كان لها التوصية باستبعاد العطاء والترسية على العطاء الذي يليه^(٣).

أما المشرع الكويتي فقد وافق المشرع المصري بالإجراءات المتبعة في كيفية التعامل مع هذه العطاءات، ونص على أن يتم ترسية المناقصة على صاحب أقل سعر إجمالي إذا كان متوافقاً مع متطلبات المناقصة، إلا أنه أجاز للمجلس بأغلبية ثلثي أعضائه الحاضرين إرساء المناقصة على مناقص آخر تقدم بسعر إجمالي أعلى إذا كان سعر أقل المناقصين منخفض بشكل كبير، ويقل بنسبة غير مبررة عن القيمة التقديرية، ولكن يجب على المجلس قبل استبعاد العطاء توجيه خطاب خطي إلى صاحب العطاء المنخفض لبيان تفاصيل العناصر المكونة للعطاء ذات الصلة بانخفاضه^(٤).

وفيما يخص التشريع العراقي، فلم نجد نصاً يعالج مسألة انخفاض سعر العطاء المبالغ فيه، إلا ضوابط وزارة التخطيط نصت بشكل عام على (استبعاد العطاءات المبنية على تخفيض بنسبة مئوية أو مبلغ مقطوع من أي من العطاءات الأخرى المقدمة في المناقصة)^(٥)، من دون أن يحدد النص مقدار هذه النسبة

(١) المادة (٥_ ٢١٥٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٣٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٣) المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (٥٨) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٥) الفقرة (ثانياً/ب) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

المثوية، إلا أنه نص بفقرة أخرى على (استبعاد العطاء الذي يقل أو يزيد بنسبة ٢٠% من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الإحالة)^(١).

الفرع الثاني

معيار الجودة الفنية والسعر

نظرا للتطورات التقنية وما تتطلبه بعض العقود الإدارية من اختصاصات فنية معقدة، أضحى الاستمرار بمبدأ الإحالة على أقل الاسعار يهدد التزام الإدارة بتقديم أفضل الخدمات، ما حدا بالتشريعات إلى العدول عن هذا المعيار إلى معيار الجمع بين الجودة الفنية والسعر، فلم تكتف الجهات الحكومية بإحالة المناقصة على أقل الأسعار بل اضافت إلى ذلك عنصرا آخر هو الجودة الفنية للعطاء.

هكذا فإنه يجوز للإدارة استبعاد العطاءات غير المرغوب بها من الناحية الفنية والمالية، ذلك إن من مصلحتها إلا يدخل المناقصة إلا الأشخاص الذين تطمئن لكفاءتهم الفنية والمالية، خاصة إن الغاية من التعاقدات التي تبرمها الإدارة تنفيذ الاعمال المطلوبة على النحو المحدد بالمواصفات، وخلال المدة المحددة للتنفيذ، وبالشروط التي تقررها جهة الإدارة، فإذا كانت المقدرة الفنية والمالية لشخص المناقص لا تضمن للإدارة قدرته على مثل هذا التنفيذ، فإن إحالة المناقصة عليه سيكون أمرا محفوفا بالمخاطر، إذ أن الغرض الأساس هو انجاز الاعمال وليس الدخول في منازعات وتعطيل انجاز الاعمال بما يضر بمصلحة المرفق العام، لذلك فإن الحماية الحقيقية لكفالة تنفيذ العقد تأتي من تحقق جهة الإدارة من شروط الكفاية الفنية والمالية لمقدم العطاء^(٢).

وهذا ما نصت عليه تشريعات الدول محل المقارنة، ففي فرنسا نص قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على معيار الجودة الفنية والتقنية ضمن معايير الإحالة^(٣)، والزم المنافسين بتقديم الوثائق والمعلومات كافة التي تطلبها منه الجهة الراغبة في التعاقد وتمكنها من فحص ومراجعة مدى كفاءته لمباشرة النشاط محل العقد المزمع إبرامه، وهو ما يترجم في واقع الأمر مدى خبرته في هذا المجال، كما تمكنها من فحص ومراجعة ما

(١) الفقرة (ثانيا/هـ) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٢) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٣) المادة (٧-٢١٥٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

يمتلكه من كفاءة اقتصادية ومالية ومهنية^(١)، كما أجاز قانون النظام العام تحقيقاً لمعيار الجودة الفنية للجهة الإدارية أن تشترط على المتنافسين بيان الأشخاص الطبيعيين الذين سيكونون مسؤولين عن تنفيذ العقد محل التعاقد^(٢).

ويستثنى من شرط تقديم وثائق اثبات القدرة الفنية الشركات حديثة النشأة، وهذا ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في ٢٠١٢/٥/٩ في قضية بلدية (سان بينوا) التي تتلخص وقائعها في إن بلدية سان بينو أعلنت بتاريخ ٢٤/١٠/٢٠١١ عن رغبتها في توريد ملابس العمل ومعدات الحماية الفردية للعاملين لديها، وقد تقدمت أربع مؤسسات بطرح عروضهم، وتم بعد ذلك إحالة العقد لمؤسسة Vetwork وهي مؤسسة حديثة النشأة بينما تم إقصاء مؤسسة Penaud Frires في مرحلة اختيار المرشحين، فبادر الأخير إلى الطعن بقرار الإحالة أمام القاضي الاستعجالي، وعد الأخير أن الإدارة المتعاقدة قد أخلت بمبدأ المنافسة عندما قامت بمنح العقد لمؤسسة Vetwork على أساس أن هذا العارض لم يقدم المراجع المهنية المطلوبة لتنفيذ العقد، إذ إن الإدارة المتعاقدة كانت قد اشترطت على الراغبين في الترشح تقديم بيان رقم الأعمال للثلاث السنوات الأخيرة والأعمال المماثلة التي تم تنفيذها خلالها، لإثبات قدراتهم التقنية والمهنية والمالية، وقامت بإلغاء قرار منح العقد على هذا الأساس، وحيث أن المصلحة المتعاقدة قدمت طعناً أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى أن القاضي الاستعجالي قد ارتكب خطأ في القانون، ومن ثم ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار القاضي الاستعجالي على أساس إن مؤسسة Vet work لم تستطع تقديم البيانات والمراجع المطلوبة لتنفيذ الصفقة لعدم توفر هذه الوثائق بعدها مؤسسة حديثة النشأة، وأن هذه المؤسسة لتبرير قدراتها التقنية والمهنية والمالية قدمت كشفاً بنكياً يثبت أن حسابات المؤسسة تعمل بشكل طبيعي وأنها مواكبة لالتزاماتها المتعاقدة عليها مع المؤسسة البنكية^(٣).

وقد اعتمد المشرع المصري أيضاً بشكل أساسي على معيار الجودة الفنية والسعر، إذ نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على (...وتتم ترسية المناقصة أو الممارسة على صاحب العطاء الأفضل

(١) المادة (٣_٢١٤٣) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (١٣_٢١٤٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي عدد (356455) في ٩/٥/٢٠١٢، منشور على الموقع

<https://www.legifrance.gouv.fr/>. تأريخ الزيارة ٧/٨/٢٠٢٢.

شروطاً والأقل سعراً... وذلك بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية...^(١)، فالإسناد أو الإحالة هنا لا تعتد بالعنصر المالي فقط بل تعتد أولاً بالعنصر الفني وبعد ذلك يأتي العنصر المالي، وترسى المناقصة على المناقص الأكفأ فنياً ومالياً بعد تحقق لجنة البت من كفاءته تلك، إذ الزم قانون تنظيم التعاقدات لجنة البت بضرورة التثبت من كفاءة المناقص قبل التوصية بالترسية عليه عندما نص على (...وعلى اللجنة التحقق من توافر شروط الكفاءة الفنية والملاءمة المالية وحسن السمعة في مقدمي العطاءات وذلك كله وفقاً للشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط...)^(٢)، وحتى تتحقق لجنة البت من كفاءة المتنافس فقد اشترطت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ جملة من البيانات التي يحتويها المظروف الفني للمنافس من بينها بيان خبرات صاحب العطاء، والمستندات الدالة على سابقة الأعمال لذات موضوع التعاقد، وبيان أسماء ووظائف وخبرات الكوادر التي سيستند إليها في التنفيذ والإشراف على تنفيذ العملية التعاقدية^(٣).

هذا ويجوز لإدارة التعاقدات بناء على طلب لجنة البت طبقاً للمادتين (٦٧-٧٣) من اللائحة التنفيذية لعام ٢٠١٩ أن تستوفي البيانات أو المستندات المذكورة أعلاه، خاصة تلك التي تساعد اللجنة على استيضاح ما غمض من أمور فنية أو أمور مالية من أصحاب العطاءات بما يمكنها من إعداد التقارير اللازمة في هذا الخصوص، وفي حالة عدم استجابة صاحب العطاء لطلب استيفاء البيانات أو المستندات أو استيضاح الأمور الفنية أو المالية بعطائه خلال مدة ثلاثة أيام من تاريخ إخطاره، يتم استبعاد عطائه باعتباره غير واضح أو غير قابل للمقارنة مع العطاءات الأخرى.

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري في مصر على معيار الجودة الفنية والسعر، إذ جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا (...إنه من الأسس التي يقوم عليها التعاقد الإدارة مع الأفراد أو الهيئات عن طريق المناقصة العامة أو المحلية أن تخضع هذا التعاقد لاعتبارات متعلقة بمصلحة المرفق المالية التي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأرخص بتغليب مصلحة الخزنة على أي اعتبار آخر، وكذا بمصلحته الفنية التي تبدو في اختيار المناقص الأفضل من حيث الكفاية الفنية وحسن السمعة، وفي ترجيح

(١) المادة (٣٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة (٣٤) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٣) المادة (٤٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

أي من هاتين المصلحتين تتمتع الإدارة بسلطة تحددتها القواعد المقررة في هذا الشأن...^(١)، ويمكن السبب في منح الجهة الإدارية سلطة تقديرية في الترجيح بين المصلحة المالية والفنية في أن بعض المشتريات لا يمكن الاستناد بشأنها إلى السعر الأقل فقط في عملية الإرساء، لأن العنصر الفني لا يقل أهمية عن العنصر المالي، بل قد يكون أكثر أهمية، إذ أن الاعتماد على السعر الأقل فقط في مثل هذه الأحوال قد يؤدي إلى التعاقد مع اشخاص ليست لديهم الكفاءة اللازمة لتنفيذ الاعمال، مما ينتج عن ذلك انخفاض الكفاءة وارتفاع التكاليف، ويضيف آخر^(٢) إلى أن الاسناد بمقتضى معيار السعر الأقل تلجأ إليه الإدارة في الاحوال التي لا تتعقد فيها المواصفات الفنية كما يحدث في عقود التوريد، خلافا للمناقصات التي تتعلق بأعمال الاستشارات الفنية والتجهيزات الفنية والتكنولوجية للمرافق العامة.

وقد وافق المشرع الكويتي المشرعين الفرنسي والمصري في اعتماده على معيار الجودة الفنية كأحد معايير المفاضلة بين العطاءات، إذ نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (في شأن المناقصات ذات العرضين الفني والمالي والتي تتطلب تكنولوجيا عالية التعقيد وذات مستوى هندسي عالي ومواصفات فنية دقيقة وذات كلفة عالية يتم ترسية المناقصة في هذه الحالات على المناقص الذي استوفى الشروط الفنية وكان عطاؤه أقل كلفة وذلك بعد تقييم العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية...)^(٣)، يتضح لنا من النص المتقدم أن المشرع الكويتي لم يعتمد على معيار الجودة الفنية إلا في حالة المناقصة ذات العرضين الفني والمالي، أما المناقصة ذات العرض الواحد فيعتمد على معيار أقل الأسعار كما مر معنا.

واشترطت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات لسنة ٢٠١٧ أن تتضمن كراسة الشروط أبرز عناصر التقييم الفني، من بينها عدد وحجم المشاريع التي قام المقاول بتنفيذها من ذات طبيعة المشروع المطلوب تنفيذه، وطريقة التنفيذ المقترحة، والبرنامج الزمني للتنفيذ، فضلا عن خبرات وأسماء الكوادر الفنية التي ستقوم بالإشراف على تنفيذ العمل من قبل المقاول^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٨٨، سنة ٤ ق، ١٩٥٩/٥/٩، نقلا من د. منصور محمد أحمد منصور، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(٢) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

(٣) المادة (٥٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٤) المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

أما في العراق، فقد أصدرت وزارة التخطيط الضوابط رقم (١٢) الخاصة بمعايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية العامة، وكان من ضمنها معيار الجودة الفنية، وقد قسمت الضوابط المذكورة معايير الإحالة حسب طبيعة العقد، فأفردت لكل عقد معايير مختلفة عن العقد الآخر بما يتلاءم مع طبيعته، وأوجبت على الجهات الحكومية مراعاة أن (يتم تحديد معايير التأهيل أو نسب الترجيح المشار إليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ويتم تضمينها في شروط المناقصة الخاصة بأساليب تنفيذ العقود الحكومية المدرجة في المادة (٣) وتلتزم بها لجان التحليل عند دراسة وتقويم عطاءات المناقصين...) (١)، ولغرض التوصل إلى العطاء الأفضل تعتمد الضوابط المؤشرات الآتية (٢):

١- حجم الالتزامات المالية للمقاول أو المورد خلال السنة، إذ لا يجوز إحالة أكثر من مناقصة واحدة على مقدم العطاء إلا بعد التأكد من قدرته المالية بما فيها تحقق أرباح في الحسابات الختامية لآخر سنتين والمصادق عليها من مراقب الحسابات.

٢- توفر المهارات والقدرات الفنية لتنفيذ العقد من ملاكات هندسية وفنية ومعدات تخصصية.

٣- الأعمال المنجزة أو المماثلة ومبالغها ومستوى تنفيذها على أن يتم تأييدها من الجهات التعاقدية.

وللتأكيد على أهمية العنصر الفني في ترجيح العطاء، فقد قضت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية (سابقاً) باستبعاد عطاء المعارض الأقل سعراً بقولها (...وجدت هذه المحكمة من أن اتجاه لجنة التحليل في عدم قبول عطاء المدعي كان لسبب قانوني سليم وهو الكفاءة المهنية بالأداء...) (٣).

وعلى الرغم من أهمية الدور الذي يلعبه معيار الأعمال المماثلة في الكشف عن كفاءة المناقص الفنية، إلا أن وزارة التخطيط وبموجب توجيهها الأخير (٤) قررت عدم اشتراط طلب الأعمال المماثلة ضمن معايير التقييم والتأهيل بالنسبة للعقود التي تكون كلفتها التخمينية دون (٥) مليارات دينار، إلا في حالة كون

(١) الفقرة (أولاً/ ٨) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (١٢) معايير التأهيل والترسية في العطاءات الحكومية العامة لعقود والتجهيز وعقود الخدمات الاستشارية.

(٢) الفقرة (رابعاً) من الضوابط رقم (٣) الصادرة عن وزارة التخطيط (مهام لجان فتح وتحليل العطاءات).

(٣) قرار المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية رقم ٣١/ إدارية تخطيط، في ٢٠١١/٢/٢، نقلاً من خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب أحمد ياسين، مصدر سابق، ص ٢٤-٢٥.

(٤) كتاب وزارة التخطيط ذي العدد (٢٥٥٢٤) في ٢٧/٩/٢٠٢٢، منشور على موقع الوزارة.

العمل ذا طبيعة خاصة، وذا تقنية معينة، وفي هذه الحالة يتم طلب عمل مماثل واحد، إلا أن الباحث يرى أن اعمام الوزارة هذا قد جانب الصواب، نظرا للآثار التي قد تنعكس سلبا على أداء المرفق العام وما يسعى إلى تحقيقه من خدمات، فالخبرة في تنفيذ عمل محدد مطلب ضروري، فلا بأس لو لم تشترط ذلك بالنسبة للشركات الناشئة حديثا، إلا أن اطلاق عدم اشتراط الاعمال المماثلة هو الذي يكون محل نظر، ولهذا ندعو الوزارة إلى إعادة النظر في اعمامها الأخير واقتصار عدم اشتراط الاعمال المماثلة بالنسبة للشركات الناشئة حديثا فقط.

ومما لا شك فيه أن معيار الجودة الفنية سلاح ذو حدين، قد تهدف الإدارة من خلاله إلى وضع معايير مبالغ فيها تحول دون وصول بعض المناقصين إلى العقد الإداري، وهو ما أكدته القضاء الإداري الفرنسي فقد ألزم الإدارة عند وضعها لمعايير التأهيل الفني للمرشحين أن تكون متناسبة مع موضوع أو طبيعة العقد المراد إبرامه وغير تمييزية^(١).

الفرع الثالث

معيار تحقيق التنمية المستدامة

حازت فكرة التنمية المستدامة اهتماما على الصعيد الدولي والوطني، وعُقدت من أجلها المؤتمرات والندوات، ثم نالت هذه الفكرة ثقة على الصعيد الدولي بفضل تقرير اللجنة الدولية للبيئة والتنمية المستدامة سنة ١٩٨٧ الذي تم نشره تحت اسم "مستقبلنا المشترك"، وأصبح بمثابة الميلاد الحقيقي لمصطلح التنمية المستدامة^(٢).

وقد تضمن هذا التقرير تعريف للتنمية المستدامة بأنها أسلوب يلبي احتياجات الأجيال الحاضرة دون الإخلال بقدرة الأجيال القادمة على تلبية احتياجاتها، وقد وجد هذا التعريف انتشاراً له على الصعيد الدولي في

(١) Yvonnick LE FUSTEC, L'examen obligatoire et nécessaire de la capacité des candidats à un marché public, Dossier Candidature à un marché public, Outils d'analyse et conseils pratiques, Contrats Publics, n°201 – septembre 2019, p.19.

(٢) د. رجب محمد السيد الكحلوي، الحماية الدستورية لحق الإنسان في التنمية الشاملة المستدامة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق_الاسكندرية، عدد ٦٩، ٢٠١٩، ص ٨٠٦.

مؤتمر "ريو دي جانيرو" سنة ١٩٩٢^(١)، إذ أكد هذا التعريف على ضرورة تحقيق العدالة بين الأجيال في توزيع الموارد الطبيعية، وذلك لأن التنمية المستدامة هي تنمية على المدى الطويل، بما يسهم بفعالية من تمكين الأجيال القادمة في تحقيق التنمية، فالتنمية المستدامة تدور حول فكرة واحدة هي الديمومة أو الاستدامة، وذلك باستخدام أبعاد التنمية المستدامة الثلاث، المتمثلة بالأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والبيئية بشكل متوازن وفعال بغرض تأمين الاحتياجات للأجيال الحالية والقادمة^(٢).

ولا يوجد تعريف جامع مانع لمصطلح التنمية المستدامة، فجميع التعاريف تدور حول ضمان حصول البشر على فرص التنمية من دون إغفال الأجيال المقبلة، إذ يتم الأخذ بمبدأ التضامن ما بين الأجيال عند وضع السياسات التنموية، ومن ثم تهدف التنمية المستدامة إلى حماية حقوق الأجيال القادمة في الموارد الطبيعية للدولة لدعم التنمية في المستقبل، وذلك بالعمل على صيانتها واستغلالها الاستغلال الأمثل على أساس من المعرفة مع تسخير التكنولوجيا الحديثة لتحقيق ذلك بما يحقق أهداف المجتمع^(٣).

وتأسيساً على ما تقدم، فقد كرست تشريعات الدول محل المقارنة التنمية المستدامة ضمن معايير الترويج بين العطاءات، وهذا ما نص عليه قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩، الذي أكد على ضرورة مساهمة المشتريات الحكومية في تحقيق التنمية المستدامة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية وفقاً للشروط الواردة في القانون المذكور^(٤)، والأمر ذاته بالنسبة للمشرع المصري في ظل قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الحديث لسنة ٢٠١٨ إذ كرس هذا المبدأ، وجاء فيه (يتعين على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون مراعاة سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية المعلنة من مجلس الوزراء في تعاقداتها، ومراعاة اعتبارات الجودة والتكلفة، وتحقيق أفضل قيمة للمال العام على أساس كامل دورة الحياة لما يطرح، ويجب تضمين متطلبات التعاقد المستدام شروط ومعايير التأهيل والتقييم ومؤشرات الأداء وغيرها)^(٥).

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون التنمية المستدامة، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١، ص ١١.

(٢) د. إبراهيم عبدالله عبدالرؤف، الطاقة المتجددة والتنمية المستدامة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق الاسكندرية، عدد ٥٤، ٢٠١٣، ص ١١٠٩.

(٣) د. محمد عوض فرج، تكريس مبدأ المساواة في المجال الاقتصادي لتحقيق التنمية المستدامة في ظل البيئة الرقمية، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، عدد ٣٩، ٢٠٢٢، ص ١٣٤.

(٤) المادة (٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٥) المادة (٨) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

لذلك يتعين على الجهات الإدارية القائمة على التعاقد الأخذ في الحسبان متطلبات التنمية المستدامة في مراحل التعاقد التي تبرمها كافة بدء من مرحلة تحديد الاحتياجات ومرورا بإعداد المواصفات الفنية ومعايير التأهيل والتقييم ومرحلة تنفيذ العقد، إذ أنه يترتب على الأخذ بالتعاقد المستدام اختيار أفضل العروض التي تحقق أفضل شراء بأقل التكاليف^(١).

وعلى خلاف ما تقدم لم نجد نصا يتعلق بمعيار التنمية المستدامة لدى كل من المشرع الكويتي والعراقي وهذا نقص تشريعي لابد من الالتفات إليه ومعالجته.

ولأن معايير الإحالة يجب أن تكون متناسبة مع موضوع أو طبيعة العقد المراد ابرامه، فإنها لم تعد تقتصر على معيار السعر أو معيار السعر والجودة بل أضيفت معايير أخرى للمفاضلة بين العطاءات، ولعل السبب في ذلك يعود إلى التطورات الحديثة التي أصبحت تجعل من العقود الإدارية وسيلة لتحقيق التنمية المستدامة، فالأخيرة تساهم في تحقيق النمو الاقتصادي عن طريق احترام البيئة، وإيلاء أهمية خاصة بالجانب الاجتماعي فيما لو اعتمدته الإدارة ضمن معايير الإحالة، وقد أكدت على هذا محكمة العدل الأوروبية بموجب قرارها الصادر في ١٩٨٨/٩/٢٠ إذ أجازت الأخذ بالمعايير الاجتماعية ضمن شروط العقد بقولها (... من بين المعايير التي يتعين الأخذ بها من أجل اختيار المتعاملين المتعاقدين يمكن الأخذ بالمؤهلات التي تسمح باستعمال مجموعة من طالبي الشغل لمدة طويلة من أجل تنفيذ العقد بشرط أن لا يحمل في طياته ممارسات تمييزية أو مقيدة للمنافسة بالمواجهة مع باقي المرشحين...)^(٢).

الأمر ذاته فيما لو رأت الإدارة وضع معيار ذا طابع بيئي ضمن معايير الإحالة، إذ اتجه القضاء الأوروبي إلى أن اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية لا يشترط وجود معايير اقتصادية بحته فقط، وعلى هذا يسمح للإدارة المتعاقدة وضع معايير ذات طبيعة غير اقتصادية طالما أنها مرتبطة بموضوع العقد، وهو ما حدث في قضية (كونكورديا باس) إذ وضعت الإدارة معيارا خاصا بمستوى انبعاث غاز ثاني أكسيد الكربون والضجيج في العقد المتعلق بتوفير حافلات، بحيث رصدت نقاطا إضافية كلما كان مستوى

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون التنمية المستدامة، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٢) د. راضية رحمانى، مصدر سابق، ص ١١٦.

الانبعاث منخفضاً، وقد وافق القضاء في هذه القضية على المعيار البيئي كمعيار للإحالة بعده مرتبطاً بموضوع العقد^(١).

ومن ثم فعلى الجهة الإدارية الأخذ بالحسبان أبعاد التنمية المستدامة عند اتخاذها قرار إبرام العقد الإداري، فهي مدعوة لتحسين العقود الإدارية بالحد من آثارها السلبية على البيئة بشكل خاص، وذلك من خلال ادماج الاعتبارات البيئية بهدف تحقيق التنمية المستدامة عبر كل مراحل إبرام العقد الإداري.

وترتكز علاقة العقود الإدارية بالتنمية المستدامة على جملة مواصفات ومعايير توفق بين سلامة البيئة والتقدم الاجتماعي والتنمية الاقتصادية، وتحديدًا عبر السعي لتحقيق الفاعلية وتحسين نوعية المخصصات، وتحسين كامل للأسعار الآتية والآجلة إلى أبعد حد ممكن، ولهذا الغرض تصوغ المصلحة المتعاقدة حاجاتها مراعية في ذلك^(٢):

- ١- مسوغات حماية البيئة، عبر التصنيفات والمعايير الموضوعة في تصرفها، مثل كفاءة الموارد أثناء الإنتاج والاستهلاك ومستويات الانبعاثات والتأثير على تغير المناخ الناتج من السلع والخدمات المشتراة.
- ٢- مسوغات اجتماعية، عبر مشتريات أخلاقية ومنصفة وتكافلية، تراعي الحقوق الاجتماعية الأساسية، وتشجع اندماج الأشخاص المعوقين أو المبعدين من التوظيف، إذ يلتزم المتعهدون بتخصيص قدر من ساعات العمل لمصلحة الأشخاص الذين يعانون صعوبات اجتماعية أو مهنية خاصة.

(١) سالم ليلي، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(٢) بلملياني يوسف، البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة وهران، ٢٠١٩، ص ٣٩، ٢٠٢٠.

الباب الثاني

التنظيم القانوني لسلطات الإدارة في إحالة المناقصات الإدارية

ذكرنا فيما سبق أن العقود القانونية بشكل عام لا تتعدى إلا برضا الطرفين المتعاقدين، إلا أن تعبير الأطراف عن إرادتهما يختلف باختلاف النظام القانوني للعقد المراد إبرامه، ففي إطار العقود الإدارية يعبر المناقص عن رغبته بالتعاقد عبر تقديم عطاءه، أما الإدارة فلا تعبر عن إرادتها بقبول عطاء المناقص إلا بعد استيفاء طائفة من الإجراءات، بحسبان أن العقد الذي تبرمه الإدارة بوصفها سلطة عامة عبر اتباعها وسائل القانون العام يستهدف تحقيق مصلحة عامة، لذا تتمتع الإدارة في إطار إبرام عقودها بسلطات وقيود لا مثيل لها في غيرها من العقود، وخشية تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطات، وضمان تحقيق المنافسة الحرة والمساواة بين جميع المتقدمين.

فالعقد الإداري لا ينعقد إلا بالمصادقة عليه من قبل السلطة المختصة قانوناً، وقد تباينت التشريعات في تنظيمها، فمنها من أسند مهمة المصادقة على العقد إلى جهة إدارية فردية، ومنها من أسند ذلك إلى لجنة تشكل من أفراد بمختلف التخصصات، ورغم كل ما تتمتع به الإدارة من امتيازات وسلطات في مجال إبرام العقود الإدارية، إلا أن لتلك السلطات حدوداً لا بد للإدارة من مراعاتها والتقيدها بها عند إبرام العقد، من قبيل تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة، ودعوته لتقديم التأمينات النهائية، وتوقيع العقد، وزيادة على ذلك تشترط التشريعات على الجهة الإدارية قبل توقيع العقد أخذ مشورة جهات محددة حول العقد المراد إبرامه.

ولأن إحالة المناقصة تتم بموجب قرار إداري، فإن احتمالية تعسف الإدارة بإحالة المناقصة تكون واردة، لهذا تعد الرقابة القضائية هي الضمان الفعلي للمناقضين عامة والمناقضين المستبعدين بصورة خاصة، في مواجهة تجاوز الإدارة حدود وظيفتها، وخروجها عن مبدأ المشروعية، فقرار الإحالة شأنه شأن باقي القرارات الإدارية يتعرض لما يتعرض له من عيوب المشروعية الداخلية منها والخارجية، فلا يجد المناقص المستبعد بدا من الطعن، وعليه ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، سنوضح في الفصل الأول سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقد، أما الفصل الثاني فسنبين فيه المنازعات الناشئة عن صدور قرار الإحالة.

الفصل الأول

سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقد

على الرغم من إحاطة عملية إبرام العقد بالعديد من القيود الإجرائية والموضوعية، إلا أنه في الواقع لا ينبغي التسليم بانعدام السلطة التقديرية للإدارة في هذا الصدد، فهذه السلطة توجد بشكل أو بآخر عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري، إذ تحتاج الإدارة في ممارستها لإبرام عقودها إلى قدر من الحرية والاختيار، فيجب أن لا تعامل الإدارة على أنها مجرد أداة صماء تقوم بتنفيذ القانونين من دون مراعاة الظروف المحيطة بالتنفيذ، وإنما يستلزم لتحقيق المصلحة العامة أن تكون للإدارة سلطة تقديرية بالقدر الكافي لمواجهة التحولات، حتى تكون متوافقة على الدوام مع الظروف المتغيرة والمتجددة، ضمانا للحصول على المستلزمات والخدمات والأعمال اللازمة لتسيير المرفق، وانتقاء أفضل العروض فنيا وماليا.

وتتجسد سلطة التقديرية في نطاق إبرام العقود الإدارية بما تملكه السلطة المختصة من اختصاص المصادقة على قرار إحالة المناقصة بعهدة المناقص الذي وقع عليه اختيار لجنة تقييم العطاءات، أو عدم المصادقة وإلغاء المناقصة فيما إذا تحققت إحدى حالات إلغاء المناقصة المنصوص عليها تشريعيا.

ومن هنا تبدو أهمية السلطة التقديرية للإدارة، حتى تتمكن من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها على نحو سليم، بل أنها الوسيلة الناجعة لمواجهة الاحتياجات العامة، فتستطيع الإدارة بموجب سلطتها التقديرية اختيار أنسب الحلول وأفضل الأوقات، لكي تقوم بإحالة المناقصة وإبرام العقد أو العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة.

فممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في هذا المجال يصبح سلاحاً ذو حدين، فمن جانب أنها تحقق متطلبات المصلحة العامة، أو تصبح سببا في تحقق الإضرار بالمصلحة العامة، عندما تسيء الإدارة إلى عملية التعاقد بما تملكه من سلطة تقديرية، ولغرض الإحاطة بما تقدم، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول سلطة الإدارة في إحالة المناقصة، بينما سنتناول في المبحث الثاني إجراءات إبرام العقد الإداري.

المبحث الأول

سلطة الإدارة في إحالة المناقصة

إن اختيار لجنة تحليل وتقييم العطاءات لصاحب أفضل عطاء من بين المتقدمين لا يعدو أن يكون اختياراً مؤقتاً للمتعاقد، ولا يؤدي بالضرورة إلى إتمام العقد، إلا بعد استيفاء إجراء لاحق يتمثل بمصادقة السلطة المختصة على نتائج الإحالة، وإذا كانت الإدارة المتعاقدة ملزمة بإحالة المناقصة على صاحب العرض الأفضل، إلا أنها ليست ملزمة بإبرام العقد، إذ يمكنها إلغاء طلب العروض في أي وقت بقرار صادر منها متى ما قدرت وجود الأسباب التي تسوغه، وعليه ارتأينا تقسيم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين، سنبحث في المطلب الأول سلطة الإدارة بالمصادقة على إحالة المناقصة، بينما سنتحدث في المطلب الثاني عن سلطة الإدارة في العدول عن إحالة المناقصة.

المطلب الأول

سلطة الإدارة بالمصادقة على إحالة المناقصة

يعد إجراء المصادقة على إحالة المناقصة آخر إجراءات إبرام العقد الإداري وأكثرها أهمية من الناحية القانونية، لأنه يعد بمثابة قرار الإدارة بالقبول النهائي للعقد، وبمجرد قيام السلطة المتعاقدة بإصدار قرار المصادقة أو قرار إبرام العقد تقوم الرابطة العقدية بين الطرفين، ويتحول مركز المناقص إلى متعاقد، وعليه سنفصل هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول السلطة المختصة بالمصادقة على إحالة المناقصة، فيما سنبين في الفرع الثاني تطبيقات السلطة المختصة بالمصادقة على إحالة المناقصة.

الفرع الأول

السلطة المختصة بالمصادقة على إحالة المناقصة

إن توصية لجنة البت لجنة تحليل وتقييم العطاءات بإحالة المناقصة على مقدم العطاء الأفضل سعرا وجودة ليست الخطوة الأخيرة في التعاقد، فما هو إلا إجراءً تمهيدياً يتلخص في تقرير أصلح العطاءات، فلا تعد توصيتها قبولا صادف إيجاباً يؤدي إلى إتمام العقد مع من قامت اللجنة باختياره، إذ لا بد من إجراء لاحق

يتمثل في مصادقة السلطة المختصة على هذا الاختيار، فهذه السلطة هي التي تملك من دون غيرها إبرام العقد نهائياً، وبعد قرارها في هذا الشأن هو القبول النهائي للعقد^(١)، وعلى ذلك فإن قرار إبرام العقد هو القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء، بمعنى أنه إفصاح الإدارة عن إرادتها في إبرام العقد مع مقدم العطاء الذي رست عليه المناقصة^(٢).

وينبغي عدم الخلط بين مفهوم المصادقة التي تطلق على عملية تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الإرساء وصدور قرار إبرام العقد، وبين مفهوم تصديق السلطة الوصائية على العقد ذاته بعد إبرامه، إذ إن القانون يلزم الإدارة في بعض الأحيان بإحالة وثائق العقد إلى إدارة أخرى لتقرر ما تم التوصل إليه من نتائج تعاقدية لا من نتائج ناجمة عن الإرساء، ويرتب الفقه والقضاء في فرنسا على هذه التفرقة نتيجتين هامتين وهما^(٣):

أولاً/ إن تدخل سلطة الوصاية لا يمكن أن يؤثر على وجود العقد ذاته، فالعقد الخاضع للمصادقة الوصائية يخرج إلى حيز الوجود بشكل مسبق على تدخل سلطة الوصاية، بحسبان أن الرابطة التعاقدية تكتمل من تأريخ توقيعه، ومتى ما صدر تصديق السلطة الوصائية فإنه يقرر شرعية العقد بأثر رجعي من وقت إبرامه، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المتعاقدان قد شرعا في تنفيذ العقد في الفترة السابقة على صدور الاعتماد من الوصاية ثم أصدرت هذه الأخيرة قرارها باعتماد العقد، فإن ما تم تنفيذه في الفترة الفاصلة بين إبرام العقد واعتماده وصائياً يعد مشروعاً.

ثانياً/ إن العقد غير المعتمد من قبل سلطة الوصاية لا يكون باطلاً، وإنما لا يكون منتجا لأية آثار قانونية، ولا يمكن أن يدخل في حيز السريان، ويترتب على ذلك أن الحقوق المتولدة عن العقد لا تكتسب بشكل قطعي من جانب الأطراف، وإن امتناع أحدهم عن التنفيذ ليس من شأنه أن يثير مسؤوليته التعاقدية.

وحتى يكون القبول صحيحاً فإنه يجب أن يكون متطابقاً مع الإيجاب دون زيادة أو نقص أو تعديل، فإذا تضمن القبول شيئاً من ذلك أو صدر في غير الهيئة التي عينها الإيجاب فلا يمكن عده قبولاً ينعقد به

(١) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٢) د. أحمد عثمان عيدان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ص ١٧٢.

(٣) د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٦٨١.

العقد، وإنما يمكن عده إيجاباً جديداً يلزم لانعقاد العقد به قبول الطرف الآخر^(١)، وبناء على ذلك إذا قامت الإدارة بإرساء المناقصة بناء على قيمة معينة سبق لصاحب العطاء أن لفت نظر الإدارة إلى وجود خطأ مادي في حساب القيمة بعد فتح العطاءات وقبل البت فيها ولم تقم بما يفرضه عليها القانون من وجوب تصحيح هذا الخطأ، فإن ذلك يعني إرسائها العطاء عليه بقيمة لم يصدر عنه إيجاب بها، وهو ما يخالف حكم القانون على نحو يعيظه الحق في طلب تعويض ما لحقه من أضرار جراء ذلك، كما يحق للقاضي أيضاً تصحيح العقد بما يطابق التفسير الصحيح لإرادة المتعاقد^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن قواعد الاختصاص في العقود الإدارية من المسائل التي ينفرد المشرع بتحديدتها، ومن ثم لا يملك إبرام العقد باسم الإدارة إلا الأشخاص الذين عينهم المشرع أو من يفوضهم إذا أجاز ذلك، وهذا ما بينته تشريعات الدول محل المقارنة، ففي فرنسا فإن السلطة المتعاقدة وفقاً لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ هي^(٣):

١- الأشخاص المعنوية العامة أو أشخاص القانون العام، المتمثلة بوزارات الدولة المختلفة، والمؤسسات العامة الإدارية التابعة للدولة، وكذلك الجماعات الإقليمية أو المحلية (الأقاليم، المحافظات، البلديات، محافظات وأقاليم ما وراء البحار)، والمؤسسات العامة الإدارية لهذه الجماعة.

٢- الأشخاص المعنوية الخاصة، أو أشخاص القانون الخاص التي أنشأت خصيصاً لتلبية وإشباع احتياجات المصلحة العامة ذات الطابع غير الصناعي أو التجاري ومنها: أ_ الأشخاص ذات النشاط الممول في معظمه من سلطة متعاقدة. ب_ الأشخاص الخاضعين لرقابة سلطة متعاقدة. ج_ الأشخاص التي تتشكل فيها الهيئة الإدارية المختصة بالتوجيه والرقابة من أعضاء يتم اختيار أغلبهم بالتعيين من سلطة متعاقدة.

٣- الأشخاص المشكلة من أكثر من سلطة متعاقدة بهدف مباشرة بعض الأنشطة المشتركة.

أما في مصر، فقد حدد قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ السلطة المختصة باعتماد الإحالة بأنها (الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو

(١) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٥٣-٥٤.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٥٤٢.

(٣) المادة (١- ١٢١١) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

الصندوق أو من يعادلهم من سلطات في الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون كل في نطاق اختصاصه^(١).

فتلتزم السلطة المختصة باعتماد توصية لجنة البت بالتعاقد مع مقدم العطاء الذي عينته، وإن عدم التعاقد معه أو التعاقد مع مقدم عطاء آخر غيره يعد خرقاً جسيماً لمبدأ الشفافية، وهو ما أكدته الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري بالقول (...فمن ثم والحال هذه لا يكون أمام الجهة الإدارية المختصة من سبيل سوى اعتماد توصية لجنة البت، والتعاقد مع صاحب أفضل العطاءات المقدمة فنيا وأقلها سعراً، وهذا الالتزام لا يقابله سوى سلطتها في العدول عن التعاقد...)^(٢).

أما المشرع الكويتي فقد أنشأ بموجب قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ الجهاز المركزي للمناقصات العامة بعدّه هيئة عامة ذات شخصية معنوية يختص بشكل عام بطرح المناقصات العامة وما في حكمها، وتلقي العطاءات والعروض ودراستها والبت فيها وإرسائها، وذلك بعد أن منع قانون المناقصات الجهات العامة من أن تستورد أصنافاً، أو أن تكلف مقاولين بتنفيذ أعمال، أو أن تتعاقد لشراء أو استئجار أو لتقديم خدمات إلا عن طريقه، هذا ويتم إرساء المناقصة في الكويت بمجرد أن ينتهي الجهاز من دراسة العطاءات وتحديد أنسبها، وهو ما نص عليه المشرع الكويتي بموجب القانون المذكور (على الجهاز في الحالات التي لا تحتاج إلى فحص فني أن يرسى المناقصة فوراً على صاحب العطاء الذي يتوافق مع متطلبات وثائق المناقصة الأقل سعراً...)^(٣).

وفي التشريع العراقي، فقد نص أمر سلطة الائتلاف لسنة ٢٠٠٤ على صلاحية التعاقد والسلطة المختصة بذلك، وجاء فيه (تمارس حصراً المؤسسات الحكومية المؤهلة أو اللجان في الوحدات الحكومية أو المؤسسات المشكلة بموجب هذا الأمر صلاحية... إرساء وتوقيع العقود والدخول فيها...)^(٤)، ويشترط فيمن يمارس صلاحية الإحالة أو الإرساء إلا يكون معيناً سياسياً، كما جاء في هذا الأمر إذ نص على (لا يكون

(١) المادة (١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم (٨٠) ملف رقم (٧٨/٢/٥٦) في ٢٠٠٢/١/٣١، نقلاً من د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٣) المادة (١/٥٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٤) القسم (٣) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

أعضاء المؤسسة أو اللجنة معينين سياسياً...^(١)، ويرى رأي في الفقه^(٢) أن هذا النص أقرب ما يكون إلى الخيال منه إلى الواقع، بحسبان أن المسؤولين عن إحالة العقود معينين سياسياً ضمن كتل سياسية تشكلت منها الحكومة مما يعني انتمائهم السياسي.

هذا ولم تتضمن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ (الملغاة) نصاً صريحاً يشير إلى تشكيل لجنة تتولى مهام المراجعة النهائية للإجراءات التعاقدية والمصادقة عليها لأغراض الإحالة والتعاقد، بل أسندت صلاحية المصادقة والموافقة على الإحالة إلى رئيس جهة التعاقد حسب الصلاحيات المالية المخولة له لأغراض التعاقد، وفي حالة تجاوز موضوع البت صلاحية رئيس جهة التعاقد فعليه مفاتحة اللجنة المركزية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء لاستحصال الموافقات الأصولية، التي تصدر خلال (١٤) أربعة عشر يوماً من تأريخ الإحالة وإلا تعد الموافقة حاصلة بمضي المدة^(٣).

غير أن مجلس الوزراء قرر في جلسته الاعتيادية الخامسة المنعقدة بتاريخ ٢٧/١/٢٠٠٨ تشكيل لجنة مركزية في كل وزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة أو محافظة، تضم الاختصاصات القانونية والمالية والفنية والرقابية، برئاسة الرئيس الأعلى (الوزير، رئيس الجهة، المحافظ) تتولى مراجعة ومصادقة العقود التي تكون أقيامها ضمن حدود الصلاحيات المخولة لها، لغاية (٥٠) خمسون مليون دولار لوزارات الدفاع، الداخلية، النفط، التجارة، الصحة، الكهرباء، الصناعة ومعادن، الموارد المائية، البلديات، الأشغال العامة، ولغاية (٣٠) ثلاثين مليون دولار لباقي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، ولغاية (١٠) عشرة مليون دولار للسادة المحافظين.

أما إذا كانت مبالغ العقود تتجاوز الصلاحيات الممنوحة للوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظين، فإن مهمة المصادقة على هذه العقود يكون من اختصاص (لجنة العقود المركزية) المشكلة في الأمانة العامة لمجلس الوزراء برئاسة وزير الدولة لشؤون مجلس النواب، وعضوية ممثلين عن وزارة المالية،

(١) القسم (٣) الفقرة (أ)، من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

(٢) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

(٣) المادة (٧) /فقرة ١٩ و ٢٠/ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغاة.

وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي، وديوان الرقابة المالية، والأمانة العامة لمجلس الوزراء، وتؤمن الأخيرة سكرتارية متخصصة للجنة، وتعمل هذه اللجنة وفق التعليمات النافذة المتعلقة بتنفيذ الموازنة والعقود^(١).

غير أنه بصدور قرار مجلس الوزراء المرقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩ الذي تضمن رفع الصلاحيات الممنوحة للوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة لتكون لغاية (١٠٠) مائة مليون دولار، وللإسادة المحافظين لغاية (٥٠) خمسين مليون دولار، تم إلغاء (لجنة العقود المركزية) بموجب البند (ثالثاً) من القرار المذكور وتحويل الأمانة العامة لمجالس الوزراء / دائرة الرقابة الداخلية والتدقيق صلاحية النظر في طلبات مبالغ العقود التي تزيد عن الصلاحيات الممنوحة للوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين وكذلك صلاحية النظر في طلب موافقات وإجراءات معينة لتسهيل تنفيذ العقود التي تقع خارج صلاحيات جهات التعاقد أعلاه.

إلا أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الجديدة النافذة لسنة ٢٠١٤ نصت صراحة على (تشكل في الجهات التعاقدية الرسمية لجنة مركزية تسمى (اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة) برئاسة رئيس جهة التعاقد وعضوية وكلاء الوزارة أو نواب رئيس جهة التعاقد ورؤساء التشكيلات القانونية والمالية والعقود والرقابة والتدقيق الداخلي وموظفين من ذوي الخبرة والاختصاص في المجالات الفنية يحددهم رئيس جهة التعاقد ومقرر لجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الثالثة)^(٢).

(١) اعمام الأمانة العامة لمجلس الوزراء العراقي رقم ش. ز. ١٠/١٠/١٠/١٠/١٠/١٠، في ٢٠٠٨/٢/٥.

(٢) المادة (٥ / أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

وجدير بالذكر أن قرار مجلس الوزراء العراقي رقم (٩٣) لسنة ٢٠١٤ قد نص في الفقرة (١) منه على توحيد اللجنتين المنصوص عليهما في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، وقرار مجلس الوزراء رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩ (لجنة مراجعة ومصادقة العقود، واللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة) بلجنة واحدة تحت مسمى (اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة والعقود)، إلا أن مجلس الوزراء ما لبث أن عدل عن قراره أعلاه ليكون اعتماد تسمية اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة بدلاً من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة والعقود. ينظر قرار مجلس الوزراء بتاريخ ٢٠١٦/١/٣.

ومما تقدم يمكن القول^(١):

- ١- إن اللجنة المذكورة هي لجنة إدارية مشكلية في جهة التعاقد برئاسة رئيس جهة التعاقد وعضوية وكلاءه أو نوابه ورؤساء التشكيلات الاختصاصية في جهة التعاقد.
- ٢- إن اللجنة المذكورة هي لجنة مركزية تشكل في مقر جهة التعاقد ولا يجوز تشكيل لجان مراجعة ومصادقة فرعية في تشكيلات جهة التعاقد.
- ٣- إن رئاسة اللجنة المذكورة تكون من قبل رئيس جهة التعاقد حصراً (الوزير، رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، المحافظ)، لذا تعد رئاسة اللجنة المذكورة صلاحية شخصية لرئيس جهة التعاقد لعدم النص بعبارة (أو من يخوله) في المادة أعلاه.
- ٤- إن أعضاء اللجنة محددين على سبيل الحصر بموجب النص القانوني أعلاه من رؤساء تشكيلات العقود والقانونية، والمالية، والرقابة والتدقيق الداخلي، فضلاً عن موظفين من ذوي الخبرة والاختصاص في المجالات الفنية يحددهم رئيس جهة التعاقد إضافة لمقرر اللجنة وهو موظف لا تقل درجته عن الدرجة الثالثة.

مما تقدم يمكن تعريف اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة بأنها (لجنة إدارية مركزية تشكل في مركز جهة التعاقد يرأسها رئيس جهة التعاقد وعضوية الوكلاء رؤساء التشكيلات الاختصاصية في جهة التعاقد تتولى مباشرة المهام الخاصة بالمراجعة النهائية للإجراءات التعاقدية والمصادقة النهائية على الإحالة والتعاقد في حدود الصلاحيات المالية المخولة بها بموجب التشريعات النافذة)^(٢).

ختاماً يتضح معنا استقرار تشريعات الدول محل المقارنة على بيان وتحديد السلطة المختصة بالمصادقة على الإحالة رغم الاختلاف بينها في تنظيم هذه السلطة، فمن التشريعات من اعتمد نظام المصادقة الفردية أي منح اختصاص المصادقة على الإحالة إلى فرد، كالمشرع الفرنسي والمصري، ومنها

(١) د. أحمد طلال عبد الحميد، لجنة المراجعة والمصادقة ومهامها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، مقال منشور على موقع الحوار المتمدن <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp> ، بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٢٠، تأريخ زيارة الموقع ٢٠/٣/٢٠٢٢.

(٢) د. أحمد طلال عبد الحميد، مصدر سابق، مقال منشور على موقع الحوار المتمدن <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp>.

من اعتمد نظام المصادقة الجماعية- أي منح اختصاص المصادقة على الإحالة إلى لجنة، كالمرشح الكويتي والعراقي، ولكل تنظيم مزاياه وعيوبه، فمن مزايا القرار الفردي سرعة حسم العمل، وسهولة تحديد المسؤولية، والتوفير في الجهد والوقت، أما القرار الجماعي فإنه يؤدي إلى التعاون بين الخبرات المختلفة، وتقادي الوقوع في الخطأ، نتيجة عدم انفراد شخص واحد بالتفكير، مما ينعكس على ديموقراطية الرأي^(١)، لكن من عيوب القرار الجماعي أنه قد يؤدي إلى سيطرة أحد الأفراد على جلسة اتخاذ القرار، ومن ثم يخرج القرار معبرا عن وجهة نظره لا عن وجهة نظرهم جميعا، وتكون المشكلة أكثر حدة إذا كان هذا الفرد المسيطر هو صاحب أعلى مستوى إداري في الهيئة أو المرفق العام كالوزير مثلا، إذ كثيرا ما يتردد الآخريين في التدخل وإبداء آرائهم ومخالفته، ومن ثم يفقد القرار الجماعي مزاياه^(٢)، ونحن بدورنا نؤيد ما جاء من عيوب القرار الجماعي، ونرى زيادة على ذلك أن إسناد مهمة المصادقة على الإحالة إلى لجنة من شأنه أن يعقد من إجراءاتها ويفقد اللجان الأخرى كلجنة تحليل وتقييم العطاءات أهمية وجودها، فيكفي في هذا المجال الاعتماد على ما جاء بتقرير اللجنة المذكورة واتخاذ القرار وفقا له، سواء بالمصادقة على الإحالة أم الغائها.

الفرع الثاني

تطبيقات السلطة المختصة بالمصادقة على إحالة المناقصة

ظهر فيما مضى أن التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية قد حرصت على بيان السلطة المختصة بالمصادقة على الإحالة، على الرغم من ذلك نجد أن المشرع في بعض الأحيان يسند اختصاص المصادقة على بعض العقود الإدارية إلى سلطة أخرى غير السلطة المختصة بالمصادقة المحددة بموجب قوانين تنظيم المناقصات أو التعاقدات الحكومية، وهذا ما يدعونا لمحاولة التوسع في بحثنا والتعرف على تطبيقات أو نماذج السلطات المختصة بالمصادقة على الإحالة، فالسلطة الأخيرة تختلف باختلاف طبيعة العقد المراد إبرامه، فهناك بعض العقود تتطلب مصادقة السلطة التشريعية.

(١) د. ماهر عبد الهادي وآخرون، الموجز في الإدارة العامة، مكتبة النصر، الزقازيق، ١٩٨٦، ص ٤٠٤.

(٢) د. بدر حامد أحمد رمضان، فعالية اتخاذ القرار بواسطة مجموعة، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة الكويت مجلس النشر العلمي، المجلد ١٣، العدد ١، ١٩٨٥، ص ٥٧-٥٩.

ومن بين هذه العقود عقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز^(١)، الذي يعد من أهم العقود الإدارية، فعن طريقه تعهد الدولة لأحد الأشخاص سواء أكان فرداً أم شركة بإدارة مرفق عام مدة من الزمن، لذا يعرف عقد التزام المرافق العامة بأنه (عقد يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه إلى القواعد الأساسية لسير المرفق العام، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز)^(٢).

أما على المستوى التشريعي فقد عرف قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ عقد الامتياز بأنه (عقد يبرم من طرف سلطة واحدة أو مجموعة من السلطات الخاضعة لهذا النظام من أجل تنفيذ اشغال أو تسيير مرفق عام مع متعامل أو مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين وذلك بنقل مخاطر تشغيل المنشآت أو تسيير مرفق عام وفي المقابل يحق له استغلال المنشآت العامة أو المرفق العام موضوع العقد أو يحق له استغلالهما مقابل ثمن)^(٣)، وعرفه القانون المدني المصري الحالي لسنة ١٩٤٨ (التزام المرفق العام عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن)^(٤)، أما في العراق فقد عرفه القانون المدني لسنة ١٩٥١ (التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية،

(١) هناك من حاول التفرقة بين عقد امتياز المرفق العام وعقد التزام المرفق العام، والفاصل بينهما هو أنه في عقد التزام المرافق العامة يتحتم قيام الملتزم ببناء الإنشاءات اللازمة والأساسية لقيام المرفق العام لغرض تهيئته لتقديم خدماته، وهو التزام منصوص عليه في العقد، وهو غير موجود في عقد امتياز المرفق العام، ومن جانب آخر فإن الإدارة تقبض مبلغاً من المال من صاحب الامتياز في عقد امتياز المرفق العام، وهذه المسألة غير واردة في عقد التزام المرفق العام. ينظر شيت مصطفى خضر، إبرام عقد التزام المرافق العامة وتنفيذه، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين - أربيل، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، ص ١٦-١٧. ولا نؤيد هذا الرأي لأنه يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين.

(٢) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٨٧١. ود. طعمية الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة، المكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٣، ص ٢٨٢.

(٣) المادة (١ - ١١٢١) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩، نقلاً من د. حسام الدين بركبيه، تعزيز تقنية تفويض المرفق العام في فرنسا وتحديات تطبيقها في الجزائر، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد ١١، العدد ٢، ٢٠١٩، ص ١١٥.

(٤) المادة (٦٦٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين الفرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى القانون^(١)، بينما لم نجد تعريفا لعقد الامتياز في القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨٠.

ونظرا لخطورة وحساسية المرافق العامة الوطنية من النواحي الاقتصادية والسياسية والقانونية، أوجبت تشريعات بعض الدول ضرورة تصديق البرلمان على عقد الامتياز^(٢)، وتكمن الغاية في ضرورة اشتراط مصادقة السلطة التشريعية على إبرام عقد الامتياز، في أن موضوع عقد الامتياز متعلق بمرفق عام اقتصادي تجاري أو صناعي ذي صلة مباشرة وقوية بالحياة اليومية للجمهور^(٣)، وفيه تراعى بشكل دقيق مصالح الشعب، وسيادة الدولة الخارجية والداخلية، وذلك بدراسة كل جوانب عقد الامتياز عند منحه، ولأجل ذلك يجب أن يكون لدى كل المختصين من الإداريين والقانونيين، وكذلك نواب الشعب الدراية والمعرفة الكافية بمضمون وموضوع العقد المبرم، سيما في عقود الإلتزام ذات البعد الاستراتيجي طويل الأمد، وذلك للحيلولة دون أن تقع تلك المصالح الوطنية تحت أيدي أناس أو شركات يتصرفون بمقدرات الشعب كيفما شاؤوا، ومن ثم السيطرة التامة والطويلة على تلك المصالح، وكذلك منعاً لكل سوء تصرف أو استغلال من قبل الإدارة أو الملتزم على حدٍ سواء، مما حدى بواضعي الدستور في أغلب الدول الانتباه إلى هذا الموضوع الحساس، وأن يدونوا في دساتيرهم وجوب منح هذه الامتيازات بقانون ولمدة محددة سلفاً^(٤).

مما تقدم فقد نصت تشريعات الدول المقارنة على اختصاص السلطة التشريعية في المصادقة على منح عقود الامتياز، إذ نص دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ على (... ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاما ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحة أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشرة عاما بناء على قانون...)^(٥)، فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن مدة الالتزام لا

(١) المادة (٨٩١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) علي حسن عبد الأمير، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، ص ٤٦.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٣٧٠، وينظر أيضا د. خالد سمارة الزغبى، القانون الإداري، ط ٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٦٨. و د. شابا توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط ١، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ٢٨٥.

(٤) د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، الكتاب الأول، ط ١، مطابع الارز، عمان، الاردن، ١٩٩٨، ص ٢٩٠.

(٥) المادة (٣٢) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤.

تتجاوز ثلاثين عاما إذا كان محل عقد الالتزام استغلال الموارد الطبيعية، أو التزام المرافق العامة، ويكون القانون هو أداة منح الالتزام، بينما تكون مدة الالتزام خمسة عشر عاما إذا كان محل عقد الالتزام استغلال المحاجر، والمنجم الصغيرة، والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة، وتكون أداة منح الالتزام بناء على قانون.

ومع ذلك لم يكتف المشرع المصري بالنص الدستوري، بل عمد المشرع قبل صدور دستور ٢٠١٤ إلى إصدار تشريع عادي خاص بهذا العقد، وكان أولها قانون التزامات المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧^(١)، الذي بيّن الأحكام الرئيسة لهذا العقد، إلا أنه أغفل عن بيان كيفية إبرامه وآلية منح الالتزام والسلطة المختصة بمنحه، ما حدى بالمشرع المصري إلى محاولة معالجة هذا القصور التشريعي عبر تعديل القانون المذكور بموجب قانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ المتعلق بمنح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، الذي نص على (يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة... بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة)^(٢)، ثم تابعت التطورات التشريعية المتعلقة بتنظيم عقد الامتياز في مصر حتى توجه المشرع المصري في إصدار قوانين امتياز خاصة بقطاع محدد، كقانون التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وارضى النزول رقم (٣) لسنة ١٩٩٧^(٣).

والملاحظ حاليا أن التنظيم القانوني لعقد الامتياز وفقا لما جاء في قانون التزامات المرافق العام لسنة ١٩٤٧ وغيره من القوانين أصبح لا يتفق في كثير من أحكامه مع صدور دستور ٢٠١٤، وبالأخص الأحكام المتعلقة بسلطة منح الامتياز ومدته، فهذا القانون جعل منح الامتياز يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة، بينما دستور ٢٠١٤ منح اختصاص الموافقة على الامتياز إلى مجلس النواب فقط ولم يشرك رئيس الجمهورية في ذلك هذا من جانب، ومن جانب فإن مدة الالتزام الواردة في قوانين الامتياز

(١) منشور في جريدة الوقائع المصرية، عدد ٦٩، السنة ١١٨، في ٢٤/٧/١٩٤٧.

(٢) المادة (١) من قانون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨، منشور في الجريدة الرسمية، عدد ١٥، في ١٩ / ٧ / ١٩٥٨. يعتقد الباحث إن هذا النص قد جاء استجابة لدستور ١٩٥٦ (الملغى) الذي جاء فيه (ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة)، ينظر المادة (٩٨) من الدستور المصري الملغى لسنة ١٩٥٦، منشور في جريدة الوقائع المصرية، عدده مكرر، في ١٦/١/١٩٥٦.

(٣) منشور في جريدة الوقائع المصرية، عدد ٦٥ مكرر في ٨/شباط/١٩٩٧.

الخاصة هي الأخرى غير دستورية لأنها مدد ذات أمد طويل _ كما ورد في قانون منح امتياز الطرق العامة لسنة ١٩٦٨ الذي حددها بأن لا تتجاوز ٩٩ عاما _ مقارنة مع مدة الامتياز التي حددها دستور ٢٠١٤ الذي جعلها لا تتجاوز ٣٠ او ١٥ عاما حسب الأحوال الوارد في النص الذي ذكرناه سابقا^(١).

أما بخصوص موقف المشرع الكويتي، فقد نص الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢ على (كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة)^(٢)، فيتضح لنا من هذا النص أن الدستور الكويتي جعل السلطة التشريعية هي المختصة بالمصادقة على عقد التزام المرافق العام، فلا التزام من دون أن يصدر قانون من السلطة التشريعية، وهو بهذا الحال يتوافق مع المشرع المصري، إلا أن المشرع الكويتي لم يحدد الحد الأقصى لمنح الالتزام خلافا للمشرع المصري الذي حدده بثلاثين عاما.

ولم يكتف المشرع الكويتي بما تقدم بل لزم الجهات الإدارية بضرورة استفتاء إدارة الفتوى والتشريع في كل التزام موضوعه منح امتياز أو استغلال مورد من موارد الطبيعة، وجاء بنصه (تستفتى إدارة الفتوى والتشريع في كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل امتياز أو احتكار)^(٣).

أما في العراق فيلاحظ في هذا المجال أن دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لم يتضمن نصا صريحا يعالج الحالات المتعلقة بمثل هذه العقود، وكذلك الجهات المختصة بإبرامها وتصديقها^(٤)، وجل ما جاء في الدستور نصه على أن (تنظم بقانون الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وإدارتها وشروط التصرف بها والحدود التي لا يجوز النزول عن شيء من هذه الأموال)^(٥).

(١) د. كريم السيد أبو العزم، إشكاليات رقابة مجلس الدولة على عقد البوت B.O.T، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية،

كلية الحقوق _ جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٨، عدد ٣، ٢٠٢٠، ص ١٣٧٩.

(٢) المادة (١٥٢) من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.

(٣) المادة (٦) من المرسوم الأميري رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠ بقانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت.

(٤) د. بختار غفور البالكي ود. أحمد خورشيد المفرجي، سلطة البرلمان في المصادقة على العقود الإدارية، بحث منشور في

مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول، عدد ١، ٢٠١٢، ص ٢٠٣.

(٥) المادة (٢٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

وعلى الرغم من ذلك يرى جانباً من الفقه^(١) أن الدستور قد أقر ضمناً من خلال منطوق المادتين (١١٢ و ١١٤) إبرام هذه العقود وكذلك العقود المتعلقة بالطاقة الكهربائية والصحة والتعليم والموارد المائية الداخلية هي من الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم، وهذا ما شجع إقليم كردستان على إصدار قانون النفط الغاز لسنة ٢٠٠٧^(٢).

ولا يتفق الباحث مع الرأي المتقدم، فلا يمكننا القول باختصاص البرلمان بالمصادقة على عقود الامتياز في العراق، لأن المشرع في دستور ٢٠٠٥ لم يمنح السلطة التشريعية هذا الاختصاص، وحتى لو أصدر مجلس النواب القانون الذي ينظم إدارة أملاك الدولة وإدارتها وفقاً لنص المادة (٢٧) من الدستور فإن منح الامتياز سيكون بناء على قانون، لذا كان المؤمل من واضعي دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الالتفات إلى تنظيم مسألة إبرام عقود الامتياز ومنح البرلمان اختصاص المصادقة عليها، لما لهذه العقود من أهمية اقتصادية وتماشياً مع ما سارت عليه دساتير الدول محل المقارنة^(٣).

ومقارنة مع التشريع الفرنسي فإن قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ لم يشترط لإبرام عقد الامتياز موافقة السلطة التشريعية، بل تخضع هذه العقود لما تخضع له بقية العقود من إجراءات، وربما يعود السبب إلى أن عقود الامتياز عادة ما يقتصر تطبيقها في فرنسا على المرافق المحلية ومن أهمها توزيع وإنتاج المياه، وتوزيع الطاقة عن طريق الشبكات، وبناء مواقف السيارات، والنقل الحضري^(٤).

(١) د. بختار غفور البالكي و د. أحمد خورشيد المفرجي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٢) وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بعدم دستورية قانون النفط والغاز لإقليم كردستان رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٧ بموجب قرارها المرقم ٥٩/ اتحادية/ ٢٠١٢ وموحدتها ١١٠/ اتحادية/ ٢٠١٩ في ٢٠٢٢/٢/١٥ الذي جاء فيه (...تجد المحكمة الاتحادية العليا : إن قيام حكومة إقليم كردستان باستخراج النفط وتصديره والتعاقد مع الأطراف الخارجية دولاً وشركات وتشريع قانون النفط والغاز لحكومة إقليم كردستان يخالف أحكام المواد (١١٠ و ١١١ و ١١٢ و ١١٥ و ١٢١/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ مخالفة حكومة إقليم كردستان أحكام المواد (١١٠ و ١١١ و ١١٢ و ١١٥ و ١٢١ و ١٣٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥... وقررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم للمدعي إضافة لوظيفته (وزارة النفط الاتحادية) بالحق في متابعة بطلان التعاقدات النفطية التي أبرمتها حكومة إقليم كردستان والمتمثلة بالمدعى عليه وزير الثروات الطبيعية مع الأطراف الخارجية دول وشركات بخصوص استكشاف النفط واستخراجه وتصديره وبيعه.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ (الملغى) نص على ألا يكون منح الالتزام إلا بقانون بقوله (لا يعطى انحصار أو امتياز لاستثمار مورد من موارد البلاد الطبيعية أو لاستعماله أو مصلحة من المصالح العامة ولا تعطى الواردات الأميرية بالالتزام إلا بموجب قانون)، ينظر المادة (٩٤) من القانون الأساسي العراقي الملغى لعام ١٩٢٥.

(4) Brandt Willy, La délégation de service public, un modèle à repenser, RENA, 2009, p.5.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في العدول عن إحالة المناقصة

من المعلوم أن المناقصة هي التقنية الأصلية أو المبدأ العام في إبرام العقد الإداري لتأمين الحاجات العامة، وقد خصص المشرع مجموعة من الأحكام التي تتجسد في منح الإدارة سلطة إلغاء المناقصة أو العدول النهائي عنها، إذ تتراوح سلطة الإدارة في هذا السياق بين أن تكون سلطة مقيدة وجوبية، أو سلطة تقديرية جوازية، وتختلف الآثار القانونية المترتبة على كل منهما، وعليه سنقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين، سنبحث في الفرع الأول سلطة الإدارة في العدول عن التعاقد وجوبيا، أما الفرع الثاني فسنبحث فيه سلطة الإدارة في العدول عن التعاقد جوازيا.

الفرع الأول

سلطة الإدارة في العدول عن التعاقد وجوبيا

قبل التطرق إلى حالات إلغاء المناقصة وجوبيا وبيان موفق التشريعات المقارنة، لابد لنا من تسليط الضوء وبشكل مختصر على مفهوم إلغاء المناقصة، إذ يعرف بأنه (هو ذلك الحق الذي يمكن جهة التعاقد من عدم إتمام التعاقد والعدول عنه وذلك لكي لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله أو إذا تبين ملائمة اتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة)^(١)، وهو ما قضت به أيضا المحكمة الإدارية العليا في مصر، إذ جاء في أحد أحكامها (...ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد فإذا ما رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المزايد أو المناقص الذي عينته لجنة البت، واختصاصها في هذا الشأن اختصاص مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا الشخص ولا تستبدل غيره به، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية في حق هذه الجهة في عدم إتمام التعاقد والعدول عنه إذا ثبتت ملائمة ذلك لأسباب

(١) د. محمود حلمي، مصدر سابق، ص ١٧٥.

تتعلق بالمصلحة العامة...) ^(١)، وعلى الرغم من أن قرار المحكمة لا يعد تعريفاً إلا أنه يمكن الاستناد إليه لبيان مفهوم إلغاء المناقصة.

فإلغاء المناقصة هو تصرف انفرادي مصدره الإرادة المنفردة للإدارة، التي لها خيار قبول العرض أو رفضه ^(٢)، وهو حق لها في أي مرحلة من مراحل المناقصة، بشرط أن لا تتعسف في استخدامه، فمن المبادئ الأساسية في مجال العقود الإدارية أن الجهة الإدارية لها الحق في العدول عن إتمام العقد الإداري إذا قدرت أن دواعي المصلحة العامة تقتضي ذلك ^(٣)، فإذا ما كانت الجهة الإدارية ملزمة بأن لا تتعاقد إلا مع المتعاقد الذي عينته لجنة البت فإن لها الحق في العدول أو إلغاء المناقصة، وقد سوغ الفقه تلك السلطة بأن الإدارة لا يمكنها تحمل متعاقد غير مؤهل كي تبرم عقدها معه، خصوصاً وأن المتعاقد يعد معاوناً لها في تسيير مرافقها العامة، كما أن مقتضيات الصالح العام قد تتغير ما يؤدي إلى تغيير في وجهة نظر الإدارة فيما يتعلق بالمناقصة، خصوصاً أن سلطة الإدارة في العدول عن التعاقد يعد مظهراً من مظاهر سلطتها العامة في مجال العقود الإدارية ^(٤).

و قد ظهر معنا أن الجهة الإدارية لها سلطة تقديرية في إبرام العقد من عدمه وفقاً لمبدأ حرية التعاقد، فإن هناك من يرى أن سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة سواء على سبيل الوجوب أم الجواز تعد مظهراً من مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد، ووجه عدم التوازن ظاهر من ناحيتين ^(٥):

الأولى: إن كثيراً من المناقصات التي تعلن عنها الإدارة تتطلب في أغلب من الأحيان دراسات معمقة، وهو أمر يكلف مقدم العطاء مبالغ طائلة ابتغاء التعاقد مع الإدارة، وعلى ذلك فإن إلغاء المناقصة بعد تقديم

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ١٢٦٦، سنة ٣٣ قضائية، جلسة ١٩٩٥/٨/٣ / مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً، ص ٢٨٦.

(٢) تنص المادة (٨٥) من القانون المدني العراقي على (إذا وجب أحد المتعاقدين يلزم الانعقاد للعقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب).

(٣) د. محمد علي بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٣، ص ٥١٦.

(٤) د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، بحث منشور مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، العدد ٢، ١٩٩٨، ص ٤٧٦.

(٥) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٦٠٦١.

العطاء قد يصيب مقدمه بأضرار بالغة، ولذلك يجب حتى يتوازن مركز الإدارة مع مركز صاحب العطاء أن يكون للأخير حق الحصول على تعويض إن أصابه ضرر من جراء إلغاء المناقصة.

الثانية: إن مقدم العطاء يلتزم بعطائه المدة المحددة في الإعلان عن المناقصة، أي حتى فتح المظاريف، ولذلك لا يستطيع أن يسحبه، وخلاف ذلك سيكون معرضاً لمصادرة التأمين الأولي المرفق بالعطاء، وفي ذلك تتبدى المفارقة بين مركز الإدارة ومقدم العطاء، فالإدارة تستطيع إلغاء المناقصة من دون مؤاخذه، أما مقدم العطاء فإن انسحابه سيؤدي به إلى خسارة تأمينه الأولي.

وقد بين قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة ٢٠١٨ حالات إلغاء المناقصة وجوباً (تلغى المناقصة أو الممارسة بجميع أحوالها قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا استغني عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك أو في حالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (١٢) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٥ المشار إليه ويكون الإلغاء بقرار مسبب من السلطة المختصة سواء من تلقاء ذاتها أو بناء على توصية لجنة البت أو الممارسة إذا تبين وجود تواطؤ بين مقدمي العطاءات أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار أو إذا تبين وجود نقص أو خطأ في كراسة الشروط والمواصفات...) (١).

ويمكن الاستدلال على وجوبية إلغاء المناقصة من كلمة (تلغى) الواردة في النص، إذ أعقبتها المشرع في فقرة أخرى من المادة نفسها بعبارة كما يجوز الغاؤها في أي من الحالات الآتية، فلو كان الأمر في الحالة الأولى جوازي لما كان المشرع في حاجة إلى أن يذكر كما يجوز الغاؤها، ولكان استخدم ذات الكلمة ويجري النص كالاتي: كما تلغى في الحالات الآتية...، ومن ثم فإن المغايرة في اللفظ تفيد المغايرة في الحكم (٢).

ومن خلال النص أعلاه يتضح أن المشرع المصري بموجب قانون تنظيم التعاقدات المذكور قد ذكر أربعة حالات لإلغاء المناقصة وجوباً وهي:

(١) المادة (٣٧) من قانون تنظيم التعاقدات من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في المسؤولية الإدارية الناشئة عن العقد الإداري، ط١، دار الكتب، مصر، ٢٠٠٢، ص ١٨٩. وأيضاً د. حمدي ياسين عكاشة، مصدر سابق، ص ٦٥٥.

١- الاستغناء عن المناقصة أو الممارسة: وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المفهوم في إحدى اتجاهاتها بالقول (...إن المقصود بعبارة إذا استغني عن المناقصة نهائيا لا تنصرف فقط إلى الاستغناء عن المادة المطروحة في المناقصة، إذ قد يكون المقصود بالاستغناء إما تبين عدم الحاجة إلى المواد أو الاستغناء عن المناقصة العامة كوسيلة للحصول عليها، لأن غير هذه الوسيلة قد يكون أصلح من وجهة المصلحة العامة...) ^(١)، ويترتب على هذه الحالة أن لا يعاد الاعلان عن المناقصة في السنة نفسها التي حصل فيها الإلغاء، بحسبان أن الإدارة استغنت عن موضوعها، أو أنها صرفت النظر عنها ^(٢).

٢- إلغاء المناقصة للمصلحة العامة، وتقدير الأخيرة أمر ترخص فيه السلطة المختصة بالتعاقد في الجهة الإدارية وتخضع لتقديرها.

٣- إلغاء المناقصة عند تحقق الحالة النصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية رقم (٥) لسنة ٢٠١٥ ^(٣) والتي نصت على (يجب إلغاء إجراءات التعاقد قبل البت فيها إذا تبين للجنة تفضيل المنتج الصناعي المصري أن شروط طرح العقود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (١١) تخالف أحكام هذا القانون...).

٤- إذا تبين وجود تواطؤ ^(٤) بين مقدمي العطاءات أو ممارسات احتيال ^(٥) أو فساد ^(١) أو احتكار أو إذا تبين وجود نقص أو خطأ في كراسة الشروط والمواصفات.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٧٢١) سنة (٤١) قضائية، في ٢٦/١/١٩٩٩، نقلا من موقع المطابع الاميرية.

(٢) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ٥١.

(٣) منشور في الجريدة الرسمية عدد ٣ مكرر في ١٧/كانون الثاني/ ٢٠١٥.

(٤) التواطؤ بأنه (ترتيب يتم بين طرفين أو أكثر قبل أو بعد تقديم العطاء لتحقيق غرض في مشروع أو للإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ حرية المنافسة بما في ذلك التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على تصرفات طرف آخر بهدف تقسيم العقود بين مقدمي العطاءات أو تقييد اسعار العطاءات بشكل غير تنافسي)، المادة (١) من قانون تنظيم التعاقدات من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٥) الاحتيال (أي فعل أو امتناع عن فعل يؤدي إلى تضليل الطرف الآخر بهدف الحصول على منفعة مالية أو عينية أخرى أو التأثير في العملية المطروحة أو لتجنب الالتزام في تنفي العقد)، المادة (١) من قانون تنظيم التعاقدات من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

وسلطة الإدارة في إلغاء المناقصة على هذا الوجه تعد عملاً مشروعاً لا تؤخذ عليه إذا كان الإلغاء مطابقاً للشروط التي حددها القانون على الوجه السابق، وإلى ذلك أشارت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بالقول (...ومن ثم فهي (الإدارة) تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضي بذلك إلغاء المناقصة والعدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عن عدم إبرامه...) (٢).

وبما أن نص قانون تنظيم التعاقدات اشترط أن يكون الإلغاء قبل البت فإننا نتساءل عن المقصود بذلك، ومتى يعد الإلغاء قبل البت؟

يذهب أحد الفقهاء في الإجابة إلى أن ذلك يعني قبل فتح المظاريف، بحسبان أن عمل لجنة فتح المظاريف ما هو في حقيقته إلا استهلال لعمل لجنة البت، فإذا ما قامت لجنة فتح المظاريف بعملها فلا يصح إلغاء المناقصة (٣)، وخالفه رأي آخر في أن التفسير السابق لعبارة قبل البت لا يستقيم مع النص في تلك العبارة، خصوصاً وأنه لم يذكر عبارة فتح المظاريف، كما أن عبارة قبل البت تعني أن الإدارة قطعت شوطاً طويلاً في الإجراءات الخاصة بالتعاقد، ومع ذلك لم يتم البت الفني، بل لا نتشدد إذ قلنا أن عبارة قبل البت تعني البت النهائي في المناقصة أي الترسية النهائية، فضلاً عن الحالات الأخرى المنصوص عليها في القوانين التي تحكم المناقصات والمزايدات، إذ أنه يجوز الجمع بين حالات الاستغناء عن المناقصة أو حالة الإلغاء للمصلحة العامة، وبين قيام حالة من حالات الإلغاء المنصوص عليها في المادة المذكورة على سبيل الجواز كما سيأتي معنا، والدليل على ذلك أن السلطة المختصة تملك إلغاء توصية لجنة البت بترسية

(١) الفساد (أي عرض أو عطاء أو استلام أو طلب لأي شيء ذي قيمة أو الحث على ارتكاب أفعال غير مناسبة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة للتأثير بشكل غير مشروع على أداء طرف آخر في العملية المطروحة أو في تنفيذ العقد)، المادة (١) من قانون تنظيم التعاقدات من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري لسنة ١٤ قضائية في ١٩٦٠/١/٥ نقلاً عن د. حمدي حسن الحلفاوي، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٣) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٨١.

المناقصة، على سبيل المثال: إذا تبين للجهة صاحبة الاعتماد أن السعر المقدم من العارض أعلى بكثير من المعطيات الاقتصادية للسوق، فإنها بالطبع ستؤثر مصلحة المرفق العام وتلغي المناقصة^(١).

ونحن بدورنا نتفق مع الرأي الأخير في أن المراد من عبارة قبل البت أي قبل المصادقة سواء وقع الإلغاء قبل فتح المضاريف أم بعده.

وقد أشار أحد الفقهاء^(٢) إلى أن قرار إلغاء المناقصة كما يكون بقرار صريح يكون أيضا بقرار ضمني، بأن تتصرف الإدارة تصرفا ظاهر الدلالة على اتجاه نيتها إلى الإلغاء، كأن تقوم بإجراءات تدل بطبيعتها على إلغاء المناقصة، ونحن لا نتفق مع هذا الطرح، فالقانون اشترط تسبب قرار الإلغاء، والتسبب خير دليل على أن قرار الإلغاء لا يصدر إلا صريحا مكتوبا.

هذا ولم توجب التشريعات المقارنة سواء في فرنسا أم الكويت أم العراق على الإدارة إلغاء المناقصة، بل منحها سلطة إلغاء المناقصة جوازا وفقا لحالات محددة التي سنتعرف عليها في الموضوع الآتي.

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في العدول عن التعاقد جوازيا

نصت تشريعات الدول محل المقارنة على مجموعة من الحالات الجوازية التي تلغى المناقصة بموجبها، فإن شأئت الإدارة ألغت المناقصة، وإن شأئت أبرمت العقد، وبهذا يكون تقرير مسألة إلغاء المناقصة من عدمه متروك للجهة الإدارية في ضوء هذه الحالات.

ففي فرنسا نجد أن قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ أجاز للسلطة المختصة إلغاء طلب العروض في أي وقت^(٣) بشرط اخطار المتنافسين وأصحاب المصلحة في أقرب وقت ممكن بأسباب عدم منح العقد أو إلغاء إجراء طلب العروض^(٤)، ولا يشترط أن تستند الجهة الإدارية في إلغائها طلب العروض إلى المصلحة

(١) د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٨.

(٢) د. حسن درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة، ط١، مكتبة الاجلو المصرية، ١٩٥٩، ص ١٢٥.

(٣) المادة (١_٢١٨٥) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (٢_٢١٨٥) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩.

العامة فقط، بل يمكنها الاستناد إلى أسباب اقتصادية، أو أسباب تتعلق بحاجات المصلحة المتعاقدة، أو أسباب قانونية^(١).

أما في مصر، فقد حدد قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ حالات إلغاء المناقصة جوازيًا بالقول (... ويجوز الإلغاء في أي من الحالات الآتية: ١- إذا لم يقدم سوى عطاء واحد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد ما لم تكن حاجة العمل لا تسمح بإعادة الطرح ولا توجد فائدة ترجى من إعادة الطرح وبشرط أن يكون العطاء مطابقًا للشروط ومناسبًا للقيمة التقديرية. ٢- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات. ٣- إذا كانت القيمة العطاء الأقل تجاوز القيمة التقديرية ما لم تبين دراسة لجنة البت أو لجنة الممارسة عدم جدوى إعادة الطرح والآثار المترتبة عليها. ويكون الإلغاء في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من هذه المادة بقرار من السلطة المختصة بناءً على توصية لجنة البت أو لجنة الممارسة ويجب أن يشتمل القرار على الأسباب التي بني عليها...)، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا أيضًا بقولها (... إذا أسفرت إجراءات المناقصة عن عطاء وحيد، فإن إلغائها أمر جوازي لرئيس المصلحة وفي حالة عدم الإلغاء لا يوجد ثمة مانع من قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط التي تطلبها المشرع لذلك...) ^(٢).

أما ما يخص إلغاء المناقصة فيما إذا كانت قيمة العطاء أعلى من القيمة التقديرية للمنافسة، فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى (... إنه في حالة إذا كانت قيمة العطاءات المقدمة تزيد على القيمة التقديرية للعملية المطروحة وقام صاحب العطاء الأقل سعرًا بتخفيض عطاؤه، فإنه يتعين على لجنة البت مباشرة اختصاصها في قبول العطاء أو إلغاء المناقصة دون النظر إلى قيمة الخفض ويلزم لجنة

(1) Direction des affaires juridiques DAJ Ministère de l'économie, (fiche technique), La déclaration sans suite, 15012015, p 2. Voir sur site:

<https://www.economie.gouv.fr/daj/declarationsanssuite>، تأريخ زيارة الموقع في ٢٠٢٢/٩/٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٥٥٦) لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٨٦/٣/١، نقلًا عن د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، الجزء الأول، الناشر: المتحدون، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٩٢. ويعرف العرض والوحيد بأنه (العرض الذي يبقى بمفرده في مجال المنافسة أما لأنه لم يقدم غيره في مجال المنافسة على العقد أو لأن لجنة المناقصة استبعدت باقي العروض التي تقدمت إلى المناقصة لعدم استيفائها شروط الاشتراك فيها). ينظر د. محمد الحلاق وحسام خدام الجامع، سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة، بحث منشور في مجلة البعث، سوريا، مجلد ٤٢، عدد ٢٥، ٢٠٢٠، ص ١٤١.

البت في تلك الحالة بعرض توصيتها على السلطة المختصة، فإذا كانت توصيتها قبول العطاء واعتمدت السلطة توصيتها تعين عرض التخفيض في الأسعار المقدم من صاحب العطاء المقبول على السلطة المختصة للنظر في قبوله بحسبانه تبرع بجزء من مستحقاته المالية لصالح جهة الإدارة...).

وعلى أية حال فإنه لا يجوز إلغاء المناقصة في غير الحالات التي حددها القانون، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر ذلك بقولها (...إذا لم تقم في المناقصة إحدى الحالات التي تجيز إلغائها وفقا لأحكام القانون فإنه ما كان يجوز إلغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها لإعادة المناقصة بقصد الوصول إلى أقل سعر ويعتبر القرار الصادر بإعادة المناقصة وما ترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسالها إلى غير المدعي مخالف للقانون...)^(١).

على أنه في كل الأحوال يجب أن يصدر الإلغاء من السلطة المختصة وبقرار مسبب، حتى يتمكن القضاء من مراقبة صحة هذه الأسباب، ومن ناحية أخرى يمكن إثارة مسؤولية الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي يصيب مقدم العطاء من جراء إلغاء المناقصة إلغاء يخالف القانون، كأن يكون الإلغاء بغير سبب أو بسبب غير صحيح، ويكون ذلك وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية غير التعاقدية^(٢).

أما المشرع الكويتي فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على حالات إلغاء المناقصة وجميعها حالات جوازية، فقد أجاز المشرع فيها للإدارة اختصاص إلغاء المناقصة من عدمه قبل البت فيها^(٣)، وقد ذكر المشرع الكويتي عدد من الحالات التي تلغى المناقصة بموجبها بعضها وافق بها المشرع المصري وبعضها لم يوافقه، فحالات إلغاء المناقصة التي وافق بها المشرع الكويتي المشرع المصري هي: حالة إذا اقترنت العطاءات بتحفظات جوهرية، أو إذا كانت قيمة العطاء تزيد على القيمة التقديرية للعقد، أو تتجاوز الاعتمادات المالية المخصصة لتمويل عقد الشراء، أو إذا ثبت وجود تواطؤ بين المناقصين أو أطراف لهم صلة بالمناقصة.

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٢) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٣) نصت المادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ على (يجوز إلغاء المناقصة قبل البت فيها...).

وأما الحالات التي لم يوافق بها المشرع الكويتي المشرع المصري، فتتمثل في حالة كون العطاءات كافة غير مطابقة وبصورة جوهرية للشروط الواردة في وثائق المناقصة، أو إذا انسحب المناقص الفائز ولم يكن ممكناً أو ملائماً إعادة الترسية على المناقص الذي يليه، وأيضاً إذا لم تعد هناك حاجة لمحل التعاقد، وأخيراً حالة إذا تم اكتشاف قصور خطير أو خطأ في وثائق المناقصة بما لا يبقى معه فائدة من الاستمرار في الإجراءات^(١).

وأما بخصوص إجراءات الإلغاء، فتكون بقرار مسبب من مجلس الجهاز المركزي للمناقصات العامة يصدر بأغلبية ثلثي اعضاءه، بناء على كتاب مسبب من الجهة الإدارية صاحبة الشأن، أو أن يصدر قرار الإلغاء من الجهة صاحبة الشأن ذاتها في حال هي من باشرت بإجراءات المناقصة^(٢).

أما في التشريع العراقي، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط على (الجهة التعاقد إلغاء المناقصة قبل صدور كتاب الإحالة بناءً على أسباب مبررة دون تعويض مقدمي العطاءات، ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط للمنافسين، وكذلك يتم إعادة ثمن شراء وثائق المناقصات إلى المنافسين في الحالتين الآتيتين: ١- حالة إلغاء المناقصة وتغيير أسلوب التنفيذ إلى الدعوة المباشرة أو العطاء الاحتكاري عند توفر شروط اللجوء إلى هذين الأسلوبين، على اعتبار أن اعتماد هذين الأسلوبين لا يتطلب بيع وثائق المناقصة. ٢- عند إلغاء المناقصات للسنة السابقة والإعلان عنها مجدداً ويتسلسل جديد للعام اللاحق)^(٣).

(١) نصت المادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ على (يجوز إلغاء المناقصة قبل البت فيها... وذلك في الحالات التالية: ١- إذا اقترنت العطاءات كلها بتحفظات جوهرية. ٢- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية للعقد أو تجاوز مقدار الاعتمادات المالية المتاحة لتمويل عقد الشراء، وذلك بالاسترشاد بالأسعار الأخيرة السائدة في السوق. ٣- إذا كانت كافة العطاءات المقدمة غير مطابقة بصورة جوهرية للشروط الواردة في وثائق المناقصة. ٤- إذا لم تعد هناك حاجة لمحل التعاقد (أصناف خدمات- مقاولات) بما لا مصلحة معه في الاستمرار في الإجراءات. ٥- إذا ثبت أن هناك تواطؤ بين منافسين أو أطراف لهم صلة بالمناقصة. ٦- إذا انسحب المناقص الفائز ولم يكن ممكناً أو موائماً إعادة الترسية على المناقص الذي يليه. ٧- إذا تم اكتشاف قصور خطير أو خطأ في وثائق المناقصة بما لا تبقى معه جدوى من الاستمرار في الإجراءات...)

(٢) (يجوز إلغاء المناقصة قبل البت فيها بقرار مسبب من مجلس الجهاز بأغلبية ثلثي اعضاءه وبناء على كتاب مسبب من الجهة صاحبة الشأن ويكون الإلغاء بقرار مسبب من الجهة صاحبة الشأن في أحوال مباشرتها الإجراءات...)، المادة (٥٥) من القانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) الفقرة (ح) من البند أولاً من الضوابط رقم (١) الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية.

ومن خلال ما تقدم يجد الباحث إن ضوابط وزارة التخطيط لم تحدد أسباب إلغاء المناقصة، وإنما جعلتها متروكة لسلطة الإدارة التقديرية عبر عبارة (أسباب مبررة)، وهي عبارة مرنة وفضفاضة، فالأسباب التي تحسبها إدارة معينة مسوغة للإلغاء قد لا تعدّها إدارة أخرى كذلك، وهذا ما قد يفتح باب التعسف أمام الإدارة في إلغاء المناقصة، كما أن ضوابط وزارة التخطيط من زاوية أخرى جاءت قاصرة عن بيان الإجراءات التي يصدر بمقتضاها قرار إلغاء المناقصة.

وعلى الرغم من أن ضوابط وزارة التخطيط قيدت سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة بأن يكون قبل البت، إلا أننا نلاحظ أن بعض الجهات الإدارية قد تتجه إلى إلغاء المناقصة بعد المصادقة على قرار الإحالة أي بعد البت في المناقصة، فعلى سبيل المثال أصدر ديوان محافظة ميسان قراراً يقضي بإحالة مناقصة معينة بعهددة الشركة الفائزة، وبعد أن أصبحت المقولة بعهدتها عدلت جهة التعاقد فأصدرت قراراً يقضي بإلغاء قرار الإحالة، فبادر وكيل الشركة إلى الطعن بالقرار الأخير أمام محكمة بداءة العمارة للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عن الضرر بمبلغ قدره (مليارين وخمسمائة مليون دينار) يشمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، فأصدرت محكمة البداءة قرارها^(١) (...فإن المحكمة ترى أن المدعى عليه إضافة لوظيفته قد أخله بالتزامه المبرم مع المدعي إضافة لوظيفته، وبالتالي فإن المدعي يحق له طلب فسخ العقد مع التعويض، وحيث أن تقرير الخبير يصح أن يكون سبباً للحكم إذ جاء معللاً عليه بالطلب قررت المحكمة أولاً: فسخ قرار الإحالة المرقم (١٦٢٨٩) في ١٩/١١/٢٠١٥ المتضمن إحالة مشروع المناقصة رقم (١) لسنة ٢٠١٥ المبرم بين المتداعيين. ثانياً: إلزام المدعى عليه إضافة لوظيفته، بتأديته للمدعي مبلغ قدره ستمائة وستة وثلاثون مليون ومائة وثمانية وتسعون ألف وسبعمائة وخمسون دينار...).

ولعدم قناعة المحكوم عليه بالحكم المذكور، طعن وكيل المدعى عليه إضافة لوظيفته به استئنافاً، وصدر قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها الأصلية، متضمناً رد الدعوى فيما يخص المطالبة بالفسخ والزيادة، وإلزام المستأنف إضافة لوظيفته، بإعادة المصروفات والتأمينات الأولية فقط، والبالغ مجموعها (ثلاثون مليون دينار)، وفسخ الحكم البدائي المستأنف الصادر من محكمة بداءة العمارة...^(٢).

(١) قرار محكمة بداءة العمارة، عدد ١٧٦١/ب/٢٠١٦، في ٢٤/١٠/٢٠١٦، قرار غير منشور.

(٢) قرار رئاسة محكمة استئناف ميسان الاتحادية، عدد ٢١٠/س/٢٠١٦، في ٢٩/١٢/٢٠١٦. قرار غير منشور.

ولعدم قناعة وكيل المستأنف عليه بالحكم الصادر عن محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها الأصلية، طعن تمييزاً، وجاء قرار محكمة التمييز الاتحادية بأنه (...ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك لأن العقد بين الطرفين قد تم انهاءه من قبل المميز عليه لاستحالة تنفيذه بسبب عدم توفر السيولة النقدية، وبالتالي يعد العقد منقضاً ولا يرد الفسخ عليه هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن ما قدره الخبير القضائي عن المصروفات الفعلية كان مناسباً وفقاً لما انفقه المميز من مصروفات فعليه قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي...) (١).

وبمناسبة الحديث عن إلغاء المناقصة، يثور التساؤل عن مدى سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة بغير الحالات التي حددها القانون بنص صريح على الوجه الذي سبق بيانه؟

إن الإدارة عندما تعلن عن إجراء مناقصة وتتكبد مصاريف عديدة لم تكن تقصد اللغو، وإنما تقصد إبرام عقد إداري مع صاحب العطاء الفائز، كما أنه من جهة أخرى فإن إلغاء المناقصة يصيب مقدم العطاء بضرر، فقد يقوم بدراسات أو أعمال استشارية قبل التقدم بعطاءه، فكل هذه المسوغات تجعل من إلغاء المناقصة إجراء استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا في الحالات الضرورية.

وبناء على ما تقدم يرى اتجاه من الفقه (٢) أنه لا يجوز للإدارة كأصل عام أن تلغي المناقصة بعد الإعلان عنها إلا في الحالات التي حددها القانون والتي سبق بيانها، ومع ذلك يمكن أن تلغى المناقصة في أي من الحالتين وإن لم يوجد نص بذلك:

الحالة الأولى: عدم توافر الشروط التي أعلنت الإدارة عنها في المناقصة في العطاءات المقدمة إليها وهذا أمر طبيعي.

الحالة الثانية: حالة النص في شروط المناقصة على حق الإدارة في إلغاء المناقصة، ففي هذه الحالة تحتفظ الإدارة بهذا الحق في مواجهة مقدمي العطاءات الذين قبلوا التقدم بعطاءاتهم على هذا الأساس مع وجود هذا الشرط.

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، عدد ١٨٠١/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧، في ١٤/٣/٢٠١٧. قرار غير منشور.

(٢) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مصدر سابق، ص ١٨٥.

وبعد ما ظهر معنا موقف التشريعات من حالات إلغاء المناقصة، بقي لنا أن نشير إلى الآثار المترتبة على صدور قرار الإدارة بإلغاء المناقصة، فقد بينت التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية تلك الآثار، فجاء في قانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٨ ما نصه (...وفي جميع حالات الإلغاء يجب رد ثمن كراسة الشروط والمواصفات والتأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات عدا مقدمي العطاءات الذين تبين وجود تواطؤ بينهم أو ممارسات احتيالية أو فساد أو احتكار)^(١)، وأما بشأن موقف المشرع الكويتي فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (...ويجب في أسرع وقت إبلاغ جميع المشتركين في المناقصة بإلغائها وترد مبالغ شراء وثائق المناقصة إلى أصحابها وتنتشر جميع قرارات الإلغاء في جميع وسائل النشر التي أعلن فيها الإعلان عن المناقصة وفي الموقع الإلكتروني للجهاز)^(٢)، ومما تقدم نجد أن المشرع الكويتي قد أغفل النص على إعادة مبالغ التأمين الأولى.

وأما بشأن التشريع العراقي، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط على هذه الآثار، وجاء فيها (...ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط للمناقصين، وكذلك يتم إعادة ثمن شراء وثائق المناقصات إلى المناقصين في الحالتين الآتيتين...)^(٣)، وقد أغفلت الضوابط النص على إرجاع مبالغ التأمينات الأولية، ولابد من الالتفات إلى هذا النقص ومحاولة معالجته.

المبحث الثاني

إجراءات إبرام العقد الإداري

ذكرنا أن العقد الإداري ينعقد بإجراءات معقدة ويتطلب انعقاده مجموعة من القرارات الإدارية لعل من أهمها قرار الإحالة، لكن لا يعني صدور قرار الإحالة انتهاء إجراءات التعاقد، إذ يعقب قرار الإحالة مجموعة من الإجراءات المهمة من قبيل تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة، ودعوته لدفع التأمينات النهائية، وتوقيع العقد، فضلا عن بقية الإجراءات التي سنوضحها في هذا المبحث، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنبحث في المطلب الأول إجراءات ما قبل توقيع العقد الإداري، بينما سنبحث في المطلب الثاني إجراءات توقيع العقد الإداري.

(١) المادة (٣٧) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) المادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٣) الفقرة (ح) من البند أولاً من الضوابط رقم (١) الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية.

المطلب الاول

إجراءات ما قبل توقيع العقد الإداري

تلتزم الجهة الإدارية الراغبة بتوقيع العقد الإداري بعد صدور قرار الإحالة بإجراءات محددة يتعين عليها اتباعها والتقيد بها لاكتمال الرابطة التعاقدية، من قبيل تبليغ المناقص الفائز بقرار إحالة المناقصة عليه، ودعوته لتقديم التأمينات النهائية، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتكلم في الفرع الأول عن تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة، بينما سنتحدث في الفرع الثاني عن تقديم التأمين النهائي.

الفرع الاول

تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة

لأجل الإحاطة بتفاصيل موضوع التبليغ بقرار الإحالة، ونظرا لما يترتب على تبليغ المناقص الفائز من آثار على قيام الرابطة التعاقدية، ارتأينا تقسيم دراسة هذا الفرع في بندين، نبين في البند أولا مفهوم التبليغ، بينما سنوضح في البند ثانيا أثر التبليغ على قيام الرابطة التعاقدية.

أولا

مفهوم التبليغ

يعرف التبليغ بأنه (سند خطي يتم بواسطته اعلام الشخص الذي رست عليه المناقصة بقرار إبرام العقد معه وبضرورة البدء في تنفيذه)^(١).

وحتى تؤدي القرارات الإدارية أغراضها يتعين على الأفراد الامتثال لها وتنفيذها، انطلاقا من قرينة المشروعية التي تتمتع بها، ولن يتأتى ذلك ما لم يكن المخاطب على علم بصدور القرار، وقد درجت الإدارة على تبليغ القرارات الإدارية الفردية إلى المعنيين بها مباشرة^(٢)، والتبليغ بقرار الإحالة ليس ببعيد عن ذلك، فهو

(١) د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٦٩٠

(٢) د. مريم العقوف، سريان القرارات الإدارية في مواجهة المخاطبين بها، بحث منشور في مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، المجلد الثامن، العدد الأول، ٢٠١٧، ص ٥١٠.

من القرارات الفردية المتعلقة بقبول عطاء أحد المناقصين، إذ يعد تبليغ قرار الإحالة من الإجراءات المهمة التي يقع على الإدارة اتباعها بعد صدوره.

فيشكل التبليغ شكلية جوهرية في مناقصات إبرام العقود الإدارية، إذ لا تستطيع الإدارة من دونه أن تحتج بالعقد في مواجهة المتعاقد، فضلاً عن أن المتعاقد لا يستطيع من دونه أن يكمل إجراءات التعاقد، خصوصاً وأن هناك من يرى أنه إذا كان العقد يبدأ من يوم صدور قرار الإبرام بالنسبة للإدارة، فإنه لا يبدأ بالنسبة للمتعاقد إلا من تأريخ تبليغه بالقرار^(١)، وعليه فإن تشريعات الدول محل المقارنة نصت على ضرورة اخطار أو تبليغ المتعاقد معها بقرار الإرساء من أجل حصول العلم له، ولغرض اكمال باقي إجراءات إبرام العقد الإداري.

ففي فرنسا فقد أوجب قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ على الجهة الإدارية أن تخطر على الفور كل مرشح أو مقدم عطاء رفض طلبه أو عطاؤه، كما ألزمها أيضاً بتبليغ العارض الفائز بقرار جهة الإدارة بإرساء العقد، ولا تسري آثار العقد بحق العارض إلا من تأريخ إخطاره^(٢)، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي على أن التبليغ وإن كان لا علاقة له بتمام الرابطة التعاقدية غير أنه يشكل شكلية جوهرية لا تستطيع الإدارة من دونها أن تحتج بالعقد في مواجهة المتعاقد، كما أن المتعاقد لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل تبليغه بذلك من جانب الإدارة^(٣).

وفي مصر فقد نص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ على ضرورة اخطار صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه بعد الانتهاء من إجراءات الإرساء كافة عندما نص (على إدارة التعاقدات إخطار مقدمي العطاءات بنتائج قرارات اللجان بالقبول أو الاستبعاد أو الإلغاء فور اعتماد السلطة

(١) عامر نعمة هاشم، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٢) المادة (٤_٢١٨٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (49345) في ١٩٨٦/١٢/٥، منشور على الموقع <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007690538> ، تأريخ

المختصة لها... ويكون لهم حق التقدم بشكواهم كتابة خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطارهم بالقرار ويخطر صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه خلال مدة لا تتجاوز يومين بعد انقضاء السبعة أيام...^(١).

من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع المصري جعل هيئة إدارة التعاقدات هي الجهة المسؤولة عن إخطار مقدمي العطاءات بقرارات اللجان سواء بالقبول، أم الاستبعاد، أم الإلغاء، بعد مصادقة السلطة المختصة عليها مباشرة ومن دون تأخير، فيجب على إدارة التعاقدات أن تخطر مقدمي العطاءات فور اعتماد السلطة المختصة لقرارات اللجان ومن دون تأخير، فلا يحتمل حصول التأخير في التبليغ، لأن النص يتحدث عن الفورية في الإخطار هذا من جانب، ومن جانب آخر نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ على وجوب إخطار صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه بعد يومين من انتهاء مدة السبعة أيام المخصصة للطعن أو الاعتراض على قرارات السلطة المختصة، إذ جاء فيها (تتولى إدارة التعاقدات بعد انقضاء السبعة أيام المنصوص عليها بالمادة (٣٩) من القانون وخلال مدة لا تتجاوز يومين إخطار صاحب العطاء الفائز بترسية العملية عليه...)^(٢).

أما في الكويت فقد أكد قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على إخطار المناقص الفائز من قبل الجهاز المركزي للمناقصات العامة بقبول الترسية من أجل اتمام إجراءات إبرام العقد بالنص على (يخطر الجهاز الجهة صاحبة الشأن بنتيجة المناقصة وعلى الجهة صاحبة الشأن أن ترد بالتعقيب بشأن الترسية خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تأريخ تسلمها للإخطار، وعلى الجهاز بعد موافقة ديوان المحاسبة على الترسية أن يخطر المناقص الفائز كتابة، ويعلم الوصول بقبول عطائه وترسية المناقصة عليه خلال أسبوع، وترسل صورة من هذا الكتاب إلى الجهة صاحبة الشأن)^(٣).

كما أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات لسنة ٢٠١٧ على الجهاز المركزي للمناقصات العامة بعد صدور قرار ترسية المناقصة (إخطار الجهة صاحبة الشأن بنتيجة المناقصة خلال مدة لا تتجاوز خمسة

(١) المادة (٣٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٦٣) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

أيام عمل تبدأ من اليوم التالي لصدور قرار الترسية وعلى الجهة صاحبة الشأن أن ترد بالتعقيب بشأن الترسية خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تأريخ تسلمها (الإخطار)^(١).

بعد ذلك يجب على المجلس اخطار ديوان المحاسبة لأجل الحصول على موافقته على الإرساء، والسبب في اشتراط ضرورة الحصول على هذه الموافقة ما ورد في قانون ديوان المحاسبة ذاته، إذ جاء فيه (تخضع لرقابة الديوان المسبقة المناقصات الخاصة بالتوريدات والاشغال العامة، إذا بلغت قيمة المناقصة الواحدة مائة ألف دينار فأكثر... وعلى الجهة صاحبة المناقصة إلا ترتبط أو تتعاقد مع المتعهد أو المقاول الذي رضى إرساء العطاء عليه، إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من السلطة المختصة بالديوان طبقاً لنظام العمل به، ويجب على الديوان أن يبيت في الأمر ويخطر الجهة المختصة النتيجة في مدة أقصاها سبعة أيام من تأريخ تلقيه أوراق المناقصة كافة)^(٢).

علماً أن اشتراط الحصول على موافقة ديوان المحاسبة معلقة على شرط تجاوز القيمة الاجمالية للعطاء النصاب المالي، فإذا كانت دون ذلك فلا يشترط موافقته، ويخطر صاحب العطاء الفائز بعد موافقة الجهة صاحبة الشأن، كما جاء في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات لسنة ٢٠١٧ بالنص على (إخطار المناقص الفائز بعد موافقة ديوان المحاسبة كتابة بقبول عطائه وترسية المناقصة خلال أسبوع من تأريخ تسلمه موافقة الديوان أما إذا كانت القيمة الاجمالية للعطاء لا تدخل في نطاق النصاب المالي المقرر لديوان المحاسبة فإنه يتم إخطار المناقص الفائز بذات الإجراءات السابقة خلال أسبوع من تأريخ تسلمه رد الجهة صاحبة الشأن)^(٣).

وفي التشريع العراقي، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط على أن (تقوم جهة التعاقد بإصدار كتاب الإحالة خلال سبعة أيام عمل من تأريخ مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة يتضمن المدة المطلوبة لتوقيعه على العقد مع مراعاة مدة نفاذية العطاءات)^(٤)، أي أنه لا يجوز أن تتم عملية التبليغ بقرار الإحالة وتوقيع العقد بعد انتهاء مدة نفاذية العطاءات، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية الخاصة

(١) المادة (١/٤١) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

(٢) المادة (١٣) من قانون انشاء ديوان المحاسبة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤.

(٣) المادة (٢/٤١) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧..

(٤) الفقرة (رابع عشر) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

بالعقود سابقا بقولها (...ومن كل ما تقدم تجد المحكمة بأن ما ذهبت إليه دوائر المدعى عليه في إحالة المناقصة موضوع الدعوى على المدعى أنها جاءت بعد انتهاء مدة نفاذية عطاء المدعى على النحو الثابت بأقوال وكيل المدعى عليه الثاني، لذلك تكون دعوى المدعى بشأن إلغاء هذه الإحالة لها سندها من حكم القانون...) (١).

كما نصت الضوابط على (بعد قرار الإحالة نافذا من تأريخ تبليغ المناقص الفائز به واستلامه رسميا وعلى جهة التعاقد اشعار بقية المناقصين بذلك تحريريا) (٢)، ويرى الباحث إن هذا النص قد أضاف شرطا جديدا لنفاذ القرارات الفردية، فالمعلوم والمستقر عليه في مبادئ القانون الإداري أن القرارات الفردية تعد نافذة من تأريخ تبليغ الشخص المعني بها، إلا أن ضوابط وزارة التخطيط بموجب النص أعلاه اشترطت لنفاذية قرار الإحالة كأحد القرارات الفردية شرطا آخر هو الاستلام الرسمي له، ومن ثم لا يعد قرار الإحالة نافذا من تأريخ التبليغ بل من تأريخ التبليغ والاستلام الرسمي هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كانت الضوابط قد حددت المدة اللازمة لصدور قرار الإحالة، فإنها لم تحدد المدة المطلوبة لتبليغ المناقص الفائز بهذا القرار بعد صدوره، وهو ما يحصل في الواقع العملي، إذ كثيرا ما لا يتم تبليغ المناقص الفائز بكتاب الإحالة إلا بعد مضي مدة زمنية طويلة على صدور قرار الإحالة (٣).

وبشأن وسائل التبليغ فإنه يتم بوسائل متعددة، الغاية منها إيصال العلم إلى المناقص الفائز بضرورة اكمال إجراءات التعاقد المتبقية (٤)، ففي فرنسا نجد أن قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ قد اعتمد على وسيلتي التبليغ الإلكتروني، والنشر في الجريدة الرسمية، فبالنسبة للدولة ومؤسساتها العامة عدا المؤسسات ذات الطابع الصناعي أو التجاري، وأيضا الوحدات الإقليمية أو المحلية، ينشر إعلان الإرساء في الجريدة الرسمية للعقود الإدارية والجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، أما بالنسبة للجهات المتعاقدة الأخرى، فينشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي (٥).

(١) رقم القرار ٣٠/إدارية تخطيط/ ٢٠١٠ في ٢٠١١/٢/٢، خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب أحمد ياسين، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) الفقرة (خامس عشر) من ضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

(٣) مقابلة شخصية أجريت مع مسؤول شعبة العقود في ديوان محافظة ميسان، تأريخ المقابلة ٢٠٢٢/٩/١٥.

(٤) د. عبد اللطيف قطيش، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٥) المادة (٢١٨٣_١) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

أما في مصر، فيتم التبليغ بواسطة خطاب يرسل بخدمة البريد السريع، أو بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، وهو ما نص عليه قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ بالقول (...وفي جميع الأحوال يخطر صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه بموجب خطاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد مع تعزيزه في ذات الوقت بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال وفقا لعناوينهم وبياناتهم الواردة في العطاء...)^(١).

وفي الكويت يتم إخطار المناقص الفائز بصورة كتابية وبعلم الوصول، فضلا عن النشر في الجريدة الرسمية والموقع الإلكتروني للجهاز المركزي للمناقصات العامة، إذ نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (...يخطر المناقص الفائز كتابةً وبعلم الوصول بقبول عطائه وبتريسة المناقصة عليه خلال أسبوع وترسل صورة من هذا الكتاب إلى الجهة صاحبة الشأن وينشر القرار في الجريدة الرسمية وعلى الموقع الإلكتروني للجهاز فور صدوره...)^(٢).

أما في العراق، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣) الفقرة (خامس عشر) على أن يعد قرار الإحالة نافذا من تأريخ تبليغ المناقص الفائز به واستلامه رسميا، من دون أن توضح آلية إجراء التبليغ والوسائل المتبعة في اجرائه.

وبشأن البيانات التي يجب أن يتضمنها التبليغ، فيفترض قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ على الجهة المتعاقدة عمل ما يسمى إعلان الإرساء، والذي يجب أن يحتوي على الحد الأدنى من البيانات، لاسيما اسم وعنوان السلطة المتعاقدة موضوع وقيمة العقد العام، وأسماء المرشحين المستبعدة وأسباب الاستبعاد، وأسماء المرشحين المختارين وأسباب الاختيار، وأسماء أصحاب العطاءات المنخفضة بشكل غير اعتيادي، واسم المرشح الفائز وأسباب اختياره، ويجب أن ينشر الإعلان خلال ثلاثين يوما بدءاً من تبليغ المتعاقد قرار الإدارة بإبرام العقد^(٣).

أما في مصر فقد جاء في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٩ البيانات التي يتضمنها الإخطار عبر النص على (تتولى إدارة التعاقدات بعد انقضاء السبعة أيام

(١) المادة (٣٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة (٦٣) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) المادة (٢١٨٣_١) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

المنصوص عليها بالمادة (٣٩) من القانون وخلال مدة لا تتجاوز يومين إخطار صاحب العطاء الفائز بترسية العملية عليه، وكذا إخطار باقي أصحاب العطاءات بذلك على أن يتضمن الإخطار البيانات التالية:

١_ طريقة التعاقد ورقم واسم العملية. ٢_ تأريخ فتح المظاريف الفنية. ٣_ اسم صاحب العطاء الفائز وعنوانه. ٤_ قيمة الترسية. ٥_ التأمين النهائي المطلوب سداده...^(١).

وفي الكويت فإن قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ لم ينص على البيانات التي يتضمنها الإخطار، ولم تتطرق اللائحة التنفيذية لبيانها أيضاً، إذ اكتفى المشرع بالنص على (يخطر الجهاز الجهة صاحبة الشأن بنتيجة المناقصة وعلى الجهة صاحبة الشأن أن ترد بالتعقيب بشأن الترسية خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تأريخ تسلمها الإخطار)^(٢).

وفي المقابل فإن ضوابط وزارة التخطيط في العراق وضحت البيانات التي يجب على الإدارة أن تضمنها قرار الإحالة، وقد جاءت أكثر تفصيلاً من التشريعات المقارنة، فنصت على (... وأن يتضمن (أسم المناقص المحال إليه العقد، عنوانه، رقم هاتفه، البريد الإلكتروني، اسم ورقم المناقصة أو الدعوة، مبلغ الإحالة، مدة التنفيذ، تأريخ بدء سريان العقد، التأمينات النهائية، وأية أمور أخرى تقتضيها طبيعة الإحالة)^(٣)، كما نصت الضوابط ذاتها على أن تقوم الإدارة بتبليغ صاحب العطاء الفائز في العنوان المحدد الذي حدده عند تقديمه العطاء إذا كان شخصاً طبيعياً، وفي مكان إدارة الشركة إذا كان الشخص معنوياً^(٤).

(١) المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٦٣) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) البند الرابع عشر من الضوابط رقم (٣) الصادرة عن وزارة التخطيط.

(٤) فقد نصت الضوابط (رقم ١ /أولا/ب) الصادرة عن وزارة التخطيط في العراق على (يتم اعتماد عنوان المناقص (مقاول، مجهز، استشاري) المثبت في العطاء عنواناً للمراسلات والتبليغات وعلى المناقص اشعار جهة التعاقد بكل تغيير يطرأ على هذا العنوان خلال سبعة أيام من تأريخ حصوله).

ثانيا

أثر التبليغ على قيام الرابطة التعاقدية

ابتداءً اختلفت تشريعات الدول محل الدراسة في تحديد الأثر المترتب على تبليغ صاحب العطاء الفائز على قيام الرابطة التعاقدية في إطار العقود الإدارية، فمهما من عدّ العقد منعقداً من تأريخ تبليغ المناقص الفائز، ومنها من ذهب خلاف ذلك، ولم تقتصر حدة الاختلاف على التشريعات فقط، بل انعكست على الفقه والقضاء أيضاً وهو ما سنتولى بيانه.

ففي فرنسا فإن الرابطة التعاقدية وفقاً لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩، لا تتحقق بإخطار صاحب الشأن أو إبلاغه ترسية المناقصة عليه، وإنما تحقق بمجرد هذا الاسناد أو تلك الترسية، أي بمجرد التوقيع على قرار الإرساء من السلطة المختصة^(١).

فبمجرد صدور قرار إبرام الإرساء من قبل السلطة المختصة تنشأ العلاقة التعاقدية، وبه يكتمل رضا طرفي العقد، وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي ذلك صراحة عبر حكمه الصادر في ١٩٨٢ إذ أكد أن الرابطة التعاقدية بين الإدارة ومتعاقداتها لا تقوم إلا بعد صدور قرار المصادقة على الإرساء، بصرف النظر عن أي إجراء لاحق ينص عليه القانون، أي أن التبليغ ليس له أثر على قيام الرابطة التعاقدية^(٢)، وكل ما يترتب عليه عدم سريان آثار العقد اتجاه المتعاقد إلا من تأريخ إخطاره.

وعارض البعض ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ذلك أن مجرد توقيع قرار إبرام العقد أو الإخطار، إنما يعبر عن إرادة منفردة وهي إرادة جهة الإدارة، وعليه لم يحدث تلاقي وتطابق مع إرادة المتعاقد معها، طالما أنه لم يتسلم هذا القرار أو الإخطار، فكيف يقال أن العقد قد انعقد في مثل هذه الحالة، والعقد كما هو معروف تعبير عن إرادتين متطابقتين إيجاباً وقبولاً، زيادة على ذلك أن النص التشريعي علق تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة على وجوب إخطاره أولاً بقرار الإخطار أو الإبرام، بل وقد رتب مجلس الدولة

(١) المادة (٤_٢١٨٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩.

(٢) د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٦٨٧.

الفرنسي على عدم الإخطار أو التبليغ خلال المدة المحددة إمكانية تحلل التعاقد من التزاماته، أو بمعنى أدق من عطائه، من دون أن يخل ذلك بحقه في التعويض^(١).

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه، إلى تأييد ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مستنديين في ذلك إلى أن الإخطار كما جاء بهذا القضاء لا يعد قراراً إدارياً، ومن ثم لا يمكن أن يعد من مكونات التعبير عن إرادة الإدارة التي تتشكل من تساند سلسلة من القرارات^(٢).

أما في مصر فقد اتجه أحد الفقهاء^(٣) إلى أن المشرع المصري حسم هذا الأمر، وذلك بالنص صراحة على ضرورة الإخطار من ناحية، وعلى أن العقد لا ينعقد إلا بهذا الإخطار، ولا تتفق مع هذا التفسير، فإذا كان المشرع المصري قد نص صراحة على ضرورة إخطار المتنافسين بما انتهت إليه الإدارة من قرار، فإنه لم ينص على أن العقد لا ينعقد إلا من تأريخ الإخطار، فلم ينص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠١٩ على وقت انعقاد العقد أو الأثر المترتب على تبليغ المناقص الفائز في الرابطة التعاقدية، وهو ما دعا القضاء إلى أن يصرح بذلك، فقضت المحكمة الإدارية العليا أن العقد الإداري لا ينعقد إلا من تأريخ إخطار مقدم العطاء بقبول عطائه، وجاء في حكمها سنة ٢٠٠٧ (٢٠٠٧) «...ومن حيث إنه من المستقر أن العقد سواء كان مدنياً أو إدارياً يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين وذلك خلال المدة المحددة للقبول، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وأن العقد يعتبر منعقداً باتصال القبول بعلم من وجه إليه وذلك وفقاً لما تقضى به أحكام القانون المدني، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزادة أو ممارسة لتوريد أو لبيع بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد، وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد وهذا القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه...»^(٤).

(١) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

(٢) د. مهدي مختار نوح، مصدر سابق، ص ٦٨٨.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط وضمانات إبرام العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٨٨٤) سنة ٤٩ قضائية، في ٢٤/٤/٢٠٠٧.

ومن ثم يترتب على عدم اخطار المناقص الفائز عدم جواز ادعاء الجهة الإدارية بانعقاد العقد في مواجهته، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في اتجاه لها بتاريخ ٢٠٠٤ بقولها (...ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الأصل أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وبالتالي لا يعتبر التعاقد تاماً إلا إذا علم الموجب بقبوله، فإذا لم يثبت علم مقدم العطاء بقبول عطائه فإنه لا يجوز التحدي في مواجهته بانعقاد العقد ويمتنع تبعاً لذلك أعمال آثاره والاستناد إلى أحكامه لطرح العملية على حساب مقدم العطاء ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك...)^(١).

أما في الكويت فقد كان المشرع الكويتي صريحاً بهذا الخصوص، إذ عد انعقاد العقد الإداري يكون من لحظة التوقيع عليه، وليس للتبليغ أو الإخطار أي أثر على قيام الرابطة التعاقدية، إذ جاء في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ ما نصه (لا يترتب على إرساء المناقصة وإبلاغ المناقص الفائز بها أي حق له قبل الدولة في حالة العدول عن التعاقد بقرار مسبب من مجلس الجهاز من تلقاء ذاته بعد أخذ رأي الجهة صاحبة الشأن... ولا يعتبر المناقص الفائز متعاقداً إلا من تأريخ التوقيع على العقد)^(٢).

وهو ما قضت به محكمة التمييز الكويتية، وجاء في حكمها (...العقد الإداري لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من طرفيه أما إخطار المناقص الفائز بقبول عطائه وبرسو المناقصة عليه فلا يعدو أن يكون من الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد...)^(٣).

وفي العراق، لم توضح لنا القوانين والتعليمات المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية أثر التبليغ على قيام الرابطة التعاقدية، ونعتقد في ظل غياب الموقف التشريعي أن الرابطة التعاقدية في إطار العقود الإدارية تنشأ من تأريخ مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على توصية لجنة تحليل وتقييم العطاءات، فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن مصادقة السلطة المختصة على الإحالة هي بمثابة القبول لإيجاب (عطاء) المناقص، وهو ما أيده محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية، بعدّها مصادقة السلطة المختصة على قرار الإحالة بداية انعقاد العقد الإداري (...وبالرجوع إلى قرار الإحالة موضوع الدعوى فإن المحكمة تجد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٠٨٠٦)، سنة ٤٧ قضائية، في ١٤/١٢/٢٠٠٤.

(٢) المادة (٦٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٢٣٥ / ٨٩ / تجاري لسنة ١٩٩٠/١/٢٨، أشار إليه د. مال الله جعفر،

المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ٣٢٧.

أنه عقدًا ملزمًا بين الطرفين والذي اقترن بإيجاب وقبول من وكلا الطرفين، كما رتب التزامات كل طرف اتجاه الآخر...^(١).

أما موقف الفقه من أثر التبليغ على قيام الرابطة التعاقدية فقد جاء على اتجاهين:

الأول يرى أنصاره أن الرابطة التعاقدية تتم بالمصادقة على قرار الإحالة من الجهة المختصة^(٢)، أما الرأي الآخر فإنه يرى أن الرابطة التعاقدية لا تتم بالمصادقة فقط، وإنما عندما تتصل بعلم من رست عليه المناقصة أو المزايدة والذي يتم عادة بالإخطار^(٣)، وفي العراق فإن الفقه لم يتفق على تأريخ نشوء الرابطة التعاقدية، فيرى البعض منهم بأن العقد يبدأ من تأريخ التوقيع عليه من قبل اطرافه^(٤)، فيما يذهب آخر إلى أن قرار الإحالة لا يحتج به على صاحب العطاء، أي لا يسري بحقه إلا من تأريخ صدور الموافقة باعتماد الإحالة^(٥).

وتأسيسا على ما تقدم، وفي خضم الاختلافات التشريعية والقضائية والفقيه، يرى الباحث أنه يجب أن نفرق في هذا الصدد بين أمرين، الأول تأريخ نشوء الرابطة التعاقدية، والآخر أثر التبليغ على قيام الرابطة التعاقدية، ففيما يتعلق بتأريخ نشوء الرابطة التعاقدية، فيرى الباحث أن العقد الإداري ينعقد من تأريخ المصادقة على الإحالة من قبل السلطة المختصة، إذ يلتقي الإيجاب والقبول، فالإدارة بإصدارها قرار الإحالة تكون قد عبرت عن إرادتها بقبول عطاء أو إيجاب المناقص، فتأريخ صدور قرار الإحالة هو تأريخ نشوء الرابطة التعاقدية في مجال العقود الإدارية، ومن ثم لا يكون للتبليغ أي أثر على نشوء الرابطة التعاقدية في العقود الإدارية، إلا أن تأريخ سريان العقد مختلف بحق اطرافه، إذ يعد ساريا بحق الإدارة من لحظة المصادقة على قرار الإحالة، في حين لا يمكن للإدارة الاحتجاج بالعقد اتجاه المناقص إلا من تأريخ التبليغ، كون قرار التبليغ

(١) حكم محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية بالدعوى رقم ٢٧١/ب/٢٠١٩ بتاريخ ٢٠١٩/٦/٣٠، غير منشور نقلا من عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٢) ومن أصحاب هذا الاتجاه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣١٥. د. أحمد عثمان عياد، مصدر سابق، ص ١٧٢. د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٣) د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١، ص ٥٥.

(٤) د. إبراهيم طه الفياض، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٥) د. نجيب خلف الجبوري، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها، مصدر سابق، ص ١٧٣.

بالإحالة يعد من القرارات الفردية التي لا يسري أثرها بحق الأشخاص المعنيين إلا من تاريخ تبليغهم، وبهذا يقتصر أثر التبليغ على عدم سريان العقد إلا من تاريخ تبليغ المناقص الفائز.

الفرع الثاني

تقديم التأمين النهائي

إن أول ما يقوم به المناقص الفائز بعد تبليغه بقرار الإحالة هو تقديم التأمينات النهائية، ولغرض الإحاطة بمفردات هذا الموضوع، فإننا سنتناوله في فقرتين سنوضح في الفقرة أولاً مفهوم التأمين النهائي، بينما سنوضح في الفقرة الثانية أثر عدم تقديم التأمين النهائي على إبرام العقد الإداري.

أولاً

مفهوم التأمين النهائي

عُرف التأمين النهائي بأنه (مبلغ مالي يوجب القانون دفعة بنسبة محددة وفي مدة معينة لجهة الإدارة كضمان لتنفيذ المتعاقد التزاماته التعاقدية في العقود التي تبرمها معه تعويضاً لما قد يصيبها من اضرار نتيجة اخلاله ببند العقد)^(١)، كما عرف أيضاً بأنه (ما يقدمه صاحب العطاء المقبول من قبل لجنة الترسية كضمانة لحسن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية من جهة ولضمان الملاءمة في مواجهة المسؤوليات التي تنشأ نتيجة عدم قيامه بالتنفيذ بالشكل المطلوب)^(٢).

ولدفع التأمين النهائي أهمية في عملية إبرام وتنفيذ العقد الإداري، إذ يعد ضمانة تتوقى الإدارة عبره الأخطاء التي قد يقوم بها المتعاقد، ولا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرتة، ويثبت حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي سواء نص في شروط العقد على ذلك أم لم ينص عليه^(٣)، وتبعاً لما تقدم

(١) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(٢) عدنان محمد انويب الدليمي، النظام القانوني لكفالة حسن الأداء في عقد الاشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة ال البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، ٢٠١٧، ص ٢٦.

(٣) د. مال الله جعفر عبد الملك، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ٢٥٥.

نصت تشريعات الدول المقارنة المتعلقة بالمناقصات العامة على الزام المتعاقد مع الإدارة بأن يقدم تأمينات خلال مدة محددة.

ففي فرنسا، فقد أشرنا أن المشرع الفرنسي ألغى نظام التأمين الابتدائي أو المؤقت معتمداً على المقدرة الفنية والمالية للمتعاقد الثابتة بوثائق أصولية، والأمر ذاته فيما يتعلق بالتأمينات النهائية، فإن المؤشرات القانونية تشير أيضاً إلى تراجع نظام التأمينات النهائية ليحل محله نظام آخر هو نظام اقتطاع الضمان، ولا يقوم هذا المفهوم على أساس الاستيفاء المسبق من مستحقات المتعاقد ضماناً لحسن تنفيذ العقد، إنما يقوم على أساس احتفاظ الإدارة بمبلغ من مستحقات المتعاقد ضماناً لحسن تنفيذ التزاماته، مع الإشارة إلى أن اقتطاع الضمان هذا يجب أن لا يتجاوز في جميع الحالات نسبة (٥%) من قيمة العقد، كما لا يمكن أن يفرض إلا إذا كان العقد يستوجب مدة الضمان، وعلى الإدارة أن تقوم برده ضمن مدة شهر بدء من تأريخ انتهاء مدة الضمان^(١)، وهذه الأحكام نص عليها الجزء التنظيمي لقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ في عشرة مواد من (٣٢_٢١٩١) إلى (٤٢_٢١٩١).

أما في مصر، فالأمر مختلف عما هو عليه الحال في فرنسا، فقد أوجب المشرع المصري بموجب قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ دفع التأمين النهائي، عبر النص (على صاحب العطاء الفائز أن يؤدي التأمين النهائي بالنسب وخلال المدد بالأحكام المبينة قرين الحالات الآتية: ١_ عمليات شراء واستئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الاعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية خلال عشرة أيام عمل بنسبة (٥%) من قيمة العقد تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بقبول عطائه...)^(٢).

(١) د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٤٢٨.

(٢) المادة (٤٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

وقد استشكلت بعض الجهات الإدارية في مصر آلية حساب قيمة التأمين النهائي فيما يخص العقود الإدارية طويلة الأمد، فهل تحسب على أساس قيمة العقد كاملاً عن تلك المدة، أم على أساس سنوي ويجدد التأمين تلقائياً في بداية كل سنة؟

وبشأن ما تقدم ذهب قسم الفتوى بمجلس الدولة المصري بموجب فتواه الصادرة في ٢٥/٩/٢٠٠٠ عند مراجعته لنصوص العقد المبرم بين محافظة الإسكندرية وشركة اوتيكنس الفرنسية، لتلقي خدمة النظافة العامة في المحافظة، إذ تضمن العقد نصاً يسمح للشركة بدفع قيمة التأمين النهائي البالغة (٥%) في نهاية كل عام ميلادي، من غير أن يبدي أي ملحوظة على هذا النص، الأمر الذي يستفاد أنه لم ير فيه مخالفة لنصوص القانون^(١).

إلا أن قسم الفتوى قد تراجع عن فتواه في شأن عقد نظافة لإحدى المحافظات لمدة خمس عشرة سنة، واتجه إلى أن التأمين شرع ضماناً لجهة الإدارة، ليؤكد حسن نية مقدم العطاء، ويضمن ملاءمته وإمكاناته لتنفيذ العقد وجديته، والنزول عن شرط سداد قيمة التأمين على أساس قيمة العقد الكلية يترتب عليه إخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، أخذاً بالحسبان أنه سيتم النزول عن هذا الشرط بعد انتهاء إجراءات طرح المناقصة، ولاسيما وأنه كان تحت بصر الشركات التي قامت بشراء كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالمشروع محل المناقصة، كما يترتب على النزول عن هذا الشرط فقدان الإدارة ل ضمانة من الضمانات التي شرعت لصالحها، لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهو ما قد يترتب عليه نتائج يتعذر تداركها فيما بعد، وانتهى إلى احتساب قيمة التأمين النهائي في الحالة المعروضة على أساس ٥% من قيمة مدة العقد البالغة خمسة عشر عاماً^(٢).

أما قانون المناقصات العامة الكويتي لسنة ٢٠١٦ فقد نص على (تخطر الجهة صاحبة الشأن المناقص الفائز في المناقصة لتقديم التأمين النهائي بعد مضي عشرة أيام على الترسية، فإذا لم يقدمه خلال شهر من تأريخ إخطاره جاز اعتباره منسحباً مالم تقرر الجهة صاحبة الشأن مد الميعاد لمدة أخرى مماثلة ولمدة واحدة فقط... وتقدر قيمة التأمين النهائي بنسبة مئوية من القيمة الاجمالية للعقد تحددها اللائحة

(١) د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص ٧٠٩.

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص ٧٠٠ وما بعدها.

التنفيذية وينص عليها في وثائق المناقصة...^(١)، وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي لسنة ٢٠١٧ على (مع مراعاة احكام المادة (٦٥) من القانون تحدد وثائق المناقصة المعلن عنها قيمة التأمين النهائي بمبلغ لا يقل عن (١٠%) عشرة بالمائة من القيمة الإجمالية للعقد...)^(٢).

وفي العراق، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على أن (تقدم التأمينات النهائية على شكل خطاب ضمان حسن التنفيذ للعقد بنسبة ٥% خمسة من المئة من مبلغ العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة وقبل توقيع العقد)^(٣)، ووفقا لهذا النص فإن التعليمات وأن أوجبت تقديم التأمين النهائي إلا أنها أغفلت عن بيان المدة التي يجب أن يقدم خلالها، بيد أننا نعتقد أن التشريع العراقي بموجب ضوابط وزارة التخطيط قد ترك مدة تقديم التأمين النهائي للسلطة التقديرية لجهة الإدارة شريطة تقديمه قبل توقيع العقد، إذ نصت على (تقوم جهة التعاقد بإصدار كتاب الإحالة خلال سبعة أيام عمل من تأريخ مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة يتضمن المدة المطلوبة لتوقيعه على العقد مع مراعاة مدة نفاذية العطاءات)^(٤).

من خلال ما تقدم، يلاحظ بالرغم من اتفاق التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الإدارية على ضرورة تقديم التأمينات النهائية، إلا أنها قد اختلفت في تحديد نسبة مبلغ التأمين، فبينما اتفق كل من المشرعين المصري والعراقي عبر تحديدها بنسبة (٥%) من مبلغ العقد، حددها المشرع الكويتي بنسبة لا تقل عن (١٠%) من القيمة الاجمالية للعقد.

وتماشيا مع ما تقدم، فقد ألقى اختلاف التشريعات في تحديد نسبة التأمين النهائي بظلاله على الفقه، فتباينت آراؤهم وانقسمت اتجاهاتهم إلى اتجاهين، فيرى الاتجاه الأول ضرورة توحيد النسبة التي يحدد على أساسها ضمان التنفيذ لتصبح (١٠%) من قيمة العطاء لجميع أنواع المشتريات، ولأي قيمة جاء فيها العطاء، ذلك أن هذه النسبة تعد معقولة لجبر الضرر الذي قد تتعرض له الإدارة عند اخلال المتعاقد معها لالتزاماته، فكلما قلت هذه النسبة زادت فرص اخلال المتعاقد، على اعتبار إن مبلغ الضمان لا يشكل بالنسبة له رادعا عن ذلك الاخلال، ونظرا للدور الكبير المناط بجهة الإدارة للحفاظ على حسن سير المرفق العام، فإن ضمان

(١) المادة (٦٥) قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) المادة (٤٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

(٣) الفقرة (أ) البند ثانيا من المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤) الفقرة (رابع عشر) من الضوابط رقم (٣) مهام لجان فتح وتحليل العطاءات.

أداء المتعاقد معها لالتزاماته تجاهها أمر في غاية الأهمية يستوجب ضرورة شعور المتعاقد معها بخسارة مبلغ كبير فيما لو تعمد الإخلال، أو الانسحاب من تنفيذ العملية موضوع المناقصة^(١).

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه عدم تحديد نسبة (١٠%) على إطلاقها وجوباً في كل الحالات، بحسبان أن أغلب صور التأمينات هي خطابات ضمان، وإذا ما ارتفعت قيمة هذا الضمان فسوف يقابلها ارتفاع أيضاً في نسبة العطاء المقدم للبنك والرسوم السنوية المستحقة عليه، مما يزيد من أعباء المقاول ويثقل كاهله، لذلك من الأفضل الإبقاء على نسبة التأمين النهائي بالنسبة للقانون المصري كما هي (٥%) من قيمة العقد مع منح الإدارة سلطة تقديرية في زيادة هذه النسبة إلى ما لا يجاوز (١٠%) من قيمة العقد لتتمكن من توفير الضمان الكافي لتنفيذ العملية التعاقدية^(٢).

هذا وقد تباينت تشريعات الدول محل المقارنة في بيان طرق تقديم التأمين النهائي، ففي مصر نص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ على (تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصور والشروط والأوضاع الخاصة بالتأمين النهائي وكيفية أدائه وردده واستبداله والإجراءات الواجب اتباعها في شأنه)^(٣)، وحددت اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية لسنة ٢٠١٩ صور التأمين النهائي، أما بموجب خطاب ضمان، أو تسديد التأمين النهائي خصماً من مستحقات صاحب العطاء الصالحة للصرف من عمليات أخرى في ذات الجهة الإدارية، وفي الوقت المحدد للسداد، وتطبيقاً لذلك وجهت الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري طلب ابداء الرأي القانوني إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، حول مدى جواز قيام الهيئة المذكورة بخصم قيمة التأمين النهائي المستحق عن المشروعات التي يتم إسنادها لشركة النيل العامة للطرق الصحراوية من مستحقاتها القابلة للصرف لدى الهيئة، وذلك عن بعض المشروعات المنفذة بواسطة الشركة، انتهت الجمعية العمومية سنة ٢٠١٤ إلى (جواز خصم قيمة التأمين النهائي واستبدال خطابات الضمان وصرف نسبة ٥% المقررة كضمان للأعمال في الحالات المعروضة من المبالغ المستحقة للشركة لدى الجهة الإدارية)^(٤).

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

(٢) د. أيمن محمد جمعه، آثار عقد الاشغال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٧٣.

(٣) المادة (٤٢) قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٤) فتوى الجمعية العمومية رقم (٥) في ٢٠١٤/٢/١٩. موقع المطابع الاميرية.

وفضلاً عما تقدم فإن المشرع المصري قد أضاف وسيلة أو صورة جديدة لم تكن معروفة في قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ (الملغى)، عبر إمكان الدفع عن طريق وسائل الدفع الالكتروني بعد أن يصدر بشأنها قرار من وزير المالية، إذ نص على (يكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد ويتم الاحتفاظ به إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان طبقاً للشروط ويتم سداده بأية وسيلة يصدر بشأنها قرار من وزير المالية ومنها وسائل الدفع الالكتروني من خلال منظومة الدفع والتحويل الالكتروني أو بأية صورة من الصورتين الآتيتين: ١- بموجب خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب... ٢- يجوز لصاحب العطاء الفائز سداد التأمين النهائي خصماً من مستحقاته الصالحة للصرف من عمليات أخرى في ذات الجهة الإدارية وفي الوقت المحدد للسداد)^(١).

وفي الكويت، فإن قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ قد قصر التأمين النهائي على صورة خطاب الضمان، عندما نص على (...ويجب أن يكون التأمين النهائي بخطاب ضمان معتمد لدى دولة الكويت وصادر باسم المناقص الفائز ولصالح الجهة صاحبة الشأن وغير مقترن بأي شروط أو تحفظ وساري المفعول من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاث أشهر إلا إذا نصت شروط المناقصة على مدة أطول)^(٢)، وهو ما نصت عليه اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات لسنة ٢٠١٧ بالقول (مع مراعاة احكام المادة (٦٥) من القانون تحدد وثائق المناقصة المعلن عنها قيمة التأمين النهائي بمبلغ لا يقل عن (١٠ %) عشرة في المائة عن القيمة الاجمالية في العقد أو يتم ايداعه بموجب خطاب ضمان مصرفي مقبول من بنك معتمد لدى دولة الكويت وصادر باسم المناقص الفائز ولصالح الجهة صاحبة الشأن غير مقترن بأي شروط أو تحفظ وصالح للأداء بأكمله وغير قابل للرجوع فيه)^(٣).

وفي العراق، فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ قد ذهبت إلى ما ذهب إليه المشرع الكويتي في اقتصار التأمينات النهائية على خطاب الضمان، فنصت على (تقدم التأمينات النهائية على شكل خطاب ضمان حسن تنفيذ العقد بنسبة ٥% خمسة بالمائة من مبلغ العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة وقبل توقيع

(١) المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٦٩) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) المادة (٤٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

العقد^(١)، كما أشارت إلى جواز تقديم أي ضمان آخر غير خطاب الضمان شريطة أخذ موافقة اللجنة القطاعية في مجلس الوزراء^(٢)، على أن تراعى الضوابط والتعليمات الصادرة عن البنك المركزي العراقي، ووزارة التخطيط الخاصة بخطاب الضمان^(٣).

وقد نصت التشريعات على بعض الحالات المستثناة من دفع التأمين النهائي، فقد جاء في قانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٨ ما نصه (... ولا يحصل من صاحب العطاء الفائز التأمين النهائي إذا ورد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية بصفة نهائية خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي وذلك إذا لم يكن لهذه الأصناف مدة ضمان...)^(٤)، ونص المشرع الكويتي على حكم مشابه، إذ نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (لا يؤدي التأمين النهائي إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التي تمت الترسية عليه لتوريدها وقبلتها الجهة صاحبة الشأن نهائياً خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي)^(٥)، ومن خلال ما ذكر، نرى إن الاعفاء من دفع التأمين النهائي وفقاً للنصين أعلاه يتطلب مجموعة من الشروط تتمثل بما يلي:

أولاً/ إن الاعفاء من دفع التأمين النهائي يتعلق بعقد التوريد فقط دون غيره من العقود الإدارية.

ثانياً/ إن يتم التوريد خلال المهلة المحددة قانوناً لدفع التأمين النهائي.

ثالثاً/ إن يقوم صاحب العطاء الفائز بتوريد جميع الأصناف التي رست عليه.

رابعاً/ قبول الجهة الإدارية للأصناف الموردة بصورة نهائية.

ولم تتضمن النصوص المنظمة لتعاقدات الجهات الإدارية في العراق نصاً أو حكماً مماثلاً لما تقدم، إلا أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ أعفت الشركات العامة من تقديم خطاب ضمان حسن

(١) الفقرة (أ) من البند ثانياً من المادة (٩) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) الفقرة (د) من البند ثانياً من المادة (٩) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣) ينص البند ثالثاً من المادة (٩) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على (أن تكون صيغة خطاب الضمان واضحة من حيث مبلغه (رقماً وكتابة) وتحديد الجهة التي يصدر لصالحها، وتأريخ نفاذه وشروطه والغرض من إصداره وغير ذلك بما يتفق مع القوانين والتعليمات والأعراف المصرفية المرعية).

(٤) المادة (٤٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٥) المادة (٦٧) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

التنفيذ (التأمين النهائي)، إذ جاء فيها (تعفى الشركات العامة من تقديم التأمينات الأولية وخطاب ضمان حسن التنفيذ المنصوص عليها في هذه التعليمات)، فيكون الاعفاء بمثابة الاستثناء من دفع التأمين النهائي.

ثانيا

أثر عدم تقديم التأمين النهائي على إبرام العقد الإداري

وبخصوص الآثار المترتبة على عدم إيداع المناقص للتأمين النهائي بعد إخطاره بقبول عطائه، نص قانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٨ على (إذا لم يقدّم صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب يرسل له بخدمة البريد السريع... إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه حسب ترتيب أولوياتها ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات حق الجهة الإدارية...)^(١)، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة ٢٠١٧ بـرد دعوى الطاعن للمطالبة بإلغاء قرار الإدارة المتعاقدة بإسناد الأعمال المطلوبة إلى الشركة التالية لها في ترتيب العطاءات، نظراً لامتناعه عن دفع نسبة التأمين النهائي خلال المهلة المحددة وقيام الشركة التي أسندت لها المناقصة بتنفيذ الأعمال، ومن ثم فإن مصلحة الشركة في الطعن بالإلغاء على القرار المذكور بإسناد الأعمال إلى الشركة التالية في ترتيب العطاءات قد وفاها الزوال وغربت عن سماء واقع الدعوى^(٢).

ويتوجب أن يمنح المناقص الفائز الممتنع عن دفع التأمين النهائي مهلة إضافية قبل اتخاذ السلطة الإدارية قرارها بإلغاء العقد أو التنفيذ على حسابه، فضلاً عن بقية الإجراءات التي نصت عليها اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩، إذ جاء فيها (... وفي حالة عدم التزام صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المدة المحددة لسدادته على إدارة التعاقدات إعداد مذكرة للعرض على السلطة المختصة باقتراح منح صاحب العطاء الفائز مهلة إضافية بما لا يجاوز عشرة أيام عمل، وإذا لم يقدّم صاحب العطاء الفائز بسداد التأمين النهائي يتم اتخاذ أحد الاجرائيين التاليين بما يحقق مصلحة الجهة الإدارية...)^(٣).

(١) المادة (٤١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٠٠٣٦) سنة ٥٧ قضائية، في ٢٣/٥/٢٠١٧، نقلاً من موقع المطابع الأميرية.

(٣) المادة (٨١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

غير أن القضاء الإداري المصري كان له موقفاً مختلفاً في تفسير نصوص القانون، يتمثل في أن التأمين النهائي يقدم لضمان تنفيذ العقد، وعليه ففي حالة اطمئنان الإدارة للمتعاقد فإن امتناعه عن دفعها لا يؤدي إلى بطلان العقد، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر، إذ جاء في حكمها (...ومن المسلم به أنه إذا كان التأمين النهائي مقرر لصالح الإدارة فإنه لا يترتب جزاء بطلان العقد على مخالفته شرط الوفاء به ما دامت الإدارة قد اطمأنت إلى إبرام العقد مع مقدم العطاء وثقة من ملاءمته وقدرته المالية على الوفاء بالتزاماته...) ^(١)، كما قضت أيضاً (...إذا لم ترى الجهة الإدارية استعمال حقها المنصوص عليه في القانون بإلغاء العقد ومصادرة التأمين المؤقت لعدم قيام الشركة بتكملة التأمين النهائي وأصدرت أمر التوريد ثم حررت العقد معها فإن مؤدى ذلك أنها أبقت على العقد) ^(٢).

أما المشرع الكويتي، فقد نص في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (إذا تخلف المناقص الفائز... عن تقديم التأمين النهائي أو انسحب لأي سبب آخر في مرحلة من مراحل المناقصة خسر تأمينه الأولي فضلاً عن توقيع أي جزاء آخر يفرضه المجلس وفقاً لأحكام هذا القانون) ^(٣)، من دون أن يخل ذلك بإمكان منحه مهلة إضافية لسداد التأمين النهائي في حالة انقضاء المدة المحددة قانونياً، بحسبان أن قانون المناقصات اشترط في المادة (٦٥) منه ضرورة أن يقدم التأمين النهائي من المناقص الفائز خلال شهر من تأريخ إخطاره، ما لم تقرر الجهة الإدارية منحه مهلة أخرى مماثلة ولمرة واحدة فقط، بمعنى أن المشرع الكويتي منح الجهة الإدارية صاحبة الشأن سلطة تقديرية بين عد الناقص الممتنع لأول وهلة منسحباً، أو التريث ومنحه مهلة إضافية لشهر واحد فقط.

يتبين لنا مما تقدم أنه على الرغم من اتفاق المشرعين المصري والكويتي على المهلة الإضافية، إلا أنهما تباينا في تحديدها، إذ حددها المشرع المصري بعشرة أيام، بينما حددها المشرع الكويتي بشهر، ونرى أن تحديد مهلة دفع التأمين بشهر طويلة نسبياً، وفيها تأخير لإجراءات حسم التعاقدات، فالأرجح هو ما أخذ به المشرع المصري.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن ٢٥١، سنة ٢٥ قضائية، في ١٦/١/١٩٩٢. نقلاً من د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص ٧٠٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن ٢٠٨، سنة ٣٦ قضائية، في ١٠/١٢/١٩٩٤، نقلاً من د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص ٧٠٧.

(٣) المادة (٦٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

اما في العراق، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على عد المناقص الممتنع عن أداء أو دفع التأمينات النهائية ناكلا عن التعاقد، إذ جاء فيها (بعد المناقص الفائز ناكلا عند تحقق الحالات الآتية: ٣_ عدم تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ)، وإذا عد المناقص ناكلا فيتم مصادرة تأميناته الأولية مع إحالة المناقصة على المرشح الثاني^(١).

ولم تتفق آراء الفقه حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين، إذ يذهب رأي إلى عدّها تقديراً جزافياً للتعويض، أو شرطاً جزائياً متفقاً عليه في العقد، مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه^(٢)، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن مصادرة التأمين بعيد كل البعد عن أن يكون تعويضاً اتفاقياً، بحسبان أن القاعدة العامة في العقود الإدارية هي أن تقديم التأمين والنص على مصادرتة في حالات معينة واجب ومفروض بحكم القانون لا يمكن للإدارة أن تتجاوز عليه، لذلك فإن مصادرة التأمين لا تعدو أن تكون عقوبة تملك الإدارة إيقاعها فيما لو قصر في تنفيذ التزاماته، حتى لو لم يلحقها أية أضرار نتيجة الإخلال^(٣)، كما يذهب جانب من الفقه إلى أن مصادرة التأمين جزاء مالي توقعه الإدارة على مقدم العطاء الذي يخل بالجدية المطلوبة، أو على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته التعاقدية، بغير حاجة منها إلى اثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء ذلك أو إلى استصدار حكم من القضاء^(٤)، وأخيراً ذهب البعض إلى تأييد الرأيين الأخيرين، ذلك أن المصادرة جزاء مالي وليس اتفاقي كما أن مصدره القانون، ومن ثم لا تملك جهة الإدارة الحرية في عدم مصادرتة عندما يخل المتعاقد بالتزاماته، كما أنه مقرر للمصلحة العامة^(٥).

(١) المادة (١٠/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٩٨.

(٣) وليد سعود فارس، الجزاءات في مجال العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، ٢٠٠٠، ص ٦٤.

(٤) د. أيمن محمد جمعه، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

(٥) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

المطلب الثاني

إجراءات توقيع العقد الإداري

نصت التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية على جملة من الإجراءات التي يتوجب اتباعها لإبرام العقد الإداري، ومن أهمها إحالة عقد الإدارة قبل توقيعها إلى الجهات الاستشارية لأخذ رأيها القانوني، وكذلك كتابة العقد الإداري وتوقيعه، وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين سنبيين في الفرع الأول منه أخذ مشورة الجهات المختصة، وأما الفرع الثاني فسنسلط البحث فيه عن شكلية إبرام العقد الإداري.

الفرع الأول

أخذ مشورة الجهات المختصة

يعرف العمل الاستشاري بأنه (إجراء شكلي يجب اتباعه قبل قيام الإدارة بإصدار قراراتها الإدارية، وقد تكون الاستشارة اختيارية في طلبها واتباعها والزامية في طلبها واختيارية في اتباعها وقد تكون واجبة على الإدارة في طلبها واتباعها)^(١).

وتعد هذه الاستشارة بمثابة رقابة تمارسها جهات الإفتاء على اختلافها، لمطابقة مشروع العقد للقوانين، وعلى جهة الإفتاء التي تتولى هذه المراجعة أن تفصل في سلامة ذلك، وتبدي رأيها في مراجعة نصوص العقد، ثم تبلغ الجهة طالبة الرأي ما ارتأته في هذا الشأن، وبذلك تصبح الإدارة المتعاقدة أمام مسؤوليتها القانونية، التي لا يكون لها عذر إذا لم تر الأخذ بالرأي القانوني^(٢).

(١) د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة طبع، ص ٨١. وينظر في ذات المعنى د. حمدي أبو النور السيد عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٤٠.

(٢) د. أحمد منصور محمد علي، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، ط ١، وزارة الثقافة والفنون والتراث، قطر، ٢٠١٤، ص ٢٥٦.

فكثيرا ما يفرض المشرع على جهة الإدارة المتعاقدة أن تستشير جهة معينة قبل إبرام العقد، فيضغ نصب عينيه مسوغات متعددة حين يفرض هذا الالتزام على جهة الإدارة المتعاقدة تحقيقا لمسوغات فنية، أو لتلافي المخاطر القانونية، أو لتمكين جهة الرقابة من ممارسة رقابتها السابقة على التصرف^(١).

ففي فرنسا توجد لجان خاصة تتحدد مهمتها الأساس في مراقبة مشاريع العقود الإدارية، نحو عقد الاشغال أو التوريد أو الخدمات التي تباشرها الدولة أو أي من مؤسساتها الإدارية العامة، ويمتد عملها هذا إلى كل وزارات الدولة، وتقوم هذه اللجان بتقديم الرأي الاستشاري الإلزامي بالنسبة للعقود التي تتجاوز مبلغا معيناً يحدد بقرار وزاري، وكذلك بالنسبة للعقود التي يكون محلها أداءات ذات طبيعة خاصة، ويقوم رئيس اللجنة المختصة بتبليغ الإدارة صاحبة العلاقة برأي اللجنة حول مشروع العقد خلال عشرة أيام من تأريخ صدور الرأي، وذلك من دون أن يلزم هذا الرأي الإدارة المعنية بالعقد، بيد أن هذه الأخيرة إذا خالفت مضمون استشارة اللجنة فإنها يجب أن تسبب قرارها كتابية، وعلى الوزير المختص في هذه الحالة أن يبلغ رئيس اللجنة هذا القرار^(٢).

أما في مصر، فنجد أن المشرع المصري قد نص في قانون مجلس الدولة على (... لا يجوز لأية وزارة أو هيئة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة)^(٣)، ومن استقراء هذا النص يتضح ما يلي^(٤):

١- إن اختصاص مجلس الدولة بالمراجعة القانونية للعقود التي تزمع الجهات الإدارية إبرامها هو اختصاص أصيل لا ينازعه فيه أحد، وفي ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتاها رقم (٧٣٩) في ١٩٧٧/١١/٣ (...إنه غني عن البيان إن المشرع قد استهدف أن يكون اختصاص مجلس الدولة

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٥٩.

(٢) وهذه اللجان هي لجنة عقود الهندسة المدنية، لجنة عقود البناء، لجنة العقود المتعلقة بالطيران، لجنة عقود الالكترونيات والاتصالات، لجنة العقود الكهربائية والميكانيكية والتسليح، لجنة عقود المعلومات، لجنة عقود التموينات العامة، لجنة المواد البيولوجية الطبية، ينظر د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٢١١.

(٣) المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل. ويقصد بالإدارة المختصة الواردة في النص إدارة الفتوى والتشريع، ينظر د. حسين درويش عبد العال، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٤) د. محمود حمدي عباس عطيه، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، بلا دار نشر، ٢٠١٢، ص ١٦٣ وما بعدها.

بمراجعة العقود الإدارية من الناحية القانونية اختصاص مقصور عليه لا يشاركه فيه جهة أخرى، الامر الذي يستفاد بجلاء من نصوص قانون مجلس الدولة وطبيعة اختصاصه، ومن كونه الجهاز الوحيد من أجهزة الدولة المتخصص في الإفتاء في المسائل القانونية...).

٢- إن عدم عرض مشروع العقد على مجلس الدولة لمراجعته لا يمنع من إمكان هذا العرض بعد انعقاد العقد شريطة أن يتفق الطرفين ضمن بنود العقد على قبول تعديلات مجلس الدولة عليه لدى مراجعته إياه.

٣- إن مراجعة قسم الفتوى بمجلس الدولة لمشروع العقد لا تقتصر على مراجعة بنوده من الناحية القانونية فحسب، وإنما تمتد لتشمل ما سبقه من إجراءات وموافقات سابقة واجبة الصدور، وفي ذلك أفقت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ١٩٩٨/١/٢١ بأن (...المراجعة التي تجريها إدارة الفتوى أو اللجنة المختصة بمجلس الدولة لا تقف عند حد بنود مشروع العقد وإنما تمتد لتشمل الإجراءات التي سبقته وجميع ما يعتبر جزءا منه، للوقوف على مدى مطابقتها لحكم القانون ومدة تأثيرها على صحة العقد، وغني عن البيان إن هذه المراجعة لا تضي على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة إذا كانت قد فقدتها ولا تطهره من المخالفات التي شابت إبرامه أو بنوده أو تجبرها وإنما تكشف عنها وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية وبما يستوجب ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتحلل منه كله أو بعضه على ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة...).

ثم صدر قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ لينص على (تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها...)^(١).

ووفقا لذلك يباشر مجلس الدولة المصري عبر وظيفته الاستشارية رقابة سابقة وقائية على مسلك الجهات الإدارية بصفة عامة، وفي مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، تتمثل فيما يؤديه من اختصاص استشاري لجهات الإدارة، ويستهدف منها مساعدة الجهات الإدارية وإرشادها إلى واجباتها وإلى اتباع صائب لحكم القانون في تصرفاتها وأحكام التشريع وصحة تفسير وتطبيق القوانين واللوائح^(٢).

(١) المادة (٩٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) د. محمود حمدي عطيه، استقلال مجلس الدولة وإبداء المشورة القانونية لجهات الإدارة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٨٨.

لكن ما حكم عدم عرض الإدارة لتعاقدتها على مجلس الدولة؟

إن عدم عرض مشروع العقد على مجلس الدولة لمراجعته يحمل بلا شك جهة الإدارة المسؤولية عن ذلك، ويجعل العقد موصوما بمخالفة القانون لعدم عرضه على مجلس الدولة قبل إبرامه، إلا أن ذلك لا يؤثر على الوجود القانوني للعقد بحد ذاته أو إبرامه، الذي أصبح في هذه الحالة أمراً واقعاً، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠٠٥/٥/١٧ تعليقا على نص المادة أعلاه وردا على النعي ببطلان مشاركة التحكيم لعدم عرضها على مجلس الدولة لمراجعتها (...إن المشرع وإن استهدف بالنص المذكور تجنب الجهات الإدارية مواطن الخطأ وأن يكفل لها أسباب السلامة بتبصرتها بحكم القانون فيما عازمت الاقدام عليه تحقيقا للمصلحة العامة، وحيث كانت أعمالها موافقة لصحيح حكم القانون، فإنه أي المشرع لم يرتب بطلان التصرف حال عدم استفتاء إدارة الفتوى المختصة قبل اتخاذه، والقاعدة كما تقدم أنه لا بطلان إلا بنص، وفضلا عما تقدم فإن خطاب المشرع باستطلاع رأي إدارة الفتوى قبل إبرام التصرفات ومنها إبرام اتفاق التحكيم موجه إلى الجهات الإدارية، ولاشك إن عدم التزامها بذلك وإن رتب مسؤوليتها الإدارية أو السياسية فإنه ليس بحال سببا لبطلان التصرف أو ما يترتب عليه من التزامات...)^(١).

أما في الكويت فقد صدر المرسوم الأميري رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠ الخاص بقانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت، وبموجبه أنشئت إدارة مستقلة بالفتوى والتشريع إذ نص المرسوم على (تنشأ إدارة للفتوى والتشريع لحكومة الكويت وتلحق بالمجلس الأعلى)^(٢)، ثم ألحقت بعد ذلك بموجب المرسوم الأميري الصادر سنة ٢٠١٢ بوزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء، ويكون له مباشرة الاختصاصات والصلاحيات المقررة للوزير في القوانين المنظمة لها^(٣).

(١) د. محمود حمدي عباس عطيه، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(٢) المادة (١) من المرسوم الأميري رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠ الخاص بقانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت. منشور في جريدة الكويت اليوم، عدد ٢٧٢، السنة السادسة، في ١٢/٤/١٩٦٠. ويقصد بالمجلس الأعلى سابقا مجلس الوزراء حاليا، ينظر المحامي أسامة عيسى ماجد الشاهين، الطبيعة القضائية لإدارة الفتوى والتشريع، بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع، عدد ١٤، بلا سنة نشر، بلا صفحة.

(٣) (تلحق إدارة الفتوى والتشريع بوزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء ويكون له مباشرة الاختصاصات والصلاحيات المقررة للوزير في القوانين المنظمة لها)، ينظر المادة (١) من المرسوم الأميري رقم (٣٠٢) لسنة ٢٠١٢، منشور في الجريدة الرسمية عدد ١١١٤، في ١٣/كانون الثاني/٢٠١٣.

وتختص إدارة الفتوى والتشريع بشكل عام بالإفتاء وصياغة القوانين والدفاع عن الدولة كما نص على ذلك الدستور الكويتي (يرتب القانون الهيئة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والمصالح العامة وتقوم بصياغة مشروعات القوانين واللوائح كما يرتب تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء)^(١).

وتتشكل إدارة الفتوى والتشريع من مجموعة من الأقسام، منها الأقسام الاستشارية التي تضم أربعة أقسام من بينها قسم العقود، الذي يختص بإبداء المشورة للجهات الإدارية بصورة عام وفي العقود التي تبرمها بصورة خاص، وهو ما نص عليه قانون انشاء إدارة الفتوى والتشريع، إذ جاء فيه (تختص إدارة الفتوى والتشريع بمراجعة العقود التي تبرمها الحكومة مع الشركات والمقاولين والأفراد، وإبداء الرأي في المسائل التي تنجم عن تنفيذ هذه العقود، ولا يجوز لأية دائرة أو مصلحة أو هيئة حكومية أخرى أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم في موضوع تزيد قيمته على خمسة وسبعين ألف دينار بغير استفتاء الإدارة)^(٢).

بهذا النص يكون المشرع الكويتي قد ألزم جهة الإدارة بعرض موضوع العقود على إدارة الفتوى والتشريع، وذلك لاستيفاء الشروط التي استلزمها القوانين المختلفة في عقود الدولة مع الغير، وضمانا لتحقيق المصلحة العامة المستوحاة من تلك العقود^(٣)، ومن ثم يكون استفتاء الجهة الإدارية لإدارة الفتوى والتشريع إجراء جوهري فيما إذا زادت قيمة العقد على خمسة وسبعين ألف دينار، فما هو دون هذا المبلغ يعرض على إدارة الشؤون القانونية بالجهة الحكومية، كما نصت على ذلك قواعد تنفيذ ميزانيات الجهات الحكومية (لا يجوز لأية جهة حكومية إبرام أو إجازة أي عقد في موضوع تزيد قيمته على خمسة وسبعين ألف دينار إلا بعد عرضه على إدارة الفتوى والتشريع وذلك تنفيذاً للمادة الخامسة من المرسوم الأميري رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ وما يقل عن ذلك يعرض على إدارة الشؤون القانونية بالجهة الحكومية)^(٤).

أما في العراق، فلم نجد من خلال اطلاعنا على النصوص القانونية المختصة سواء في أمر سلطة الائتلاف المؤقتة لسنة ٢٠٠٤، أم في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤، نصاً صريحاً يلزم الإدارة

(١) المادة (١٧٠) من الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢.

(٢) المادة (٥) من القانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠ المعدل.

(٣) عذاري سالم الصباح، الفتوى والتشريع بدولة الكويت ونظيراتها في الهيئات القضائية المصرية، بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع الكويتية، العدد ١٦، بلا سنة نشر، بلا صفحة.

(٤) الفصل الثالث اولا/ب/٦، من قواعد تنفيذ ميزانيات الجهات الحكومية للسنة المالية ٢٠٢١-٢٠٢٢، الصادرة بموجب قرار وزير المالية المرقم (٩١٠) في ٢٠٢١/٧/٥.

بضرورة أخذ رأي جهة محددة قبل إبرام العقد، وعليه فإن جهات التعاقد لا تخضع لما تخضع له في كل من مصر والكويت من طلب مشورة جهة معينة قبل إبرام العقد كقيد وارد على إرادتها، لكن هل يمكن للجهات الإدارية طلب مشورة مجلس الدولة قبل إبرام العقد الإداري؟

تمثل الوظيفة الاستشارية إحدى ركيزتي الوظيفة التي يضطلع بها مجلس الدولة العراقي إلى جانب الوظيفة القضائية، وبمقتضى هذه الوظيفة يظهر المجلس كمستشار قانوني للدولة، يتولى رفدها بالآراء القانونية التي تنير طريقها القانوني، وحل ما يشكل بين إداراتها^(١)، واستنادا لذلك يمارس مجلس الدولة في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاص إبداء المشورة، وهذا ما نص عليه قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٩ إذ جاء فيه (إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا)^(٢)، وقد اختلف الفقه العراقي في تفسيره لمفردة الجهات العليا الواردة في النص فهل تنصرف إلى الجهات الإدارية من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، أم يراد بها معنى مغاير لهذا الفهم؟

يذهب الاتجاه الأول إلى ان المراد من الجهات العليا هي السلطات الاتحادية الواردة في نص المادة (٤٧) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ التي جاء فيها (تتكون السلطات الاتحادية من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية...)، ومن ثم فإن السلطة التنفيذية تظهر بمظهرين إدارة وحكومة، فإذا كان تقديم المشورة القانونية للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة يمثل اختصاصا أصيلا للمجلس، فإن الحكومة بلا ريب تدخل في وصف الجهات العليا، مثل ديوان رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء والأمانة العامة لمجلس الوزراء، ومن ثم يحق لهذه الجهات طلب المشورة القانونية من مجلس الدولة^(٣)، فيظهر أن أصحاب هذا الرأي يعتون بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة تدخل في وصف الجهات العليا الواردة في النص.

(١) أستاذنا د. صادق محمد علي الحسيني، الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة أهل البيت، عدد ٧، بلا سنة نشر، ص ١٠٤.

(٢) المادة (٦/أولا) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) د. حنان محمد القيسي، نطاق الاختصاص الافتائي لمجلس شورى الدولة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١٧، ٢٠١٨، ص ١٠.

في حين يرى الاتجاه الآخر أن المقصود بالجهات العليا رغم عدم تحديد القانون لها هي غير الوزارات والدوائر غير المرتبطة بوزارة، التي أفرد لها القانون عنواناً لتقديم الرأي والمشورة، فينصرف مفهوم الجهات العليا إلى مجلس النواب، ورئاسة الجمهورية، ومجلس الوزراء، والامانة العامة لمجلس الوزراء^(١).

ويرى الباحث مما تقدم أن كلا الرأيين قد انطوى على جانب من عدم الصحة، فمثلاً نحن لا نتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من عد الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة داخله ضمن الجهات العليا، فظاهر النص والفاظه لا توحى إلى أن قصد المشرع منها الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، بدليل أن المشرع في قانون مجلس الدولة ذاته قد نص صراحة على (توضيح الأحكام عند الاستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة...) ^(٢)، فلو كان المشرع يقصدها لما أحوجه النص عليها صراحة، فوصف الجهات بالعليا لا يراد به الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة.

أما فيما يتعلق برأي الاتجاه الثاني، فمع اتفاقنا فيما ذهب إليه من تفسير الجهات العليا، بيد أننا نعتقد أنه كان قاصراً عن إدراكها، فكان من الأولى ذكر السلطة التشريعية لا مجلس النواب فقط، فالأخير هو أحد تشكيلات السلطة التشريعية التي تتكون من مجلسين مجلس النواب ومجلس الاتحاد^(٣)، حتى وإن كان الأخير غير مشكل لغاية الآن.

مما تقدم يرى الباحث أن الجهات الإدارية في العراق على اختلافها لا يمكن أن تطلب رأي أو مشورة مجلس الدولة حول أي عقد من العقود التي ترغب بإبرامها، خلافاً لما عليه الحال في مصر والكويت، والسبب في ذلك يعود إلى أن طلب المشورة مقتصر على الجهات العليا، وهو مما لا يشملها معها هذا الوصف، ومن هذا المقام ندعو المشرع العراقي إلى تعديل النص عبر إضافة مادة جديدة تلزم الجهات الإدارية قبل إبرام العقد عرض تعاقدها على مجلس الدولة، لغرض الاستفادة من مشورته، خصوصاً أن الهيئات الاستشارية تتكون من أعضاء أكفاء ذوي خبرة ودراية تمكنهم من تبصرة الإدارة بما تنوي القيام به.

(١) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في إبداء الرأي والمشورة القانونية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العراق، بلا عدد، بلا سنة نشر، ص ٧٤.

(٢) المادة (٦/ خامساً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) (تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد)، المادة (٤٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

الفرع الثاني

شكلية إبرام العقد الإداري

لأجل الإحاطة بمتطلبات دراسة هذا الموضوع فإننا سنقسمه على بندين، نتناول في البند الأول كتابة العقد الإداري، في حين سنتناول في البند الثاني توقيع العقد الإداري.

أولاً

كتابة العقد الإداري

إن القاعدة العامة في مجال إبرام العقود الإدارية تقضي أنه إذا لم يشترط المشرع صراحة إجراء شكلياً معيناً بصدد إبرام عقد محدد فإن الإدارة تصبح حرة في إبرام ما تشاء من العقود وفقاً للأشكال التي تراها، فعقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، فيكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية، فهي عقود رضائية وليست شكلية ويكفي لإبرامها مجرد توافق الإرادتين وخلوهما من العيوب، وتصديق هذه القاعدة فيما يتعلق بضرورة إفراغ العقد في الشكل الكتابي، فالكتابة في العقد الإداري لا تلزم إلا حيث يشترطها المشرع صراحة^(١).

وللشكلية في العقود الإدارية مسوغات عديدة، منها أن بعض العقود تتطلب الكتابة بسبب طبيعة محتواها من جهة، أو قد يفرضها منطق سير العمل داخل الأجهزة الإدارية من جهة أخرى، بسبب خضوع الإدارة لقواعد التدرج الرئاسي، والرقابة الإدارية والمالية حرصاً على حقوق الدولة، فضلاً عن ذلك إن إجراءات العقد الإداري تمر بمراحل عدة من قبل ممثلي الشخص العام، الأمر الذي يتطلب توثيق هذه الإجراءات لتحديد المسؤولية عند حدوث أي خلل في التزامات الإدارة، ومن ثم فإن لها أهمية من ناحية الإثبات، إلى جانب أن الكتابة في العقود الإدارية مهمة في تضمين الشروط الاستثنائية التي لا مثيل لها في القانون الخاص^(٢)، وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر بحكمها الصادر سنة (١٩٥٧) وجاء فيه (...إن من العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية

(١) د. حسن محمد علي البنان ود. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، أثر النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية في حماية المال العام، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ٥، العدد ١٩، ص ٨٤.

(٢) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ٨٦.

التي تميزه عن عقود القانون الخاص وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية غير المألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل...^(١).

وطالما أن العقد هو الأساس الذي ينظم العلاقة القانونية التعاقدية، لذلك يقع على الإدارة اعداد العقد بشكل رصين، وأن تتوخى الدقة في صياغته، لتكون شاملة لكل ما ورد ذكره في وثائق المناقصة والاعلان وكتاب الإحالة، والتي يلزم أن تكون متوافقة مع التعليمات والضوابط النافذة المتعلقة بإجراءات التعاقد عبر التعاون مع الجهة القانونية والجهات الأخرى، والقول بخلاف ذلك ينطوي على تعارض وتناقض في تفسير فقرات العقد، ومن ثم يمكن أن يؤدي إلى تحميل الدولة لأعباء إضافية كانت في غنى عنها فيما لو تم إعداد فقرات العقد بشكل دقيق^(٢)، وعليه فإن الكتابة قد تأخذ في بعض الأحيان صورة دفتر شروط تحرره الإدارة سلفا ويقبله المتعاقد^(٣).

وفيما يتعلق بموقف التشريعات من شرط الكتابة، نجد أن المشرع الفرنسي لم يشترط الصيغة المكتوبة في عقود الأشغال العامة والتوريدات والخدمات والدراسات والتي تسمى (عقود الشراء العام) إلا إذا كانت قيمتها التقديرية تساوي أو تزيد عن مبلغ (٢٥٠٠٠) خمسة وعشرين ألف أورو خارج الرسوم، ويمكن أن تحدد شروط العقد بالإحالة إلى الوثائق العامة، كدفاتر الشروط الإدارية العامة، ودفاتر الشروط التقنية العامة^(٤)، وبهذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر سنة ١٩٨٢ أن مبدأ الصيغة المكتوبة يشكل التزاما من النظام العام، وحتى ولو كانت صيغة الكتابة غير واجبة بمقتضى النصوص القانونية، إلا أن القاضي يمكن أن يعدّها معيبة بسبب نقص الكتابة^(٥)، وقد جسد مجلس الدولة الفرنسي ذلك عبر عقود الالتزام، إذ قرر أن مثل هذه العقود تستوجب الكتابة من حيث المبدأ نظرا لطبيعتها وأهميتها^(٦).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٧٤.

(٢) ابتسام حامد راضي، التنظيم القانوني للمناقصات العامة مع المتعاقد الأجنبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص ١٠٠.

(٣) د. سامي جمال الدين، نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بلا طبعة، ٢٠١١، ص ٢٦٠.

(٤) بيو خلاف، مصدر سابق، ص ٨٥.

(٥) د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

(٦) د. رمضان محمد بطيخ، مصدر سابق، ص ٢٤.

أما في مصر فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٩ على (...وتحرر العقود بين المتعاقد والجهة الإدارية متضمنة كافة الضمانات اللازمة للتنفيذ، وذلك كله وفقا للنماذج الصادرة عن الهيئة العامة للخدمات الحكومية ويحرر العقد من أصل وأربع نسخ على الأقل يسلم الاصل للإدارة المالية مرفقا به كافة المستندات ونسخة لإدارة التعاقدات لحفظها بملف العملية ونسخة للمتعاقد ونسخة للإدارة الطالبة أو المستفيدة ونسخة للإدارة المشرفة على التنفيذ بحسب الاحوال...)^(١).

وفي الكويت، فقد نص قانون المناقصات الحالي لسنة ٢٠١٦ على الشكل الكتابي عن طريق تنظيم عقد نموذجي من قبل الجهاز المركزي للمناقصات العامة، ووزارة المالية، وإدارة الفتوى والتشريع، وأوجب على الإدارة التعاقد على ضوئه، وجاء فيه (يلتزم الجهاز بالتعاون مع وزارة المالية وإدارة الفتوى والتشريع بوضع عقود نموذجية مكتوبة تتضمن الدفاتر والشروط التي يتم بموجبها تنفيذ العقود وتتألف من كراسة الشروط العامة وكراسة الشروط الخاصة...)^(٢)، وحسنا فعل المشرع الكويتي بإسناد مهمة إعداد وصياغة العقود الإدارية لأكثر من جهة إدارية ذات تخصصات مختلفة، مما يساهم معه بصياغة عقد إداري نموذجي تقل معه احتمالية تحميل الدولة أعباء جديدة ناتجة عن ضعف هذه الصياغة.

أما في العراق، فإن الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط أخذت على كاهلها تنظيم وإعداد العقود الحكومية، والتي عالجت بمقتضاها صياغة العقد، والجهة المختصة بصياغته، وما يتضمنه العقد من بنود، إذ نصت الضوابط على (يتم تنظيم صيغة العقد من قبل التشكيل الإداري للعقد في جهة التعاقد بالتنسيق مع التشكيلات القانونية والمالية والفنية والجهات المستفيدة على أن تتضمن الفقرات الواردة في شروط المناقصة أو الدعوة مضافا إليها أية شروط اضافية يتفق عليها طرفي العقد بما يضمن سلامة التنفيذ)^(٣)، وأما بخصوص اللغة التي يكتب بها العقد، فقد نصت الضوابط على (تكتب العقود باللغة العربية أو اللغة الكردية

(١) المادة (٨٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩. بينما كانت اللائحة التنفيذية السابقة لقانون المناقصات والمزيادات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ (الملغى) تشترط لكتابة وتحرير العقد نصابا ماليا محددا، وجاء فيها (يجب أن يحرر عقد مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ اقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد)، ينظر المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨، منشور في الوقائع المصرية رقم (٢٠١) في ٦/ أيلول/ ١٩٩٨.

(٢) المادة (٨٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) الفقرة (ثانيا) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٤) صيغة العقد.

أو كليهما إن كان ذلك ممكنا وتكتب باللغة العربية والكردية وباللغة الإنكليزية إن كان أحد طرفي العقد أجنبياً^(١)، ونعتقد إن هذا النص هو تطبيق للنص الدستوري الذي جاء فيه (اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان للعراق...) ^(٢)، وعند الاختلاف في تفسير فقرات أو بنود العقد فتعتمد اللغة العربية، مالم ينص العقد على خلاف ذلك^(٣).

ويترتب على استخدام الصيغة الكتابية في العقود الإدارية نتائج مهمة، أهمها: إن عقود الإدارة توصف بالصيغة الرسمية من دون اللجوء إلى موثق، ويحوز المحرر الذي يتضمن العقد قرينة الصحة التي تستند إلى قرينة المشروعية، بحسبانها أصل من الأصول العامة في القانون العام، والتي تعني أن التصرف المقرر من جانب الإدارة يحوز قرينة الصحة ما لم يثبت العكس، كما تكون له حجة لا يمكن اثبات ما يخالفها إلا عن طريق الطعن بالتزوير^(٤).

ويستثني من شرط الكتابة طائفة من العقود الإدارية الملزمة لطرفيها من دون إن يكون بينهما محررا أو عقدا رسميا، أو حتى مجرد تبادل للرسائل والمكاتبات بخصوص هذا العقد، وهو ما يعرف بالعقد الشفهي، على وفق اتجاه المحكمة الإدارية العليا في مصر القاضي (...إن العقد الشفهي ولئن كان وسيلة غير مألوفة في المجال الإداري إلا أنه يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية، فقد تركز إليه الإدارة مع بعض المتعاقدين للاتفاق معهم على تكميل أغراض التعاقد الأصلي من ناحية من النواحي التي انصب عليها، وهذا العقد المكمل تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به ومن ثم فلا حاجة البتة إلى استظهار أركان العقد الإداري فيه...) ^(٥).

وقد يتخذ هذا العقد صورة العقد الضمني، وهو العقد الذي يتضح من سلوك أطرافه والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية أن هناك رضا مشترك تنتج عنه رابطة تعاقدية على النحو الذي يتطلبه القانون،

(١) الفقرة (عاشرا/أ) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٤) صيغة العقد.

(٢) المادة (١/٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٣) (تعتمد اللغة العربية عند الاختلاف بالتفسير ما لم ينص العقد على خلاف ذلك)، ينظر الفقرة (عاشرا/ب) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٤) صيغة العقد.

(٤) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٧٧.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن رقم ٢٢٨٩، سنة ٣٠ قضائية، في ١٩٩٠/٣/٢٠، نقلا من د. ماجد راغب حلو، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٩٨.

وعلى أية حال فإن القاضي الإداري يستعين بالقرائن المختلفة لتقرير وجود العقد الضمني من عدمه، فوجود أي وثائق مكتوبة لا يمكن أن يستشف منها وجود تلاق للإرادات ومن ثم وجود عقد إداري ضمني^(١)، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر سنة ٢٠٢٣ أن استمرار المتعاقدين في تنفيذ بنود العقد بعد انتهائه يعد تجديدا ضمنيا له^(٢).

زيادة على ما تقدم، يمكن للباحث وعبر الاطلاع على النصوص المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية، القول أن هناك استثناءات تشريعية ترد على قاعدة الكتابة، وهي حال قيام من رست عليه المناقصة بتوريد جميع الأصناف المتفق عليها بعد التبليغ بكتاب الإحالة، وقبل دفع التأمين النهائي، وهو ما نص عليه قانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٨ (...ولا يحصل من صاحب العطاء الفائز التأمين النهائي إذا ورد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية بصفة نهائية خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي وذلك إذا لم يكن لهذه الأصناف مدة ضمان...) ^(٣)، وكذلك قانون المناقصات العامة الكويتي لسنة ٢٠١٦ بقوله (لا يؤدي التأمين النهائي إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التي تمت الترسية عليه لتوريدها وقبلتها الجهة صاحبة الشأن نهائيا خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي)^(٤)، فالامتناع عن دفع التأمين النهائي وقبول الجهة الإدارية للتوريدات المتفق عليها بمثابة استثناء على قاعدة كتابة العقد الإداري، إذ لم يتسنى للإدارة والمتعاقد أن أبرما عقدا مكتوبا بحسبان أن كتابة العقد مرحلة تأتي بعد دفع التأمين النهائي، ولم يرد ضمن التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية في العراق نصا مماثلا لما تقدم.

(١) د. رمضان محمد بطيخ، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (DA01956/21) في ١٠/١٠/٢٠٢٣، منشور على موقع التشريعات الفرنسية <https://www.legifrance.gouv.fr/> تأريخ زيارة الموقع في ٢٠/١/٢٠٢٣.

(٣) المادة (٤٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٤) المادة (٦٧) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

ثانيا

توقيع العقد الإداري

يرتبط بكتابة العقد موضوع التوقيع، إذ يعد من الإجراءات المهمة في التعاقدات الإدارية، ويمكن القول أنه المرحلة الأخيرة من إجراءات إبرام العقد الإداري، على خلاف العقد المدني، الذي ينعقد بالتقاء الإيجاب والقبول، فإن التقاء الإيجاب الصادر من المتعاقد (تقديم العطاء) مع القبول المتمثل بقرار الإرساء الصادر من قبل الإدارة المختصة لا يتحقق به الانعقاد في العقد الإداري ما لم تراعى به الشكلية التي حددها القانون، ومن ثم يستلزم من المتعاقد مع الإدارة إذا ما تبلى بقرار الإحالة أن يقوم بالتوقيع على العقد الذي تنظمه وفق النموذج الذي حدده القانون وشروط المناقصة وطبيعة العقد، فإذا امتنع عن التوقيع فإنه يكون قد أخل بالتزامه الذي يقضي بإكمال إجراءات التعاقد، ومن ثم يعد ناكلاً عن التعاقد وتتخذ بحقه جزاءات النكول، ولهذا نصت تشريعات الدول المقارنة على ضرورة توقيع العقد من قبل الطرفين المتعاقدين مع ترتيب آثار قانونية هامة في حالة تخلفه أو الإخلال به، كما سيظهر معنا الآن.

ففي فرنسا، فإن قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ جعل مدة توقيع العقد تختلف باختلاف الوسيلة التي تعتمدها السلطة المتعاقدة في إخطار أو تبليغ العارض الفائز بقرار الإرساء، فهي لا تقل عن أحد عشر يوماً من تأريخ إرسال الإخطار إذا كان الكتروني، ولا تقل عن ستة عشر يوماً إذا لم يكن بهذا الطريق^(١).

وفي مصر، نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٩ تحت عنوان (تحرير العقد) على (على إدارة التعاقدات قبل إبرام العقد التأكد من عدم وجود أية شكاوى لم يفصل فيها سواء عن طريق الجهة الإدارية أو مكتب شكاوى التعاقدات العمومية، وتلتزم السلطة المختصة خلال مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً من تأريخ سداد التأمين النهائي بتوقيع العقد مع المتعاقد...)^(٢)، ولم تبين اللائحة الأثر المترتب في حالة التخلف عن توقيع العقد خلال المدة المنصوص عليها.

(١) المادة (٢١٨٢_١) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٨٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

وفي الكويت، فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (تطلب الجهة العامة صاحبة المشروع من المناقص الفائز الحضور لتوقيع العقد خلال ٣٠ ثلاثين يوما من تأريخ تقديم التأمين النهائي)^(١)، ويترتب على توقيع العقد ان يصبح المناقص الفائز متعاقدا من تأريخ توقيع العقد، وهو ما نص عليه قانون المناقصات العامة (... ولا يعتبر المناقص الفائز متعاقدا إلا من تأريخ التوقيع على العقد)^(٢).

اما في العراق فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على النطاق الزمني لتوقيع العقد، بأن يكون بعد حسم المنازعات الناتجة عن قرار الإحالة، وجاء فيها (على جهة التعاقد عدم توقيع العقد لحين حسم الاعتراضات من رئيس جهة التعاقد وفق ما منصوص عليه في هذه المادة)^(٣)، وحسنا فعل المشرع العراقي بموجب هذه التعليمات، فقد تظهر نتائج الاعتراضات أحقية المعارض بالإحالة ممن أحييت عليه المناقصة أولاً، من غير أن تحدد التعليمات المدة الزمنية التي يتم فيها إبرام العقد بعد حسم المنازعات، وهو ما تكفلت به ضوابط وزارة التخطيط، إلا أن نصها جاء متعارضا مع تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، فقد ألزمت الضوابط جهة التعاقد بتوقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة، وليس بعد حسم المنازعات إذ نصت (على المناقص الفائز المبلغ رسميا بالإحالة توقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) أربعة عشر يوم عمل من تأريخ التبليغ بالإحالة مع مراعاة المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية)^(٤)، ومن ثم لم تشر الضوابط إلى مسألة حسم الاعتراضات، وهو اتجاه غير موفق برأينا، فكيف يتم التوقع على عقد محل اعتراض أو طعن قد تكون نتيجته لصالح المعارض، فالأرجح انتظار الإدارة وعدم توقيع العقد لحين حسم المنازعات، ويعتقد الباحث أن هذا النص الوارد في ضوابط وزارة التخطيط لا يمكن أن يطبق إلا في حالة واحدة، وهي حالة إذا لم يقدم أي اعتراض على قرار الإحالة خلال المدة المحددة للاعتراض^(٥)، عندها يرتفع التناقض الحاصل بين تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وضوابط وزارة التخطيط حول زمن توقيع العقد في هذه الحالة الفريدة.

(١) المادة (٦٨) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) المادة (٦٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) المادة (٧/خامسا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤) الفقرة (سادس عشر) ضوابط وزارة التخطيط رقم (٣).

(٥) (تقديم الاعتراض خلال (٧) سبعة أيام عمل من تأريخ التبليغ بكتاب الإحالة)، ينظر المادة (٧/ثانيا/أ) من تعليمات تنفيذ

العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

وبعد المتعاقد ناكلا في حالة امتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وإنذاره، كما جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ التي نصت على (بعد المناقص الفائز ناكلا عند تحقق الحالات الآتية: ١- امتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وبعد إنذاره رسميا بتوقيع العقد خلال (١٥) خمسة عشر يوما من تأريخ إنذاره ومن دون عذر مشروع قانونا)، فيبدو للباحث من هذا النص أن توقيع العقد يكون بعد التبليغ بكتاب الإحالة وليس بعد حسم المنازعات كما أشارنا ما يؤدي بنا إلى القول أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية قد وقعت في الخلط وعدم الوضوح، فهي من جهة تشير إلى عدم توقيع العقد إلا بعد حسم الاعتراضات، ومن جهة أخرى تنص على أن توقيع العقد يكون بعد التبليغ بكتاب الإحالة (من غير تحديد مدة زمنية لتوقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة)، وفي حالة عدم التوقيع على العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة يتم إنذار المتعاقد بضرورة إبرام العقد خلال (١٥) خمسة عشر يوما وإلا عد ناكلا عن التعاقد هذا من جانب، ومن جانب آخر إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية فضلا عما موجود فيها من تناقضات كانت قاصرة عن بيان بعض المسائل المتعلقة بتوقيع العقد، كحالة عدم توقيع الإدارة نفسها على العقد، ومن كل ما تقدم ندعو الجهات المعنية إلى تعديل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وإزالة التناقضات، والتوفيق بين أحكامها وضوابط وزارة التخطيط، لأن النصوص الحالية من شأنها إرباك العمل الإداري.

وأخيرا فقد اشترطت ضوابط وزارة التخطيط أن (يتم مصادقة العقود بعد توقيعها بأنواعها كافة من التشكيلات القانونية المخولة قانونا في جهة التعاقد استنادا لقانون كتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ أو أي قانون يحل محله)^(١)، هذا وقد نص قانون كتاب العدول على (يتولى مدير الدائرة القانونية في الوزارة المعنية أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله من الموظفين القانونيين تصديق العقود والتعهدات والكفالات ذات العلاقة بالوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة بدلا من الكاتب العدل)^(٢).

(١) الفقرة (رابعا) من ضوابط وزارة التخطيط رقم (٤).

(٢) المادة (٩) من قانون كتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨. وقد أفتى مجلس الدولة العراقي بموجب فتواه رقم (٣٦) في ٢٠١٧/٣/٢٢ بأن صلاحية مدير الدائرة القانونية في الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة جاءت على سبيل الحصر لتصديق العقود والتعهدات والكفالات وليس على سبيل المثال.

من جانب آخر عمت وزارة التخطيط كتابها معطوفا على كتاب وزارة العدل إلى الجهات المعنية والذي أوضحت فيه أن الصلاحيات الواردة في المادة (٩) من قانون كتاب العدول ممنوحة لمدير الدائرة القانونية في الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة وإن موضوع تحويلها يعود له وليس للوزير كونها صلاحيات ممنوحة له بنص قانوني. كتاب وزارة التخطيط عدد ١٥٤٥٩ في ٢٠١٤/٧/١٣.

الفصل الثاني

المنازعات الناشئة عن صدور قرار الإحالة

انطلاقاً من أن المتعاقد يعد معاوناً للإدارة في تنفيذ العقد، ولأن إحالة المناقصة جاءت نتيجة لكفاءة المناقص، وسمته الحسنة، ونظراً لأن عطاءه أكثر اتفاقاً مع معايير الترجيح والمفاضلة بين العطاءات، فإنه يترتب على صدور قرار الإحالة تبليغ المناقص الفائز به، ودعوته لإكمال باقي إجراءات التعاقد، كدفع التأمينات النهائية، وتوقيع العقد، وفي حالة امتناعه عن ذلك يعد ناكلاً عن توقيع العقد، وهذا ما سيعرضه لجزاءات تضر بمركزه القانوني مستقبلاً.

وبما أن القرارات الإدارية بشكل عام تتمتع بقرينة المشروعية لمجرد صدورها، فإن هذا لا يفهم منه تحصين القرار الإداري من إمكانية الطعن به، فقد يثبت خلاف ذلك، لذا منحت التشريعات أحقية المتضررين من القرار صلاحية الاعتراض أو الطعن به، والأمر ذاته ينطبق على قرار إحالة المناقصة، ومن ثم فإن صدور قرار الإدارة بإحالة المناقصة بعهدة أحد المتنافسين، يمنحهم مزية الاعتراض أو الطعن به، وقد نظمت التشريعات مرحلة الطعن بقرار الإحالة، نظراً للآثار المترتبة على هذا الطعن، سواء من حيث أثره في وقف العملية التعاقدية، أم من حيث مدى إمكانية تطبيق حكم الإلغاء، ففي أغلب الأحيان يأتي قرار عدم مشروعية الإحالة بعد دخول العقد مرحلة التنفيذ أو بعد انتهاء التنفيذ.

ويجب على المناقص بعد توقيع العقد أن ينفذه شخصياً بنفسه، نظراً لأن شخصيته قد روعيت في الحساب وقت التعاقد، والترجيح بين العطاءات، فإنه لا يجوز له أن يحل غيره محل نفسه في تنفيذ التزاماته، أو أن يتعاقد مع الغير، إلا بعد الحصول على موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، فإن حدث وتنزل عن العقد، أو تعاقد بشأنه من الباطن من دون موافقة الإدارة، فإن هذا التنازل أو التعاقد يعد باطلاً، ولا يحتج به في مواجهة الإدارة، ولأجل ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار، بينما سنتناول في المبحث الثاني الرقابة على صدور قرار الإحالة.

المبحث الأول

المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار

حين تباشر الإدارة مهامها في مجال العقود الإدارية، فإنها يفترض أن تهتم بالتعاقد مع أشخاص يتصفون بالكفاءة والقدرة من النواحي الفنية والمالية وحسن السمعة، لغرض تنفيذ العقد على أكمل وجه، ومن ثم يتوقف نجاح الإدارة في أداء واجباتها تجاه الجمهور على كفاءة هؤلاء الأشخاص ومدى إحساسهم بالمسؤولية لتحقيق المصلحة العامة، ومن أجل تحقيق هذا الغرض أعطت التشريعات التي تنظم العقود الإدارية أهمية كبيرة لعملية اختيار المتعاقد مع الإدارة بهدف تنفيذ العقد تنفيذاً كاملاً، إذ يمر اختيار الإدارة للمتعاقد معها بإجراءات دقيقة الغرض منها التوصل لأفضل العناصر المتقدمة للتعاقد مالياً وفنياً، إلا أنه قد تحصل بعض الظروف سواء قبل إبرام العقد، أم بعد إبرامه، ما من شأنها التأثير على الاعتبار الشخصي للمتعاقد، ولأجل الإحاطة بما تقدم ارتأينا تناوله في مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار قبل إبرام العقد، بينما سنبين في المطلب الثاني عن المنازعة المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار بعد إبرام العقد.

المطلب الأول

المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار قبل إبرام العقد

ذكرنا قبل قليل إن غاية المشرع من تقييد حرية الإدارة في إبرام عقودها بمجموعة من الإجراءات هو حسن اختيار الإدارة لمن تتعاقد معه، وحتى لا تفرض عليها الظروف اختيار من ليس أهلاً لذلك، غير أن ذلك يحصل في بعض الأحيان بعد أن تقوم الإدارة بإبلاغ المناقص إحالة المناقصة عليه وضرورة حضوره لإكمال باقي إجراءات التعاقد من دفع التأمينات النهائية أو توقيع العقد أن ينكل المناقص عن ذلك، ما يسبب ضرراً للإدارة، وزيادة عن ذلك، فإن المتعاقد مع الإدارة قد تتغير شخصيته القانونية ما يحدث خلافاً وإرباكاً في تنفيذ العقد، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن نكول المناقص، وأما الفرع الثاني فسنخصصه للحديث عن زوال الشخصية القانونية للمناقص الفائز.

الفرع الأول

نكول المناقص

إن الغاية التي ابتغاها المشرع من إلزام الإدارة بضرورة تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة بعد صدوره يتمثل بإحاطته علماً باختياره شريكاً للإدارة في تنفيذ العقد، ما يستوجب حضوره لدى الجهة الإدارية لإكمال باقي إجراءات التعاقد، لكن قد يحصل في بعض الأحيان أن ينكل المناقص عن اكمال هذه الإجراءات بعد تبليغه بقرار الإحالة، فما هو المقصود بالنكول؟ وكيف تعاملت التشريعات مع نكول المناقص وامتناعه عن توقيع العقد بعد أن تمت إحالة المناقصة عليه؟ وهل هناك جزاءات يمكن أن تفرض عليه نتيجة لإخلاله بما تفرضه عليه التشريعات من التزامات وما تكبدته الإدارة من عناء حتى توصلت إلى اختيار هذا المناقص؟ وللإجابة عما تقدم سنقسم دراسة هذا الفرع إلى بندين وكما يلي:

أولاً

مفهوم النكول

يعرف النكول بأنه (انتهاك المتعاقد لالتزامه بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار مصادقة إحالة المناقصة وتبليغه به)^(١)، وعرفه آخر بأنه (إخلال صاحب العطاء أو العرض الفائز بما يلزمه به القانون بالبقاء على إيجابه وإتمام إجراءات التعاقد عن طريق المناقصات والمزايدات الحكومية بعد قبول عطاءه من السلطة المختصة وتبليغه به، الأمر الذي يترتب عليه جزاءات تفرض من قبل الإدارة)^(٢)، ويمكن أن نعرف النكول بأنه (امتناع المناقص الفائز بدون عذر مشروع عن إتمام باقي إجراءات التعاقد بعد تبليغه بقرار الإحالة مما يجعله عرضة للجزاءات التي تفرضها الجهة الإدارية المتعاقدة).

(١) د. علي أحمد حسن اللهيبي، نكول من أحييت عليه المناقصة العامة عن إتمام إجراءات التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٤، العدد ٢٣، ٢٠١٤، ص ٩.

(٢) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ٤٥.

ومن خلال تحليل التعاريف السابقة يتضح أن النكول في المناقصات العامة لكي يتحقق لابد من تحقق الشروط الآتية:

أولاً: امتناع صاحب العطاء الفائز عن اتمام عملية التعاقد، فالامتناع عن اتمام التعاقد في المناقصات يتمثل في امتناع المتعاقد عن دفع التأمينات النهائية، أو عن توقيع العقد، بعد ابلاغه باعتماد قرار الإحالة^(١)، وبضيف الباحث إن امتناع المناقص الفائز عن إتمام إجراءات التعاقد يجب أن يكون لعذر غير مشروع حتى يتحقق النكول، أما إذا كان العذر مشروعاً أو مقبول قانوناً فلا يقبل عدلاً أن يسمى ناكلاً، ومن ثم يخضع للجزاءات التي يخضع لها المناقص الناكل.

ثانياً: صدور قرار المصادقة على الإحالة من السلطة المختصة قانوناً^(٢).

ثالثاً: إن يقع النكول من قبل المتعاقد مع الإدارة، وخلاف ذلك غير صحيح^(٣)، ويرى الباحث فيما يتعلق بهذه الفقرة إن النكول عن إتمام إجراءات التعاقدات لا يقتصر على المناقص فقط، بل يمكن أن يطال الجهة الإدارية أيضاً، فقد يرد في بعض الأحيان أن تمتنع الإدارة عن اكمال إجراءات التعاقد لأسباب تعسفية كإلغائها للمناقصة، الأمر الذي تكون ملزمة معه بتعويض المناقص ما أصابه من ضرر، وهذا ما يحصل كثيراً في الواقع العملي، إذ تمتنع الإدارة عن التعاقد بعد المصادقة على الإحالة وتبلغ المناقص به^(٤).

رابعاً: مضي المدة المحددة قانوناً لإكمال إجراءات التعاقد، إذ يشترط لتحقيق النكول أن تمضي المدة المحددة لصاحب العطاء الفائز التي حددها القانون لغرض اتمام عملية التعاقد^(٥).

أما بشأن موقف تشريعات الدول محل المقارنة من موضوع النكول، فلم يتطرق التشريع الفرنسي في المرسوم رقم (٣٦٠) لسنة ٢٠١٦ (الملغى) بأي من نصوصه إلى نكول العارض، وأكد على أن جميع الشروط التي يجب مراعاتها تحدد في وثائق الاستشارة، فهذه الأخيرة هي التي تبين بالتفصيل إجراءات العقد،

(١) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٢) د. علي أحمد حسن اللهيبي، مصدر سابق، ص ٩.

(٣) د. علي أحمد حسن اللهيبي، مصدر سابق، ص ٩.

(٤) مقابلة شخصية أجريت مع مسؤول شعبة العقود في ديوان محافظة ميسان في ١٥/٩/٢٠٢٢.

(٥) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ٤٧.

وتوضح ما إذا كان يمكن للمنافس الفائز التخلي عنها أم لا^(١)، والأمر ذاته فيما يتعلق بقانون النظام العام لسنة ٢٠١٩، إذ لم يتطرق إلى موضوع نكول المنافس الفائز بعد تبليغه بقرار الإرساء.

ومع ذلك فإنه في الواقع بمجرد تبليغ إرساء العقد إلى الفائز به، فلا يمكنه التنازل عنه، لأنه بعد تبليغ العقد لا يمكن التخلي عنه من جانب واحد، غير أنه يمكن للمنافس الفائز بعد إخطاره أن يطلب من السلطة المتعاقدة فسخ العقد، ولهذه الأخيرة اختصاص تقديري في تقرير قبول أو رفض الطلب، وفي حالة الرفض يجوز له اللجوء إلى القاضي الإداري^(٢).

أما في مصر، فقد نص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة ٢٠١٨ على إلزام صاحب العطاء الفائز أن يقدم التأمين النهائي في المدة المحددة، وهي عشرة أيام عمل إذا كان المتعاقد داخل مصر، أما إذا كان خارج مصر فإن مدة تقديم التأمين النهائي تكون عشرين يوم عمل^(٣)، وإلا جاز للجهة الإدارية إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة صاحب العطاء الذي يليه حسب الترتيب، وفي جميع الأحوال يصبح التأمين المؤقت حقا للجهة الإدارية^(٤).

أما في الكويت، فإن قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ عدّ المناقص الفائز منسحباً من المناقصة إذا لم يقدم التأمين النهائي خلال شهر من تأريخ إخطاره^(٥).

وفي المقابل فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ في العراق نصت على عد المناقص ناكلاً عند (امتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وبعد إنذاره رسمياً بتوقيع العقد خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تأريخ إنذاره ومن دون عذر مشروع قانوناً)^(٦)، فيما نصت الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية (على المناقص الفائز المبلغ رسمياً بالإحالة توقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) أربعة

(١) بيو خلاف، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

(٢) <https://blogao.libel.fr/peutonrenonceraunmarchepublic/> ، تأريخ الزيارة، ٢٨/٩/٢٠٢٢.

(٣) المادة (٤٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٤) المادة (٤١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٥) المادة (٦٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٦) المادة (١٠/أولاً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

عشر يوم عمل من تأريخ التبليغ بالإحالة، مع مراعاة أحكام المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة^(١).

ويلاحظ أن التشريع العراقي جعل المدة اللازمة لعد المناقص ناكلاً طويلة جداً، فهي تصل إلى (٢٩) تسع وعشرون يوماً، الأمر الذي يؤدي إلى اهدار الوقت، فضلاً عن كسب المناقص وقتاً طويلاً إذا ما نكل بعد ذلك^(٢)، ويرى الباحث إن مدة توقيع العقد هي أكثر من ذلك، بحسبان أن التعليمات منعت الجهة الإدارية من التعاقد إلا بعد حسم الاعتراضات، إذ نصت على (على جهة التعاقد عدم توقيع العقد لحين حسم الاعتراضات من رئيس جهة التعاقد وفق ما منصوص عليه في هذه المادة)^(٣)، علماً أن المدد اللازمة لحسم الاعتراضات وفقاً لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية هي سبعة أيام من تأريخ التبليغ بقرار الإحالة^(٤)، وأربعة عشر يوماً حتى تقدم اللجنة المختصة بنظر الاعتراض توصياتها به^(٥)، وسبعة أيام لرئيس جهة التعاقد للبت في توصية اللجنة^(٦)، وفي حال انتهاء المدد السابقة ولم يتم توقيع العقد يتم انذار المتعاقد بتوقيع العقد خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تأريخ انذاره^(٧)، عندها يصل مجموع المدد السابقة إلى (٤٢) يوماً وليس (٢٩) يوماً.

وحتى يتحقق النكول لابد من تحقق حالاته، وقد تباينت تشريعات الدول محل المقارنة بشأنها، ففي مصر لم نجد عبر مراجعتنا لنصوص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ أية إشارة إلى موضوع نكول المناقص الفائز عن توقيع العقد، سوى ما جاء في حالة الامتناع عن دفع التأمين النهائي، إذ نص على (إذا

(١) البند السادس عشر من الضوابط رقم (٣) الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية.

(٢) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) المادة (٧/ خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤) (تقديم الاعتراض خلال (٧) سبعة أيام عمل من تأريخ التبليغ بكتاب الإحالة)، ينظر المادة (٧/ ثانياً/ أ)، (ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٥) (على اللجنة تقديم التوصية بموضوع الاعتراض وأسبابه خلال مدة لا تزيد على (١٤) أربعة عشر يوماً عمل من تأريخ ايداع الاعتراض لديها)، ينظر المادة (٧/ ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٦) (على رئيس جهة التعاقد أو من يخوله البت بالتوصية خلال (٧) سبعة أيام عمل من تأريخ ايداع التوصية في مكتبة...)، المادة (٧/ رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٧) (بعد المناقص ناكلاً عند تحقق الحالات الآتية: ١- امتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وبعد إنذاره رسمياً بتوقيع العقد خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تأريخ انذاره ومن دون عذر مشروع قانوناً)، ينظر المادة (١٠/ أولاً/ أ) من التعليمات نفسها.

لم يقدّم صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية... إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حق الجهة الإدارية...^(١)، ويفهم من النص أن المشرع المصري جعل النكول يقتصر تحققه على حالة واحدة، وهي عدم سداد المناقص الفائز للتأمين النهائي خلال المدة المحددة، بينما لم يحدد المشرع فيما إذا كان الامتناع عائداً إلى عذر مشروع أو غير مشروع، ففي كلا الحالتين يكون ملزماً بالجزاءات الواردة في النص هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن النص لم يتطرق إلى مسألة نكول المناقص بعد دفع التأمين النهائي وقبل توقيع العقد، ما يكون معها تحقق النكول أمراً واردة منطقاً، بحسبان أن العقد يجب أن يحرر خلال خمسة عشر يوماً^(٢).

وأما في الكويت، فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (إذا تخلف المناقص الفائز عن توقيع العقد في الميعاد المحدد له أو عن تقديم التأمين النهائي أو انسحب لأي سبب آخر في أي مرحلة من مراحل المناقصة خسر تأمينه الأولي فضلاً عن توقيع أي جزء آخر يفرضه المجلس وفقاً لأحكام هذا القانون)، من خلال النص يتضح للباحث إن المشرع الكويتي حدد حالتين للانسحاب أو النكول وهما: عدم توقيع العقد، وعدم دفع التأمين النهائي، وترك ما عداها من الحالات المحققة للانسحاب للجهات المختصة بحسب الظروف وذلك بتعبير النص _أو انسحب لأي سبب آخر_ فقد يكون الانسحاب غير عائد للحالتين المذكورتين، وبهذا النص يكون المشرع الكويتي قد خالف للمشرع المصري الذي قصر تحقق النكول على حالة عدم دفع التأمين النهائي.

ومقارنة مع التشريع العراقي فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على حالات تحقق النكول بنصها (يعد المناقص الفائز ناكلاً عند تحقق الحالات الآتية:

١- امتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الإحالة وبعد انذاره رسمياً بتوقيع العقد خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تأريخ انذاره ومن دون عذر مشروع قانوناً.

٢- عند تقديمه لبيانات غير حقيقية وبطرق غير مشروعة ومخالفة لشروط المناقصة.

(١) المادة (٤١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) (وتلتزم السلطة المختصة خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تأريخ سداد التأمين النهائي بتوقيع العقد مع المتعاقد...)، ينظر المادة (٨٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

٣- عدم تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ^(١).

ويلاحظ الباحث على هذا النص إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لم تراعى التسلسل الزمني أو الواقعي لوقوع حالات تحقق النكول، فيفترض أن يكون أولى هذه الحالات تقديم البيانات غير الحقيقية والمخالفة لشروط المناقصة، ومن ثم الامتناع عن دفع خطاب ضمان حسن التنفيذ (التأمينات النهائية)، وأخيراً الامتناع عن توقيع العقد.

كما يظهر أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق قد نظمت النكول بصورة أكثر دقة وتفصيل من المشرعين المصري والكويتي، لكنها كانت مقارنة أكثر للمشرع الكويتي منه إلى المشرع المصري من حيث حالات تحقق النكول واشتراط العذر غير المشروع لتحقيقه.

ثانياً

الجزاءات المفروضة على المناقص الناكل

بعد أن اتضح فيما سبق ذكره حالات تحقق النكول، لابد من التطرق إلى الجزاءات المفروضة على المناقص الناكل عند تحقق إحدى هذه الحالات، إذ أن نكول المناقص الفائز عن استكمال الإجراءات القانونية للتعاقد يجعله عرضة إلى توقيع جملة من الجزاءات القانونية من قبل الإدارة، وهناك ثلاثة أنواع من الجزاءات يمكن إيقاعها على المناقص نتيجة النكول، وتتمثل بمصادرة التأمينات، والإحالة على المناقص الآخر، ووضع الناكل على القائمة السوداء، وهي كالاتي:

أولاً/ مصادرة التأمينات الأولية: تعرف مصادرة التأمينات الأولية بأنها (جزاء يفرض على مقدم العطاء الذي يخل بالتزامه من ناحية ارتباطه بعهائه حتى نهاية إجراءات المناقصة وصدر قرار الإرساء)^(٢)، وسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها نتيجة إخلاله بالتزاماته تفرضها دواعي المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام، وإن لم تنص عليه شروط المناقصة كونها تستند إلى فكرة السلطة العامة^(٣)،

(١) المادة (١٠/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٢) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، مصدر سابق، ص ٢٧٣. وفي ذات المعنى د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢، ص ٢١٣.

(٣) بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٥١.

ونرى أن مسوغ مصادرة التأمين المؤقت يعود إلى أن الأخير يدفع لضمان جدية المناقص في الاشتراك في المناقصة والاستمرار في إجراءاتها حتى تمامها بلحظة توقيع العقد، وطالما انتفت غايته فقد أصبح حقا للجهة الإدارية.

وقد نصت تشريعات الدول المقارنة على هذا الجزاء، ففي مصر نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على (إذا لم يقر صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية... إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حق الجهة الإدارية...)^(١).

وفي الكويت، فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على مصادرة التأمين المؤقت أيضا، إذ جاء فيه (إذا تخلف المناقص الفائز عن توقيع العقد في الميعاد المحدد له أو عن تقديم التأمين النهائي أو انسحب لأي سبب آخر في أي مرحلة من مراحل المناقصة خسر تأمينه الأولي فضلا عن توقيع أي جزء آخر يفرضه المجلس وفقا لأحكام هذا القانون)^(٢)، ويلاحظ أن الجزاء لم يقتصر على خسران التأمين المؤقت فقط، بل منح المشرع مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة اختصاص إضافة أي جزء آخر يراه ملائما، جمعا مع جزاء خسران التأمين المؤقت.

وتماشيا مع ذلك، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لسنة ٢٠١٤ على (في حالة نكول المناقص تتخذ الإجراءات الآتية: ١ - مصادرة التأمينات الأولية الخاصة بالمناقص الناكل)^(٣).

وسلطة الإدارة في مصادرة التأمين الأولي هي سلطة مقيدة بنصوص القانون التي توجب عليها مصادرة تأمينات الناكل عند أخلاقه بالتزامه القانوني المتمثل بإكمال إجراءات التعاقد، ومن ثم فإن مصادرة التأمين الأولي هو جزاء يتميز بعدة بخصائص أهمها:

١- إن للإدارة الحق في مصادرة التأمين الأولي عند تحقق حالة من حالات المصادرة حتى وإن لم تنص عليه شروط المناقصة^(١).

(١) المادة (٤١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة (٦٦) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) المادة (١٠) /أولا/ ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

٢- تفرض الإدارة جزاء مصادرة التأمينات الأولية بنفسها من دون الحاجة إلى حكم قضائي عند نكول المناقص، كما لها الحق في اقتضاء حقها من مستحقات الناكّل عن عقود سابقة لدى الجهة الإدارية^(٢).

٣- إن مصادرة التأمين الأولي لا يتطلب من الإدارة اثبات إن ضرراً ما لحقها جراء النكول أو الانسحاب فالضرر مفترض^(٣).

ويذهب اتجاه أنه كان الأولى بالتعليمات النص على مصادرة التأمين النهائي في حالة نكول المتعاقد عن توقيع العقد، وليس التأمين الأولي، على أساس أن هذا الأخير يتحول إلى تأمين نهائي بعد صدور قرار إرساء المناقصة، كما أن سلطة الإدارة في مصادرة التأمين الأولي سلطة مقيدة، إذ تلتزم بمصادرة التأمين لمجرد حدوث النكول ولا تملك سلطة إعفاء المناقصة منه^(٤).

لكن في ضوء ما تقدم يمكن أن نسأل هل يمكن مصادرة التأمين النهائي فيما لو حصل النكول بعد دفعه وقبل توقيع العقد؟

لم يتطرق المشرع المصري إلى حكم هذه المسألة لا في قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨، ولا في لائحته التنفيذية لسنة ٢٠١٩، بينما ذكر المشرع الكويتي في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ حكم هذه الحالة، إذ نص على (... فإذا لم يتقدم في هذا الميعاد لتوقيع العقد بدون أسباب مقبولة اعتبر منسحباً مع خسارته التأمين النهائي مالم تقرر الجهة صاحبة الشأن تجديد المهلة لمدة مماثلة إذا كان التأخير من قبلها أو لأسباب مقبولة)^(٥).

(١) سحر جبار يعقوب، الجزاءات المالية في العقد الإداري، بحث منشور على الموقع الإلكتروني،

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=63067> تأريخ الزيارة ٢٠٢٢/٧/٥.

(٢) د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، ط١، المكتبة الجامعية، ليبيا، ٢٠١٩، ص ٣٠٩. وأيضاً د. رفيق

يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ط١، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩، ص ٥٤-٥٥.

(٣) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢١٦.

(٤) د. علي أحمد حسن اللهبي، مصدر سابق، ص ١٦.

(٥) المادة (٦٨) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

ومن ثم فإن المشرع الكويتي حدد نوعين من الجزاءات تجاه من ينسحب عن المناقصة، الأول هو خسران التأمين الأولي في حالة الامتناع عن دفع التأمين النهائي، أو الامتناع عن توقيع العقد، أو أي سبب آخر، كما جاء في نص المادة (٦٦) من قانون المناقصات العامة^(١)، والنوع الثاني هو خسران التأمين النهائي في حالة الامتناع عن توقيع العقد، وبهذا يكون الامتناع عن توقيع العقد قد تكرر في النصين المذكورين، فهل نفهم من ذلك أن من يمتنع عن توقيع العقد سيكون معرضاً لخسران التأمين الأولي والنهائي؟ بدلالة النصين تكون الإجابة نعم، فمن يمتنع عن توقيع العقد سيكون معرضاً لخسران التأمينين الأولي والنهائي، لأن النص التشريعي المتمثل بالمادة (٦٦) أجاز الجمع بين الجزاءات من خلال العبارة الآتية (فضلاً عن توقيع أي جزاء آخر يفرضه المجلس وفقاً لأحكام هذا القانون)، ومن زاوية أخرى يتضح أن المشرع الكويتي أخذ بالحسبان المسوغات التي تدفع المناقص الفائز إلى عدم توقيع العقد، فإن كانت مقبولة انتفى الجزاء ويمنح مهلة إضافية.

وفي العراق، يرى الباحث أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ نصت على مصادرة التأمينات الأولية فقط دون التأمينات النهائية ولجميع حالات النكول، وعليه لا يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة في حالة نكول المناقص أن تصدر التأمينات النهائية حتى في حالة حصول النكول بعد دفعها وقبل توقيع العقد، لسببين: الأول عدم النص على ذلك، والثاني هو أن المناقص الناكل سيتحمل فرق البدلين نتيجة لإحالة المناقصة على مناقص آخر وهو جزاء مالي آخر سيتحمله.

ثانياً/ الإحالة على المناقص الآخر: فضلاً عن مصادرة التأمينات الأولية المودعة لدى جهة الإدارة، نصت بعض التشريعات على هذا الجزاء، فقد نص قانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٨ على جزاء الإحالة على المناقص الآخر، عبر منح الجهة الإدارية سلطة تنفيذ العقد بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالي لصاحب العطاء الناكل، وجاء فيه (إذا لم يقوم صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية... إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها...)^(٢)، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في إحدى أحكامها الصادرة سنة ٢٠٠١

(١) (إذا تخلف المناقص الفائز عن توقيع العقد في الميعاد المحدد له أو عن تقديم التأمين النهائي أو انسحب لأي سبب آخر في أي مرحلة من مراحل المناقصة خسر تأمينه الأولي فضلاً عن توقيع أي جزاء آخر يفرضه المجلس وفقاً لأحكام هذا القانون).

(٢) المادة (٤١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

والتي تتلخص وقائعه في أن الوحدة المحلية لمركز ومدينة جرجا أعلنت عن مناقصة محلية عن عملية اصلاح شامل لسيارة الكسح، وقد تقدمت الطاعنة بعطائها الذي تضمن أن مدة الارتباط بالعرض أسبوعين، وأخطرت جهة الإدارة المدعية بقبول عطائها وطلبت منها إيداع التأمين النهائي، إلا أنها امتنعت عن ذلك بحجة تحللها من التزامها، لأن الاخطار جاء بعد انتهاء مدة الارتباط بالعرض، فقامت الجهة الإدارية بإسناد المناقصة إلى صاحب العطاء التالي مع تحميل المدعية فرق السعر، فقضت المحكمة الإدارية العليا برد دعوى المدعية إذ لا أساس لها من القانون، لأن المدعية لم تتقدم بطلب سحب التأمين المؤقت، ومن ثم فإنها تعد قابلة استمرار الارتباط بعطائها، ونظرا لورود إخطار الجهة الإدارية بإرساء المناقصة عليها يكون قد اتصل علمها بقبول تلك الجهة الايجاب المقدم منها، على نحو يكون معه العقد قد انعقد بين الطرفين بما يرتبه من حقوق والتزامات متبادلة^(١).

وفي الكويت فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على جزاء الإحالة أيضا، إذ جاء فيه (في حالة انسحاب المناقص الفائز ينظر الجهاز... في إلغاء المناقصة أو إعادة طرحها أو إمكان إرسائها على المناقص التالي سعرا...)^(٢).

أما في العراق، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على (في حالة نكول المناقص تتخذ الإجراءات الآتية: ٢_ إحالة المناقصة على المرشح الثاني، ويتحمل المناقص الناقل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد. ٣_ في حالة نكول في حالة نكول المرشح الأول والثاني فلجهة التعاقد إحالة المناقصة على المناقص الثالث ويتحمل كل من الناقلين الأول والثاني فرق البدلين وحسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما ومصادرة التأمينات الاولية للمرشحين الأول والثاني. ٤_ في حالة نكول المرشح الثالث يتم مصادرة التأمينات الاولية له ويتم إعادة الإعلان عن المناقصة، ويتحمل المناقصون الناقلون الثلاثة فرق البدلين وكل بحسب سعره المقدم مع مصادرة التأمينات الاولية للمنافسين الثلاثة الناقلين)^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٣٨٩٤) سنة ٤٤ قضائية، في ٢٧/٣/٢٠٠١، موقع المطابع الاميرية.

(٢) المادة (٨٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) الفقرة (ب) من البند (اولا) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. وذهب البعض إلى أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية مخالفة للواقع، إذ نصت على (ويتحمل المناقص الناقل فرق البدلين الناتج عن تنفيذ العقد) في حين إن ما يتحمله المناقص الناقل هو تضمينه الفرق بين قيمة ما قدمه من عطاء مع قيمة عطاء المرشح الثاني له بالترتيب، في الوقت الذي تشير فيه عبارات النص إلى التنفيذ على حساب المناقص الناقل الذي هو من الجزاءات التي

وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية آنذاك في أحد أحكامها سنة ١٩٧٤ بالقول (...إذا نكل المفاوض عن تنفيذ العقد وأحيل العقد ذاته إلى مفاوض آخر فيتحمل المفاوض الناكل فرق الزيادة تنفيذا للعقد وبحكم القانون...)^(١).

ومن ثم فإن الإحالة على المناقص الآخر وتحمل المناقص الناكل فرق البدلين يؤدي إلى ضمان حصول الإدارة على ذات السعر الذي عرضه قبل نكوله عن طريق تضمينه الفرق بين السعر الذي عرضه وبين ما تم التعاقد به مع مناقص^(٢).

ثالثاً/ الإدراج في القائمة السوداء^(٣): ويسمى في مصر بـ (شطب المتعاقد من سجل المتعاقدين) ويشطب المتعاقد في حالة استعماله الغش في تعامله مع الإدارة أو عند حصوله على العقد أو إذا تبين وجود تواطؤ أو احتيال أو احتكار، ولا يشطب اسم المتعاقد إلا بعد أخذ رأي إدارة الفتوى بمجلس الدولة، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات^(٤)، وفي الكويت يطلق عليه الحذف من السجل والحرمان من الاشتراك، كما جاء في المادة (٨٥) من قانون

تفرض على المتعاقد في مرحلة التنفيذ، وهو ما لا يمكن التسليم به، على عكس الفقرتين من المادة نفسها التي نصت على أن التضمين يكون حصيلة الفرق بين المبالغ الخاصة بالترشيح لهما، وهي بلا أدنى شك تعني قيمة عطاءاتهما، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تعديل هذه الفقرة لتكون كالآتي (إحالة المناقصة على المرشح الثاني، ويتحمل المناقص الناكل فرق البدلين الناجم عن عطاءاتهما). ينظر عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(١) حكم رقم ٧٣/١٣/٥٢٣ و ٧٤/١/٢١٥ م في ١٣/٥/١٩٧٤ ينظر خليل إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، منشورات وزارة العدل / بغداد، ١٩٨٨، ص ٦٤٨.

(٢) عماد محمد شاطي هندي، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٣) تعرف القائمة السوداء بأنها (تلك القائمة الخاصة بإدراج ورفع المتعاقدين العراقيين من المقاولين وشركات المقاولات عند إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية وتكون إجراءات الإدراج والرفع في تلك القائمة وفقت التعليمات والضوابط المنظمة له). ينظر د. كلاويش مصطفى إبراهيم الزلمي ومحمد كاك الله سمايل، دور الرقابة الإدارية في تفعيل القائمة السوداء، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٦، ص ٨٥.

(٤) (يجب فسخ العقد في الحالات الآتية: ١- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد. ٢- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار. ٣- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر... ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائياً، ويشطب اسم المتعاقد في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (٢، ١) من سجل المتعاملين بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة...)، المادة (٥٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦^(١)، أما في العراق، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط المتعلقة بآلية تعليق وإدراج ورفع المناقصين أو المتعاقدين في القائمة السوداء، على حالات الإدراج في القائمة السوداء من بينها حالة (الامتناع عن توقيع صيغة العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة ومن دون عذر مشروع بقصد الإضرار بالمصلحة العامة)^(٢)، وعليه فإن الإدراج في القائمة السوداء يدخل ضمن قائمة الجزاءات التي يتعرض لها المناقص الفائز الممتنع عن توقيع العقد، ويترتب على قرار إدراج المناقص في القائمة السوداء أن تلغى قرارات الإحالة الصادرة للمناقص الفائز عند صدور قرار الإدراج فيها^(٣).

الفرع الثاني

زوال الشخصية القانونية للمناقص الفائز

سبق أن أوضحنا أن فكرة الاعتبار الشخصي ذات أهمية كبيرة، سواء في مرحلة إبرام العقد أم تنفيذه، ولكن قد تطرأ على المتعاقد مع الإدارة بعض المتغيرات التي تكون ذات تأثير على قدرة المتعاقد في تنفيذه للعقد، إذ من شأن هذه الظروف الإخلال بشخصية المتعاقد التي كانت محلاً للاعتبار من جانب الإدارة عند قيامها بإبرام العقد معه^(٤)، فهناك مجموعة من الحالات التي تؤدي إلى زوال الشخصية القانونية للمتعاقد، من بينها حالة وفاة المتعاقد إذا كان شخصاً طبيعياً أو انتهاء شخصيته المعنوية إذا كان شخصاً معنوياً.

إلا أننا بصدد البحث عن حدوث حالة زوال الشخصية القانونية للمناقص تحديداً بعد تبليغه بقرار الإحالة وقبل توقيع العقد، فما هو الحكم القانوني لمثل هذه الحالة، إذ يحصل في كثير من الأحيان أن تنتهي شخصية المناقص الفائز في مثل هذا الوقت الحرج، فكيف عالجت تشريعات الدول محل المقارنة مثل هذا الظرف الطارئ؟

(١) (الجزاءات التي يوقعها المجلس على المقاولين والموردين أو متعهدي الخدمات هي: جـ_ الحذف من السجل والحرمان من الاشتراك لمدة لا تتجاوز (٥) خمسة سنوات أو الحذف من السجل بصفة دائمة).

(٢) البند (ثانياً) من ضوابط رقم (٢٠) آلية تعليق وإدراج ورفع المناقنين أو المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية مع الجهات التعاقدية الحكومية في القائمة السوداء - الصادرة عن وزارة التخطيط.

(٣) البند (سابعا/ ٦) من ضوابط رقم (٢٠).

(٤) د. عبد العليم عبد المجيد، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٥٤.

لم نجد عبر رجوعنا إلى قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ نصا صريحا يعالج حكم انتهاء الشخصية القانونية للمنافس الفائز بعد تبليغه بقرار الإرساء وقبل إبرام العقد، والأمر ذاته فيما يتعلق بموقف قانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٨، ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠١٩، لكن يظهر لنا من خلال الرجوع إلى قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ أنه أوجب على إدارة التعاقدات إخطار المناقصين المتنافسين بنتائج المناقصة، إذ جاء فيه (على إدارة التعاقدات إخطار مقدمي العطاءات بنتائج قرارات اللجان بالقبول أو الاستبعاد أو الإلغاء فور اعتماد السلطة المختصة لها... ويكون لهم حق التقدم بشكواهم كتابة خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطارهم بالقرار ويخطر صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه خلال مدة لا تتجاوز يومين بعد انقضاء السبعة أيام...)^(١)، ويترتب على إخطار المناقص الفائز بتبدل مركزه القانوني من مناقص إلى متعاقد من جهة، والانتقال من مرحلة إبرام العقد إلى مرحلة تنفيذه من جهة أخرى، خصوصا وأن القضاء الإداري المصري استقر على انعقاد العقد الإداري بمجرد حصول واقعة العلم بالقبول من الموجب، فينطبق على انتهاء الشخصية القانونية للمنافس المبلغ بقرار الإرساء حكم وفاة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، نظرا لاتحاد المركز القانوني، فهو متعاقد سواء حصلت واقعة انتهاء الشخصية القانونية قبل توقيع العقد أم بعده، ومن ثم يحق للجهة الإدارية إنهاء العقد ورد التأمين النهائي، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد، وهو ما نص عليه قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨، إذ جاء فيه (في حالة وفاة المتعاقد أثناء التنفيذ يحق للجهة الإدارية إنهاء العقد ورد التأمين النهائي للورثة ما لم يكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح لهم بالاستمرار في تنفيذ العقد...)^(٢).

(١) المادة (٣٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٢) نص المادة (٥٠) من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل. ويستفاد من هذا النص أن وفاة المتعاقد لا تؤدي بذاتها لإنهاء العقد بقوة القانون، بل يخول الجهة الإدارية بين إنهاء العقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد، فإذا اختارت إنهاء العقد توجب عليها إعادة التأمين النهائي لهم، ما لم تكن لديها مطالبات قبل المتوفى، لكن إجازة استمرار الورثة في تنفيذ العقد خلفا للمتعاقد الأصلي مقيدة بشروط نصت عليها المادة (١٠٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات (... وتشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة لحصر الأعمال المنجزة وتكلفتها وتحديد المبالغ المنصرفة حتى تأريخ الوفاة والمبالغ المتبقية له والأعمال المتبقية في العقد ويدعى لحضور أعمال اللجنة ممثل عن ورثة المتوفى ويجوز السماح للورثة أو ممثلهم حال تقديمه طلب بذلك وتوافر المقدرة الفنية أو المالية للاستمرار في تنفيذ العقد بالشروط والمواصفات المحددة به شريطة أن يعينوا عنهم وكلاء خلال فترة لا تتجاوز شهرا من تأريخ الوفاة لإتمام الجزء غير المنفذ من العقد وفي حالة عدم مقدرتهم أو عدم رغبتهم في إتمام العقد يتم محاسبتهم وتنفيذ الجزء المتبقي عن طريق طرح عملية أخرى).

وهناك من يعترض على خلافة الورثة للمتعاقد، إذ يرى إن فرضية قدرة الورثة على إتمام عملية التعاقد بعد موت مورثهم صاحب العطاء الفائز لا يقوم على أساس من الواقع، لأن صلاحيتهم في أداء تلك الاعمال لربما يحتاج إلى كفاءة وخبرة كافيتين، ولأن الورثة لم يعودوا كما في الأزمان السابقة يقتفون حرفة مورثهم، لذلك لكي لا تتعطل المرافق العامة، نتيجة عدم رغبة ورثة صاحب العطاء المتوفى في استكمال التصرف الذي أقدم عليه مورثهم صاحب العطاء، أو بسبب عدم امتهان الورثة لحرفته، وتجنباً للإطالة في الإجراءات التي ينتج عن تطبيقها ضياع للوقت وتقويت الفرصة في الانتفاع من إبرام العقد الإداري، أن ينص في القانون على عدم إبرام العقد الإداري مع صاحب العطاء (الشخص الطبيعي) الذي توفي بعد صدور قرار الإحالة عليه لإبرام العقد الإداري، إلا إذا عرض الورثة استعدادهم للمضي في تنفيذ العقد، وكانت تتوفر فيهم الضمانات الكافية وعلى أساس الأجر أو السعر المتفق عليه سابقاً، ومن ثم ستكون الجهة الإدارية ملزمة بإبرام العقد مع الورثة بالرغم من ذلك، ومن ثم ستكون مسيئة في استعمال حقها في عدم التعاقد معهم، وتلزم الإدارة في هذه الحالة بتعويض الورثة عما يفوتهم من كسب^(١).

وما دام الحديث عن المشرع المصري، فإننا نتساءل عن حكم انتهاء شخصية المتعاقد بعد دفع التأمين النهائي وقبل توقيع العقد، خصوصاً أن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ نصت على ضرورة توقيع العقد خلال خمسة عشر يوماً بعد دفع التأمين النهائي^(٢)؟

ويرى الباحث إن حكم هذا الفرض لا يختلف عن الحكم الذي سقناه قبل قليل، ففي حال حصول الوفاة قبل دفع التأمين النهائي، أو بعده وقبل توقيع العقد، بكلتا الحالتين ينطبق على وفاته حكم وفاته أثناء تنفيذ العقد ما دام العقد الإداري ينعقد باتصال القبول بعلم من وجه إليه.

أما في الكويت، يكاد الحكم مختلف عما عليه الحال في مصر، لأن قانون المناقصات العامة الكويتي لسنة ٢٠١٦ لم يعد المناقص الفائز متعاقداً إلا من تأريخ توقيع العقد، إذ نص على (... ولا يعتبر المناقص الفائز متعاقداً إلا من تأريخ التوقيع على العقد)^(١).

(١) محمد عبود ناجي البهالي، مصدر سابق، ص ١٦٤.

(٢) (...وتلتزم السلطة المختصة خلال مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً من تأريخ سداد التأمين النهائي بتوقيع العقد مع المتعاقد...)، المادة (٨٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تيرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

والأمر ذاته في العراق، فقد سائر المشرع العراقي موقف التشريعات السابقة بعدم تضمين النصوص المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية نصاً صريحاً يبين حكم انتهاء شخصية المتعاقد بعد التبليغ بقرار الإحالة وقبل توقيع العقد، إذ لم نجد عبر بحثنا في النصوص المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية سواء في أمر سلطة الائتلاف (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤، أم في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤، أم ضوابط وزارة التخطيط، نصاً يبين حكم هذه المسألة، وهذا ما قد يؤدي إلى الاضرار بمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وإطالة إجراءات إبرام التعاقد، واختلاف الحلول بين المؤسسات والجهات الإدارية تبعاً لاختلاف الاجتهادات في ظل هذا النقص التشريعي، وعلى الرغم من ذلك، فإن الواقع العملي يشير إلى قيام الجهات الحكومية بتوجيه إنذار إلى المتعاقد يدعى بموجبه إلى ضرورة الحضور أمام الجهة الإدارية لتوقيع العقد، بالمقابل يتم اشعار الإدارة بحصول الوفاة بعد توجيه الإنذار، ويبقى مصير التعاقد خاضعاً للسلطة التقديرية للجهة الإدارية طالبة التعاقد طالما لا يوجد نص يقيد بها^(٢).

ولا ننفي مع ما يجري عليه الواقع العملي في دوائر الدولة لمعالجة حالة انتهاء شخصية المتعاقد بعد إحالة المناقصة عليه وقبل توقيع العقد، لأن العقد الإداري في العراق لا ينعقد بمجرد المصادقة على الإحالة وإن كانت الأخير بمثابة القبول، بل بتبليغ المناقص بقرار الإحالة وتسليمه له رسمياً، وفقاً لما نصت عليه ضوابط وزارة التخطيط^(٣)، وبما أن واقعة زوال شخصية المتعاقد حالت دون تحقق شروط نفاذ قرار الإحالة لتعذر تبليغه واستلامه، عليه لا يكون قرار الإحالة نافذاً بحقه، وفي ظل انعدام المعالجات التشريعية لمثل هذه الحالة، نرى أن الحل يكمن في أن قرار الإحالة أصبح بموت المتعاقد أو زوال شخصيته منعداً لاستحالة تحقق محله، ما يوجب على اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة أن تعتمد إلى إحالة المناقصة على المناقص الذي يلي المناقص المتوفى، استناداً لاختصاصها بمراجعة إجراءات الإحالة والتعديل^(٤).

(١) المادة (٦٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٢) مقابلة شخصية أجريت مع مسؤول شعبة العقود في محافظة ميسان، تأريخ المقابلة ٢٠٢٢/٩/١٥.

(٣) (بعد قرار الإحالة نافذاً من تأريخ تبليغ المناقص الفائز به واستلامه رسمياً وعلى جهة التعاقد اشعار بقية المناقصين بذلك تحريراً) ينظر الفقرة (خامس عشر) من الضوابط نفسها.

(٤) (مراجعة إجراءات الإحالة والتعديل أو المصادقة أو عدم الاخذ بتوصيات لجان التحليل...)، ينظر المادة (٥/ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

ومما يتصل بالحالة السابقة حالة انحلال الشركة المتعاقدة قبل توقيع العقد، إذ يذهب أحد الفقهاء^(١) إلى القول بأن انحلال الشركة المتعاقدة يؤدي إلى إنهاء العقد، لأن الشركة هي شخص معنوي مجازي لا ورثة لها، بيد أن العقد لا ينتهي إلا بعد إتمام إجراءات الحل نهائياً، أما في فترة التصفية^(٢) فإن الشركة تبقى قائمة قانوناً، ومن ثم يكون لها الاستمرار في تنفيذ العقد، بل ليس للإدارة أن تستند إلى مجرد التصفية لإنهاء العقد، ويختلف الأمر إذا نص العقد على خلاف ذلك، مع الإشارة إلى أن الشركات على نوعين شركات أموال وشركات وأشخاص، ولكل منها أحكام خاصة تختلف عن الأخرى لا مجال لذكرها، لئلا نخرج عن موضوع البحث، لكن في حالة موت المدير المفوض فيمكن تعيين آخر محله خلال المدة اللازمة لتوقيع العقد بعد إنذار الجهة الإدارية له بضرورة الحضور لتوقيع العقد.

لكن ما حكم اشتراك أكثر من شخص في عطاء واحد، وانتهاء شخصية أحدهم بعد صدور قرار

الإحالة؟

للإجابة على ذلك نشير إلى أن قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ أجاز للكيانات أو الشركات المعنوية الرغبة في المنافسة الانطواء في مجموعة اقتصادية واحدة للمشاركة في إجراءات التعاقد كمرشح واحد أو صاحب عطاء وحيد^(٣)، ولم يجز تعديل هيكليتها بين تأريخ تقديم العطاء وتأريخ توقيع العقد إلا في حالة إذا ما ثبت أن أحد الشركاء لم يعد قادراً على أن يؤدي مهامه لأسباب خارجة عن إرادته، فإن لهذا التجمع أن يطلب من الجهة المتعاقدة السماح له بالاستمرار في المشاركة في إجراءات إبرام العقد، وكذلك الموافقة له -عند الاقتضاء- على أن يستبدل بهذا العضو واحداً أو أكثر من أعضاء إحدى المجموعات ذات الصلة، ليكون عضواً أو أعضاء جدد في التجمع، وعلى الجهة المتعاقدة أن تعلن رأيها في هذا المطلوب بعد

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٤٣.

(٢) تعرف التصفية بأنها (مجموعة من الإجراءات والعمليات التي تهدف إلى إنهاء أعمال الشركة تجاه كل من الشركاء والغير.

د. مصطفى كامل طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في شركات الأشخاص وشركات الأموال، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٢. وينظر أيضاً د. لطيف جبر كومان، الشركات التجارية، مكتبة السهنوري، بغداد، ط ١،

٢٠١٥، ص ٣٢٣.

(٣) المادة (١٩-٢١٤٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

فحص كفاءة أعضاء التجمع كافة بعد إعادة تشكيله، وذلك في إطار شروط المشاركة المحددة من قبلها لإسناد عقد الشراء العام^(١).

أما في مصر فقد أجاب عن ذلك قانون تنظيم التعاقدات المصري لسنة ٢٠١٨ بنصه (يحظر على مقدمي العطاءات التقدم بالذات أو بالشراكة مع الغير بأكثر من عطاء لعملية واحدة ما لم يكن المتقدم شريكا مع الغير بحصة لا تسمح له بالتأثير في اتخاذ قرار ذي صلة بالعطاء ويجب على الجهة الإدارية في حال مخالفة الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة استبعاد العطاءات المخالفة وأيلولة التأمين المؤقت إلى الجهة الإدارية أو فسخ العقد أو التنفيذ على الحساب وأيلولة التأمين النهائي وتحميل المتعاقد بأي خسارة تخلق بها إذا تبين لها مخالفة الحظر بعد التعاقد كما يجب على الجهات الإدارية إخطار جهاز المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بأي مخالفة لأحكام هذا القانون...)^(٢)، يظهر من النص أن المشرع المصري منع مقدمي العطاءات من التقدم بأكثر من عطاء سواء بالذات أم بالمشاركة مع الغير في عطاء واحد لعملية واحدة، إلا إذا كانت حصة الشريك لا تسمح له باتخاذ قرارات مؤثرة، وعليه فإن انتهاء شخصية الشريك بعد إحالة المناقصة عليه لا تؤثر على قرار الإرساء طالما أن وجوده ليس ذي اثر على العطاء، كونه شريك غير أساسي في العطاء هذا من جانب، ومن جانب آخر نلاحظ تشدد المشرع المصري بموجب النص أعلاه في تقرير جزاء مخالفة الحظر بالتقدم بأكثر من عطاء، حتى لو إبرام العقد، فضلا عنه أنه أوجب على الجهة الإدارية إيقاع أحد هذه الجزاءات، ولم يمنحها سلطة الجواز أو الخيار بين إلغاء العقد أو السماح لصاحب العطاء المخالف بالاستمرار في تنفيذ العقد مثلا، كما يجب على الجهة الإدارية أيضا إخطار جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، فقد يكون من شأن التقدم بأكثر من عطاء القيام ببعض الممارسات الاحتكالية، وغيرها من الأفعال التي من شأنها أن تنال من مبدأ التنافسية في المناقصات العامة.

أما في الكويت، فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٧ على (يتعين على المناقص أن لا يتقدم في مناقصة بأكثر من عطاء واحد، عدا العطاءات البديلة إذا سمحت المناقصة

(١) المادة (٢٦_٢١٤٢) من الجزء التنظيمي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (٣٣) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

بذلك^(١)، وفي حالة مخالفة المناقص أو المتعهد ذلك فإنه يخضع للجزاءات الواردة في المادة (٨٥) من قانون المناقصات العامة^(٢) التي تتمثل بـ (الإنذار، تخفيض الفئة، الحذف من السجل والحرمان من الاشتراك لمدة لا تتجاوز (٥) خمس سنوات أو الحذف من السجل بصفة دائمة)^(٣)، وعليه فإن القانون الكويتي قد منع اشتراك أكثر من مناقص في عطاء واحد، مما لا يدع مجالاً للحديث عن أثر وفاة أحدهم على قرار الإحالة.

أما في العراق فيبدو الأمر مختلفاً، لأن ضوابط وزارة التخطيط أجازت اشتراك أكثر من مناقص في تقديم عطاء واحد، وجاء في نصها (في حالة اشتراك أكثر من مناقص في تقديم عطاء واحد لتنفيذ العقد تكون مسؤوليتهم تضامنية تكافلية في ذلك لتنفيذه على أن يقدم عقد المشاركة مصادق عليه أصولياً مع العطاء)^(٤)، وبهذا النص يكون التشريع العراقي قد خالف كل من المشرع المصري الذي حظر التقدم بأكثر من عطاء لعملية واحدة إلا في حالة واحدة، والمشرع الكويتي الذي منع التقدم بأكثر من عطاء لعملية تعاقدية واحدة مطلقاً، سواء كان الاشتراك مؤثر على العطاء، أم غير ذلك.

إن عقد المشاركة يعد من العقود المدنية غير المسماة التي ترك القانون أمر تنظيمها لإرادة أطرافه، فيستقلون بتنظيم بنوده، شريطة عدم مخالفة النظام العام والآداب، ومصادقته من الكاتب العدل، عندها لا مانع استناداً إلى النص أعلاه من اشتراك أكثر من مناقص في تنفيذ المناقصة أو العقد، إذ يحصل في الواقع العملي أن تتقدم شركتين أو أكثر بعطاء واحد لتنفيذ مشروع معين، وتكون مسؤوليتهم تضامنية بالحقوق والواجبات، ما يساهم في سرعة انجاز العمل، وقد يؤدي وفاة أحد الشركاء بعد إحالة المناقصة وقبل إبرام العقد إلى التأثير على إبرام العقد، خصوصاً أن مسؤوليتهم تضامنية تكافلية، أي أن الشركاء على مستوى واحد من حيث المكانة، فلا توجد رابطة تبعية بين الشريك وغيره من الشركاء، لأن الشراكة تقوم على أساس نية المشاركة فهي تقتض المساواة بينهم، فتؤدي وفاة أحدهم إلى الاضرار بإجراءات إبرام العقد، وهذا من

(١) المادة (٦/٤٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧. ويعرف العطاء البديل بأنه (هو عطاء آخر يختلف في المواصفات الفنية عن العطاء الأصلي المقدم لأسباب خارجة عن إرادة مقدم العطاء أو الظروف القاهرة أو لعدم وجود الحد الأدنى من المصنعين أو الموردين ولا يقل عن المواصفات الفنية المطروحة بالمناقصة ويكون متفقاً مع شروطها المعلن عنها). ينظر المادة (١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) المادة (٧/٤٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

(٣) المادة (٨٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٤) الفقرة (أولاً/ ز) من ضوابط رقم (١) الصادرة عن وزارة التخطيط.

شأنه أن يربك العمل الإداري، ويؤدي إلى إطالة إجراءات حسم التعاقد، مما ينعكس سلباً على مسؤولية المرفق في اشباع الحاجات وتقديم الخدمات، وبالرغم من ذلك، فإن الضوابط لم توضح أو تبين أثر وفاة أحد الشركاء على الإحالة قبل توقيع العقد، فهل يتم الاستمرار بالتعاقد مع الشركاء الباقين، أم غير ذلك، وفي ظل هذا القصور التشريعي، نرى أنه لا مانع من استمرار باقي الشركاء في المضي قدماً بإجراءات التعاقد طالما توافرت لديهم المقدرة الفنية والمالية شريطة أن يتم تعديل عقد الشراكة بما ينسجم مع الوضع الجديد، وموافقة الإدارة.

المطلب الثاني

المنازعات المتعلقة بشخصية المتعاقد محل الاعتبار بعد إبرام العقد

إن اختيار الإدارة للمتعاقد معها بموجب قرار الإحالة جاء نتيجة لاتصافه بمجموعة من المواصفات والمميزات التي جعلته مؤهلاً دون غيره لتنفيذ العقد موضوع الخدمة العامة، من قبيل قدرته المالية والفنية وسمعته التجارية، لكن قد تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد أوضاعاً تخل بما تقدم، فتتأثر شخصية منفذ العقد نتيجة لإدخال طرف آخر يشارك معه تنفيذ العقد، أو نتيجة لتنازل المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد إلى الغير، ولا شك أن الاعتبار الشخصي يعد مانعاً من موانعهما، فهل تسمح التشريعات للمتعاقد بمثل هذه التصرفات؟ أو بمعنى آخر كيف تعاملت تشريعات الدول محل المقارنة في مثل هكذا حالات؟ ولأجل التعرف على ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، سنبحث في الفرع الأول التعاقد من الباطن، بينما سنبحث في الفرع الثاني التنازل عن العقد.

الفرع الأول

التعاقد من الباطن

تتصف العقود الإدارية بصفة جوهرية، ألا وهي أن على المتعاقد أن ينفذ بنفسه الالتزامات المفروضة عليه بموجب العقد، وهنا يلعب مبدأ الاعتبار الشخصي للمتعاقد دوراً بارزاً في نطاق العقود الإدارية، نظراً لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام، فالإدارة عند إبرام العقد تراعي توافر بعض الاعتبارات المحددة بدقة

في شخص المتعاقد المحتمل بما يضمن تنفيذ العمل بدقة وأمانة، وعلى نحو يحقق المصلحة العامة على أتم وجه، ويؤمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، لذا يعد الاعتبار الشخصي مانع من موانع التعاقد من الباطن.

بالمقابل يتطلب تنفيذ العقد في الوقت الراهن تضافر العديد من الجهود لضمان تنفيذها على الوجه الذي يحقق المنفعة العامة، وذلك بسبب تنوع العقود الإدارية وتطورها، وتدخل العوامل الاقتصادية وتقدم الأساليب الفنية، فنظرا للتطور العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى مجالات الحياة، قد يتطلب مشروع من المشروعات العامة كمترو الانفاق أو غيرها من المشاريع المعقدة اجتماع العديد من الشركات المتخصصة من أجل إنجازها على الوجه الأكمل، كما أنه قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف معينة تؤثر بشكل ملحوظ على قدرة المتعاقد في تنفيذ التزاماته، سواء تعلقت هذه الظروف بالمقدرة المالية له، أم بالكفاءة الفنية^(١)، الأمر الذي يجعل من الصعب قيامه بإنجاز التزاماته من دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع متعاقدين آخرين، لذلك أصبح التعاقد من الباطن أسلوبا طبيعيا لتنفيذ العقود الإدارية وفقا للضرورات الاقتصادية والفنية، وطريقة مناسبة لمشاركة الشركات الصغيرة في تنفيذ العقود الإدارية، وأصبح من المنطق أن يرتبط مقاولو الإدارة مع المتعاقدين من الباطن لتنفيذ عقودهم الأصلية في موعدها المحدد^(٢)، وعليه دراسة هذا الفرع إلى بندين، سنتناول في البند أولا معنى التعاقد من الباطن، في حين سنبحث في البند ثانيا أثر التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة.

(١) د. عمار التركاوي وزياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨، العدد ٤٩، ٢٠١٦، ص ٤٩. وقد عرف قانون التعاقد من الباطن رقم (١٣٣٤_٧٥) لسنة ١٩٧٥ المعدل في المادة (١) التعاقد من الباطن بأنه (عملية يتعاقد بمقتضاها مقاول وتحت مسؤوليته من الباطن مع شخص آخر يوصف بالمتعاقدين من الباطن لتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة أو جزء من العقد المبرم مع رب العمل)، فيتضح أن المشرع الفرنسي يذهب إلى أن التعاقد من الباطن يشتمل التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد الأصلي، إلا أن غالبية الفقه الفرنسي يذهب إلى عكس ذلك، بمعنى أن التعاقد من الباطن لا يكون إلا بصورة جزئية من العقد العام، وهو ما تبناها المشرع الفرنسي في قوانين العقود الإدارية المتعاقبة، ينظر المصدر نفسه، ص ٥٥.

(٢) كنعان محمد محمود المبرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط ١، ٢٠١٣، ص ١٠٨.

أولا

معنى التعاقد من الباطن

لقد خلت تشريعات الدول محل المقارنة المنظمة لتعاقدات الجهات الحكومية من تعريف محدد لمفهوم التعاقد من الباطن، باستثناء قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ الذي عرف التعاقد من الباطن بأنه العملية التي يعهد بموجبها العارض وتحت مسؤوليته إلى شخص آخر يسمى المتعاقد من الباطن أداء جزء من خدمات العقد المبرم مع الجهة الإدارية^(١).

أما على مستوى الفقه، فيعرف التعاقد من الباطن بأنه (ذلك التصرف القانوني الذي يعهد من خلاله المتعاقد إلى الغير بتنفيذ جزء من العقد الأصلي)^(٢)، وعرفه آخر بألفاظ مختلفة ودلالة واحدة، بأنه (تصرف قانوني يعهد بموجبه المتعاقد مع الإدارة إلى شخص آخر (المتعاقد من الباطن) بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد برمته وضامناً للمتعاقد من الباطن)^(٣)، وبصورة أكثر تفصيلاً عُرف التعاقد من الباطن بأنه (اتفاق بين الما قول الأصلي - المتعاقد مع الإدارة وما قول ثانوي - متعاقد من الباطن يقصد به الما قول الأصلي تسهيل عملية انجاز موضوع العقد بأن يعهد لهذا المتعاقد من الباطن بتنفيذ جزء أو أكثر من العمل نظراً لضخامة موضوع العقد وتشعب نظم التكنولوجيا والتي يحتاج الما قول فيها إلى التعاقد مع الشركات التي تمتلك هذه الخبرات الفنية أو الاستشارية أو مع أفراد يحملون مهارات فنية)^(٤)، بينما عرفه آخر بأنه (العملية التي يقوم من خلالها المتعاقد بتكليف شخص آخر وتحت مسؤوليته يحمل وصف المتعاقد من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من العقد المبرم بينه وبين الإدارة المتعاقدة)^(٥)، ويرى الباحث إن التعاقد من الباطن هو (اتفاق بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن

(١) المادة (٢-٢١٩٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٢) د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، ط١، دار زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٢١٠.

(٣) د. عبد الله طالب محمد الكندري، النظام القانوني لعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٠٤.

(٤) علاء إبراهيم محمود الحسيني، الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٠٨، ص ٥٤-٥٥.

(٥) د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على التعاقد معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٥٨.

بموافقة الجهة الإدارية بموجبه يعهد المتعاقد الأصلي إلى المتعاقد من الباطن تنفيذ جزء من العقد تحت مسؤوليته).

فالتعاقد من الباطن عملية عقدية تقتض وجود ثلاثة أطراف (إدارة، متعاقد أصلي، متعاقد من الباطن) وعقدين، العقد الأصلي الذي يبرم بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، والتعاقد من الباطن الذي يبرم بين المتعاقد الأصلي وشخص آخر أجنبي عن العقد الأصلي يطلق عليه المتعاقد من الباطن، وينشأ عن التعاقد من الباطن ثلاث علاقات قانونية متميزة، تتمثل الأولى بالعلاقة بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، والعلاقة بين الأخير والمتعاقد من الباطن، وأخيرا العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن وهي علاقة غير مباشرة^(١).

وبعد أن اتضح لنا مفهوم التعاقد من الباطن والضرورات الاقتصادية والملجئة إليه، بات لزاما علينا أن نتعرف على موقف التشريعات من اسناد المتعاقد الأصلي إلى المتعاقد من الباطن تنفيذ جزء من التزاماته المكلف أساسا بتنفيذها شخصيا، فقد يتضمن التعاقد من الباطن إسناد مهمة تنفيذ العقد إلى من ليس أهلا لهذا التنفيذ، فلا تتوافر فيه المؤهلات المتوفرة في المناقصين المتنافسين ما يؤدي إلى الإضرار بالمنفعة العامة، ولأهمية هذه المسألة فقد تولت تشريعات الدول محل المقارنة تنظيم التعاقد من الباطن بما يضمن حسن تنفيذ العقد.

ففي فرنسا، أجاز قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ للعارض أو المتعاقد التعاقد من الباطن عند تقديم العطاء أو اثناء تنفيذ العقد، بشرط إعلام الجهة الإدارية، وموافقة المتعاقد من الباطن^(٢)، وعندما يحدث إعلان التعاقد من الباطن وقت تقديم العطاء فيجب على العارض أن يذكر في عرضه المقاولين من الباطن الذين يخطط لاستخدامهم، فضلا عن بيان طبيعة ومقدار الخدمات المتعاقد عليها من الباطن^(٣)، هذا بعد أن تقوم الجهة الإدارية بتحديد شروط قبول المتعاقد من الباطن^(٤)، ويشترط حصول موافقة الإدارة الصريحة على

(١) هديل سعد أحمد العبادي، عقد المقاول من الباطن في مقاولات البناء والمنشأة الثابتة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٧، ص ١٨.

(٢) المادة (٤_٢١٩٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٥_٢١٩٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٤) المادة (٦_٢١٩٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

إيقاع التعاقد من الباطن^(١)، وفي حال عدم موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن المقدم من قبل العارض الأصلي تطلب منه استبداله بآخر في غضون عشرة أيام من استلام طلب الاستبعاد^(٢).

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول جواز التعاقد من الباطن، فهل يشمل العقود الإدارية على مختلف أنواعها، أم يقتصر على أنواع محددة؟ إذ يذهب اتجاه من الفقه الفرنسي إلى أن التعاقد من الباطن يقتصر على عقود الأشغال وعقود الخدمات، ومن ثم فإن عقد التوريد لا يمكن أن يكون موضوعاً للتعاقد من الباطن، حتى ولو بصورة جزئية، ويستند أنصار هذا الرأي إلى النصوص التشريعية الواردة في القانون رقم (١٣٣٧_٧٥) الصادر سنة ١٩٧٥ المعدل^(٣)، بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى جواز التعاقد من الباطن في عقود التوريد العادية والصناعية في القانون الفرنسي على حد سواء^(٤)، إلا أن قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩ أجاز التعاقد من الباطن بصورة صريحة في عقود التوريد الصناعية، فضلاً عن عقد الأشغال والخدمات^(٥).

وبصورة مقارنة لتنظيم المشرع الفرنسي، فقد أجاز قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري لسنة ٢٠١٨ لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية التعاقدية إلى غيره من الباطن شريطة أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم وما سيتم اسناده إليهم من بنود، وفقاً للشروط أو المحددات الموجودة في كراسة الشروط المعدة من قبل الجهة الإدارية^(٦)، ويبقى للجهة الإدارية سلطة تقديرية في السماح لصاحب

(١) مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقالة البناء، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران ٢، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ٢٧.

(٢) المادة (١٤-٢١٤١) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) C. Emery, Passer un marché public, "Principe, Procédures, Contentieux", 1er éd., DELMAS (3) 2001, p.213.

(٤) G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, 3e éd, 1er partie, 1967, p.200.

(٥) المادة (١-٢١٩٣) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٦) نصت المادة (٢٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ على (بجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم وما سيتم اسناده إليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والوصافات...).

العطاء بأن يتعاقد من الباطن، على أن لا يعهد صاحب العطاء للمتعاقد من الباطن تنفيذ الجزء الجوهرى أو الجانب الأكبر من العملية، فيبقى صاحب العطاء هو المنفذ الأساس للعملية التعاقدية^(١).

لكن هل نفهم من ذلك عدم السماح للمتعاقد الأصلي التعاقد من الباطن في حالة عدم تضمينه في

عطائه؟

من خلال قراءة النصوص المنظمة للتعاقد من الباطن سواء في قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨، أم في اللائحة التنفيذية لسنة ٢٠١٩، يبدو أن الإجابة تكون بالإيجاب، لأن قانون تنظيم التعاقدات أوجب على مقدم العطاء تضمين عطاءه ذلك بنصه على (...على أن يضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم وما سيتم إسناده إليهم من بنود...)، وكذلك اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩^(٢)، ومن ثم لا يجوز في ظل التشريع المصري للمتعاقد الأصلي التعاقد من الباطن أثناء مرحلة تنفيذ العقد، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية تغيير المتعاقدين من الباطن، وهو ما نصت على بيانه اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٩ بنصها على (...ويجوز للمتعاقد أثناء تنفيذ التعاقد أن يقوم بتغيير من أسند إليهم بعض بنود من الباطن إذا وجد مبررات لذلك شريطة أن يكون بذات الكفاءة الفنية والخبرة وأن توافق عليه السلطة المختصة)^(٣).

ويشترط زيادة على ذلك موافقة الجهة الإدارية على التعاقد من الباطن، لكن المشرع المصري أغفل عن بيان شكل هذه الموافقة، بيد أننا نعتقد أنها ذات شكل كتابي، لأن المتعاقد الأصلي يجب أن يضمن في

(١) نصت المادة (٥٦) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ على (يجوز للجهة الإدارية أن تسمح لصاحب العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على ألا تمثل تلك البنود الجانب الأكبر أو الجوهرى من العملية...).

(٢) نصت المادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ على (على صاحب العطاء تضمين العرض الفني المقدم منه ما سيعهد به إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم...).

(٣) المادة (٥٧) من اللائحة نفسها. ويرى البعض أن تغيير المتعاقد من الباطن بمتعاقد آخر يتطلب موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، إلا أن انتهاء العلاقة مع المتعاقد من الباطن يتعين أن تكون للمتعاقد الرئيس، وألا يفرض عليه، فهو الأدرى بالتزامه ببنود العقد وفقا لبنود تعاقدته معه، وقد يكون للجهة الإدارية إن شاء المتعاقد معها تغيير المتعاقد من الباطن بغيره أن يكون لها رأيها فيمن يحل محله، ومن ثم تكون الموافقة لها ما يسوغها. د. حمدي ياسين عكاشة، مصدر سابق، ص ٥٤٣.

عطائه موضوع التعاقد من الباطن_ فيما إذا اعتقد ضرورته لتنفيذ العقد_ ومن ثم فإن موافقة السلطة المختصة على عطاء المناقص هي موافقة على جميع ما موجود في العطاء من بنود بما فيها التعاقد من الباطن، وموافقتها على العطاء لا تكون إلا كتابيا.

أما في الكويت، فقد أجاز قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ للمقاول أن يتعاقد مع المقاول من الباطن، بأن يعهد إليه تنفيذ جزء من التزاماته، شريطة أن يتمتع المقاول من الباطن بالمؤهلات اللازمة لتنفيذ ذات الالتزامات الواقعة على المقاول الأصلي بموجب العقد الأصلي مع الجهة الإدارية، وأن يتم الحصول على موافقة خطية مسبقة من الجهة صاحبة الشأن بخصوص كل عقد من الباطن على حده^(١).

ويلاحظ الباحث على هذا النص ما يلي:

١- إن المشرع الكويتي جعل التعاقد من الباطن مقتصرًا على عقد المقاولة دون غيره من العقود الإدارية.

٢- لم يشترط المشرع الكويتي لصحة التعاقد من الباطن أن يكون واردا ضمن مفردات العطاء المقدم من المناقص.

٣- اشترط المشرع الكويتي لصحة التعاقد من الباطن أن يكون المتعاقد من الباطن مؤهلاً لتنفيذ ذات الالتزامات الواقعة على المتعاقد الأصلي، وموافقة الإدارة الخطية (الكتابية) على ذلك.

أما في العراق، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط على (المتعاقد في عقود المقاولات إحالة أجزاء من العقد إلى مقاولين ثانويين بموافقة مسبقة من جهة التعاقد على أن تبقى مسؤولية تنفيذ العقد على المتعاقد الأصلي)^٢، ومن هذا النص يتضح الآتي:

(١) نصت المادة (٧١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ على (١_ للمقاول ان يتعاقد مع المقاول بالباطن يعهد إليه بجزء من الالتزامات بشأن تنفيذ العقد حسب الاختصاصات المنصوص عليها في أصول المناقصة وذلك بعد الحصول على موافقة خطية مسبقة من الجهة صاحبة الشأن بخصوص كل عقد من الباطن على حده. ٢_ لا يحد التعاقد من الباطن من مسؤولية المقاول الأصلي عن تنفيذ العقد ويكون التعاقد من الباطن مشروطاً بان يكون المتعاقد من الباطن مؤهلاً لتنفيذ ذات الالتزامات الواقعة على المقاول الأصلي بموجب العقد الأصلي مع الجهة العامة).

(٢) البند خامسا من ضوابط رقم (٤) الصادرة عن وزارة التخطيط.

١- اختلاف التسمية في العراق عنه لدى كل من المشرع الفرنسي، والمصري، والكويتي، إذ أطلق على المتعاقد من الباطن تسمية المقاول الثانوي.

٢- ضوابط وزارة التخطيط أجازت للمقاول في عقود المقاولات إحالة أجزاء من العقد إلى مقاولين ثانويين فقط، ولم تسمح لغيرهم من المتعاقدين في التعاقدات الأخرى.

٣- إن النص أعلاه وإن ذكر شرط الموافقة المسبقة من جهة التعاقد على التعاقد من الباطن، إلا أنه أغفل عن بيان شكل هذه الموافقة.

٤- إن النص أعلاه أغفل الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي أنه لم يشترط في المقاول الثانوي أن تتوفر فيه المواصفات والمؤهلات اللازمة لتنفيذ العقد، وهذا ما قد يتسبب في الإضرار بالمصلحة العامة.

بناء على ما تقدم، يمكن القول إن فكرة الاعتبار الشخصي لا زالت تلقي بظلالها على العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن^(١)، وهذا التعاقد الأخير المرخص به من قبل الإدارة لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي ولا تنشأ عنه أي علاقة بين المتعاقد من الباطن والجهة الإدارية بل تبقى الرابطة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والجهة الإدارية قائمة دون مساس^(٢)، استناداً إلى مبدأ استمرارية مسؤولية المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد الإداري حتى بعد موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، وهذا ما أكدته التشريعات، ففي فرنسا فقد ظهر معنا في تعريف التعاقد من الباطن أنه يكون تحت مسؤولية المتعاقد الأصلي، وكذلك في مصر فقد نص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٨ على (...وفي جميع الأحوال يظل المتعاقد دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد)^(٣)، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر، إذ جاء في أحكامها سنة ٢٠١٦ الذي تتخلص وقائعه بإيقاع الإدارة جزاء الشطب من سجل الموردين والمقاولين على المقاول من الباطن، نظراً لتوريده بضائع تخالف المواصفات الفنية المتعاقد عليها، فقضت بعدم مشروعية قرار الإدارة،

(١) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٦٤.

(٢) طارق سلطان، مصدر سابق، ص ٣٧٠.

(٣) المادة (٢٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

وجاء في حكمها (...وكان البين مما تقدم أنه إذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو استعمل الغش أو التلاعب في تنفيذ التزاماته، كان المقاول الأصلي مسؤولاً مسؤولية عقدية عن ذلك نحو صاحب العمل، على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى صاحب العمل أعمالاً وأخطاءً صدرت من المقاول الأصلي، ومن ثم فلا تملك جهة الإدارة بصفتها رب العمل توقيع جزاء الشطب المقرر قانوناً على مقاول الباطن وإنما يكون لها توقيع الجزاءات المقررة قانوناً أو تعاقدية على المتعاقد معها وهو المقاول الأصلي دون غيره من مقاولي الباطن...) (١).

وكذلك الحال مع المشرع الكويتي، إذ نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على مبدأ استمرارية مسؤولية المتعاقد الأصلي، عبر النص على (لا يحد التعاقد من الباطن من مسؤولية المقاول الأصلي عن تنفيذ العقد) (٢)، وأيضاً في العراق، فقد نصت ضوابط وزارة التخطيط على المبدأ ذاته بالقول (على أن تبقى مسؤولية تنفيذ العقد على المتعاقد الأصلي) (٣).

ثانياً

أثر التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة

إذا كنا قد أوضحنا بأن من متطلبات فكرة التنفيذ الشخصي للعقد الإداري انتفاء أي علاقة بين المتعاقد من الباطن والجهة الإدارية، وكل ما يترتب على موافقة الجهة الإدارية على التعاقد من الباطن هو أن يكون هذا التعاقد مشروعاً، ومن ثم لا تستطيع الجهة الإدارية التكرار له بعد ذلك، وإلا ارتكبت خطأً تعاقدية يوجب مسؤوليتها بالتعويض أمام المتعاقد الأصلي، لكن ما حكم التعاقد من الباطن من دون الحصول على موافقة الإدارة؟

إن التعاقد من الباطن غير المرخص به لا يمكن أن يحتج به أمام الإدارة، إذ يعد التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة باطلاً، ويعرض المتعاقد الأصلي لأقصى الجزاءات العقدية، بعده خطأً عقدياً، ومخالفة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن رقم (١٤١٢٧) سنة ٥٧ قضائية، في ٢/٨/٢٠١٦.

(٢) المادة (٧١) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٣) الفقرة خامساً، من ضوابط رقم (٤) الصادرة عن وزارة التخطيط.

لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقود الإدارية، ومن ثم تنطبق عليه أحكام التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة^(١)، وهذا يعني عدم وجود رابطة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة، ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً تجاه الإدارة عن تنفيذ العقد، ويتحمل النتائج المترتبة عن الاضرار التي يسببها المتعاقد من الباطن كافة^(٢)، ومن ثم لا يكون للمتعاقد من الباطن أي حقوق قبل الإدارة في حالة امتناع المتعاقد الأصلي عن دفع حقوقه أو اشهار افلاسه أو غيرها من الأسباب، لكن يذهب بعض الفقه^(٣) إلى إمكانية تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في هذا الفرض إذا توافرت شروطها، وهي إثراء المدعى عليه، وافتقار المدين، وأن يكون الإثراء بلا سبب، بيد أن الباحث لا يؤيد ذلك لأن التشريعات اشترطت لصحة التعاقد من الباطن حصول موافقتها المسبقة على هذا التعاقد، وطالما انتقت هذه الموافقة فلا يمكن للمتعاقد من الباطن الرجوع إلى الإدارة للمطالبة بحقوقه، ولا طريق امامه إلا الرجوع إلى المتعاقد الأصلي الذي أبرم العقد معه.

ومن جهة أخرى، فقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن مدى إمكانية إيقاع الجزاء على المتعاقد الأصلي الذي تعاقد من الباطن من دون الحصول على موافقة الإدارة؟ يرى الاتجاه الأول^(٤)، إن هذا التعاقد يعد خطأ عقدياً، واخلالاً من المتعاقد الأصلي بالتزاماته، يسوغ توقيع أقصى الجزاءات عليه، وأهمها فسخ العقد، سواء نص على هذا الجزاء في العقد، أم لم ينص، بحسبان أن حق الإدارة في الفسخ في هذه الحالة ينتج من طبيعة العقد الإداري ذاته.

غير أن هناك جانباً آخر^(٥) يرى أن جزاء الفسخ يتطلب أن يكون المتعاقد مع الإدارة مقصراً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن ثم فإن هذا الاتجاه يتساءل عن أي تقصير يمكن أن ينسب إلى المتعاقد الأصلي في حالة تعاقد من الباطن، والذي لا يقصد منه في أغلب الأحيان سوى تنفيذ جزء من العقد، قد يتطلب خبرة فنية دقيقة، لا تتوافر في المتعاقد الأصلي؟ أي أن لجوء المتعاقد الأصلي إلى التعاقد من الباطن لم يكن إلا

(١) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ٢٠٠٧، ص ١٤٤.

(٢) كنعان محمد محمود المبرجي، مصدر سابق، ص ١٣٧-١٣٨.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٤٣. أيضاً د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٣٦. أيضاً د. نصري منصور النابلسي، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٤٣. وأيضاً د. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، ط ١، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ١٦٣.

(٥) د. علي عبد الأمير قبلا، مصدر سابق، ص ٢٥١.

بقصد تنفيذ تلك الجزئية من العقد، فلا يعقل أن نهدهد بفسخ العقد، خصوصاً أن الفسخ يعد من أقسى الجزاءات وأشدّها لكونه يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين.

في حين يذهب آخر^(١) إلى أن للإدارة الحق في فسخ العقد الإداري، لكن ينبغي على الإدارة قبل فرض هذا الجزاء أن تجيب على التساؤل الآتي: لو أن المتعاقد الأصلي طلب من الإدارة الموافقة على التعاقد من الباطن هل كانت ستوافق، أم سترفض؟ وعلى أساس الإجابة عن هذا التساؤل يتحدد موقف الإدارة، فإذا كانت الإجابة وفقاً للفرض الأول لا يمكنها فسخ العقد، لأن المتعاقد الأصلي راعى ما ينبغي مراعاته عند إجراء التعاقد من الباطن، وهو مبدأ الاعتبار الشخصي، ولم يتعاقد مع من لا تتوفر لديه الصفات التي تطلبها الجهة الإدارية في التعاقد، والدليل على ذلك أن الإدارة نفسها كانت ستوافق على هذا التعاقد فيما لو عرض عليها، وبما أن الإدارة لا يمكنها رفض التعاقد لسبب غير معقول، فكذلك لا يمكنها فسخ العقد من دون سبب معقول، فمبدأ الاعتبار الشخصي لا يعد هدفاً بذاته بقدر ما هو وسيلة لتنفيذ العقد الإداري، أما إذا كانت الإجابة بالرفض، فيحق للإدارة فسخ العقد، لكونه لم يراع مبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري.

ويرى الباحث مما تقدم، إن التشريعات استلزمت لصحة التعاقد من الباطن موافقة الجهة الإدارية، فتكون هذه الموافقة شكلية جوهرية لا يمكن اغفالها، ومن ثم فإن إجراء التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة يمنحها سلطة تقديرية فإن شأته أجازته، وإن شأته رفضته مع فرض الجزاء المناسب على المتعاقد الأصلي.

نخلص مما تقدم أن مبدأ الاعتبار الشخصي يعد من المبادئ الهامة التي تحكم تعاقدات الجهات الحكومية، إذ تحرص الإدارة على تضمينه في كراسات المواصفات التي تتطلب توافرها فيمن تروم التعاقد معه، لتقديم أفضل الخدمات وإنجاز المشروع وفقاً للمواصفات، فإحالة المناقصة على المتعاقد جاء نتيجة لاتصافه بهذه المواصفات وانطباق معايير الإحالة عليه، لذا يقع عليه عبء تنفيذ العقد، ولهذا نلاحظ أن التشريعات لم تجز حصول أي تغيير في شخصية منفذ العقد من خلال التعاقد من الباطن إلا بعد الحصول على موافقتها، ونرى أن الموافقة على التعاقد من الباطن بمثابة إحالة إلى التعاقد لاتحاد العلة بين الاحالتين،

(١) عبد الحميد عبد اليمه جعفر، سلطة الإدارة في التعاقد من الباطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بيروت العربية، ٢٠١٣، ص ١٠٥-١٠٦.

(إحالة المناقصة، وإحالة جزء من المناقصة)، لكن بأحكام مختلفة، فالإحالة تعني أن الإدارة قد ارتضت المتعاقد الأصلي لتنفيذ العقد، والأمر ذاته بالنسبة لموافقتها على التعاقد من الباطن، فالعلة في اشتراط التشريعات الحصول على موافقة الإدارة لصحة التعاقد من الباطن، هو حرصها على تنفيذ العقد من المتعاقد الأصلي، ولأن القول خلاف ذلك يعني أن ما قامت به الإدارة من إجراءات، وما بذلته من جهود وهي بصدد اختيار المتعاقد الأصلي معها، قد ذهبت سدا، وكأن من تعاقدت معه لم يكن مختصا في مجال تنفيذ العقد.

الفرع الثاني

التنازل عن العقد

لم يكن موضوع انتقال الالتزام جائزا إلا في مرحلة متأخرة من مراحل تطور القانون الوضعي، ففي القانون الروماني كان الالتزام عبارة عن حق شخصي للدائن على المدين، ولم يكن ينشأ الالتزام إلا باتباع إجراءات شكلية من جانب الطرفين، ما يستوجب معه اتباع ذات الإجراءات لتغيير طرفي العلاقة، ونشوء التزام جديد، من دون أن يتصور نقل الالتزام ذاته، ولكن نتيجة للتطورات التي يشهدها العالم بأسره، وتحت تأثير حرية التداول وتشجيع الاستثمار، فقد ساهم التقدم العلمي والتكنولوجي في إبراز فائدة التخصص في كثير من المجالات لاسيما في عقد المقاول^(١).

وإذا كان من المسلم به فقها وقضاء، أن العقد الإداري يخضع لمبدأ مفاده التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وبنفسه، فلا تبرأ ذمته إلا بتنفيذ العقد شخصيا ووفقا لبنوده، ولا تنتفي مسؤوليته إلا إذا ثبت أن عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى سبب أجنبي، فيكون تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ الأعمال المكلف بها شخصيا اهدارا واضحا لفكرة الاعتبار الشخصي التي يقوم عليها العقد الإداري، إذ تتبع هذه القاعدة من طبيعة العقد الإداري، والالتزام المتعاقد مع الإدارة بأن يكفل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعدم تعريض السير المستمر للخطر، وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر الحكمة من حظر التنازل عن العقد، إذ جاء في حكمها الصادر سنة ٢٠١٦ (٢٠١٦...الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية هو عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن تنفيذ العقد إلى غيره، فيجب أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، لأن التزاماته مع الإدارة التزامات شخصية، لا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير، إذ روعيت في اختياره الكفاية الفنية

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٩.

والمالية، فإذا حصل التنازل عن العقد فإن التنازل يعد باطلاً، لما يترتب عليه من أن تكون العقود الإدارية مجالا للوساطات والمضاريات...^(١).

غير أنه قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة تلحق بالمتعاقد يكون من شأنها إثارة الشكوك حول قدرته في تنفيذ العقد، فهل تستطيع الإدارة الاستمرار في الرابطة التعاقدية والالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي على الرغم من حدوث هذه الظروف؟

هنا تبرز أهمية البحث في موضوع التنازل عن العقد، بحسبانه يمس قاعدة هامة في العقود الإدارية تتعلق بفكرة التنفيذ الشخصي، وعلى الرغم من الأهمية البالغة لظاهرة التنازل عن العقد وأثرها في إفراغ إجراءات التعاقد السابقة، وما تكبدته الإدارة من عناء في سبيل وصولها إلى المناقص الكفوء الذي تنطبق عليه معايير الإحالة من بين جميع المتنافسين، نجد أن هناك قصورا في المعالجة التشريعية، إذ لم يوضع لها نظرية عامة بل جاءت موجزة، وزيادة على ذلك، نجد أن بعض تشريعات الدول محل المقارنة من لم تتطرق أصلا لموضوع التنازل عن العقد، كالمرشع الكويتي، إذ لم نجد من خلال قراءتنا لنصوص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦، ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠١٧ أية إشارة لموضوع التنازل عن العقد.

وبشأن تعريف التنازل عن العقد فقد تعددت تعاريف الفقهاء، إذ ذهب اتجاه إلى أن التنازل عن العقد هو (عملية قانونية تتم بواسطة المتعاقد الأصلي مؤداها أن يقوم هذا الأخير بإحلال طرف ثالث محله كبديل له في تنفيذ العقد ويصبح الطرف الجديد (أي المتنازل إليه) مدينا مباشرة للإدارة بالالتزامات التي انشأها العقد الإداري على أن يستفيد في الوقت نفسه من الحقوق التي رتبها العقد الإداري لمصلحة المتنازل (أي المتعاقد الأصلي)^(٢)، أما الاتجاه الآخر، فيرى أن التنازل عن العقد هو (أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله لتنفيذ جميع التزاماته العقدية أي تنفيذ العقد تنفيذا كاملا)^(٣)، بيد أن هناك من عد التنازل عن العقد بمثابة نقل للمركز التعاقدية من المتنازل إلى المتنازل له بكل مشتملاته، فإذا كان التعاقد من الباطن يعد تصرفا منشئا، فإن التنازل عن العقد يعد تصرفا ناقلا، فالتنازل عن العقد يعد عملية قانونية تتم بواسطة المتعاقد الأصلي،

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٧٩٩٦) سنة ٥٦ قضائية، في ٢٨/١/٢٠١٦، نقلا من موقع المطابع الاميرية.

(٢) د. عبد العليم عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٥٨.

(٣) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر العربي، بلا مكان نشر، ١٩٧٥، ص ١٢٦.

مفادها أن يقوم الأخير بإحلال طرف ثالث كبديل له، بحيث يصبح الطرف الجديد مدينا مباشرة للمتعاقد الأصلي إزاء الالتزامات التي أوجدها العقد، على أن يستفيد في الوقت ذاته من الحقوق التي أوجدها العقد لمصلحة المتنازل^(١)، ومن خلال ما تقدم، فإن التنازل عن العقد تصرف صادر من جانب المتعاقد مع الإدارة بمقتضاه يتخلى عن تنفيذ العقد المكلف أساسا بتنفيذه لصالح متعاقد آخر، ما يجعل هذا التنازل متعارض تماما مع فكرة الاعتبار الشخصي التي يركز على أساسها تنفيذ العقد الإداري.

والتنازل عن العقد على نوعين هما:

النوع الأول/ التنازل الجزئي: وهو على صورتين، إما تنازل عن الأجر، أو تنازل عن الدين وكالاتي:

أولا/ التنازل عن الأجر أو ما يسمى بحوالة الحق، وهنا تنطبق ذات الأحكام الخاصة بحوالة الحق في القانون المدني، وعادة ما يلجأ المتعاقد الأصلي إلى هذه الصورة من صور التنازل عندما يكون بحاجة إلى الحصول على الأموال من إحدى الجهات المخولة، فيتنازل عن جزء من أجره لهذه الجهة بهدف الحصول على تلك الأموال، ويحق للجهة الإدارية أن تتمسك في مواجهة المتنازل له بجميع الدفوع التي يحق له التمسك بها في مواجهة المتعاقد الأصلي^(٢)، فلو كان العقد المبرم عقد مقاوله فإنه لا يحق للمقاول (المتنازل) أن يطالب الإدارة صاحبة العمل بالأجرة، لأنه تنازل عنها إلى الغير (المتنازل له) الذي يحق له فقط مطالبة الإدارة بها كونه دائنا بهذا الأجر في مواجهة الإدارة^(٣)، وينتقد أحد الفقه هذه الصورة من صور التنازل، لأن التنازل بمعناه الدقيق حلول طرف جديد بكافة حقوق والتزامات الطرف القديم، أما في حوالة الحق، فإن

(١) د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، بلا مكان نشر، ١٩٩٥، ص ١٥٨.

(٢) د. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ٤٨، نقلا من د. طارق سلطان، مصدر سابق، ٣٤٦.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام، ط ١، دار الشروق، بلا مكان نشر، ٢٠١٠، ص ٣٦٠.

المتنازل يبقى ملتزماً أمام الإدارة، ولا يستفيد المتنازل إليه أو يلتزم بأكثر مما تم الاتفاق عليه بينه وبين المتنازل^(١).

ويبدو أن المشرع الفرنسي أخذ بهذه الصورة من صور التنازل عن العقد بموجب قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩، إذ أجاز لصاحب العقد التنازل عن حقه في مواجهة الجهة الإدارية لمؤسسة ائتمانية أو إلى متنازل آخر^(٢)، وكذلك المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لسنة ٢٠١٩ الذي أخذ بهذه الصورة من صور التنازل، إذ حظر التنازل عن العقد بصورة مطلقة، سواء كان التنازل كلياً، أم جزئياً، وسواء وافقت الإدارة، أم رفضت، إذ لم يجز للمتعاقد النزول عن العقد، أو عن المبالغ المستحقة كلها أو جزء منها، إلا إذا كان التنازل عن هذه المبالغ لصالح أحد البنوك، من غير أن يؤدي هذا التنازل إلى الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، أو بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق^(٣).

وعلى خلاف ما تقدم، فقد أجازت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في الفتوى رقم (٥١٤) في (١٦/٧/١٩٩٦)، التنازل الكلي عن العقد متى ما نص على ذلك، فذهبت في فتاوها إلى أنه إذا كان هناك نص في العقد يجيز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد بعد موافقتها يعمل بهذا النص، وعدم تطبيق مقتضى المنع من التنازل الوارد باللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات^(٤)، وهو ما لا نتفق معه لأن الجهة الإدارية لا تستطيع الخروج عن حكم القانون، وإلا كان تصرفها معيب بعيب مخالفة القانون، ففانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ جاء بنص صريح يحظر التنازل عن العقد بشكل مطلق إلا إذا كان التنازل لمصلحة أحد البنوك.

(١) د. نجم حمد الأحمد، مصدر سابق، ص ٤٨، نقلاً من عامر موسى حسين الخشخشي، التنازل عن الصفة العقدية والتعاقد من الباطن، بحث منشور في مجلة القانونية، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٦، العدد ٢، ٢٠١٩، ص ٢٤٣.

(٢) المادة (٨-٢١٩١) من الجزء التشريعي لقانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (٩٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ وجاء فيها (لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة كلها أو بعضها ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد كما لا يخل قبول نزوله عن المبالغ المستحقة له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق).

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٧٣.

وقد انقسمت الآراء بخصوص نص المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات المذكور آنفا إلى اتجاهين هما:

الاتجاه المعارض^(١): ينتقد هذا الاتجاه عد التنازل عن المبالغ المستحقة للمتعاقد لأحد البنوك تنازلاً عن العقد، بحسبان أن المتعاقد الأصلي يستمر بتنفيذ العقد على الرغم من تنازله عن استحقاقه من المبالغ، إذ يقتصر دور المتنازل له (البنك) على تمويل المتعاقد مع الإدارة بالسيولة النقدية لتنفيذ العقد الإداري، مقابل حصول البنك على المبالغ المستحقة للمتعاقد قبل الإدارة.

الاتجاه المؤيد^(٢): يرى هذا الاتجاه إن مشكلة التنازل عن العقد لا تثار إذا ما عُقد العقد بصفة نهائية وتمت الموافقة عليه من جانب الإدارة، فقد أصبح واجب التنفيذ اعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما أن التنازل عن العقد لا يرد على التزام، وإنما على حق، فالتنازل هو التخلي عن الحق من جانب صاحبه بشكل إرادي.

ثانيا/ التنازل عن الدين، أو ما يسمى بحالة الدين، وفيها يتنازل المتعاقد الأصلي عن ديونه أو واجباته^(٣)، ولا يوجد أي من تشريعات الدول محل المقارنة من اعتمد هذه الصورة من صور التنازل.

النوع الثاني/ التنازل الكلي: وبموجبه يتنازل المتعاقد الاصيلي عن العقد بأكمله بكل ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى طرف ثالث يطلق عليه المتنازل له، إذ يحل هذا الأخير محل المتنازل (المتعاقد الأصلي) في مواجهة الجهة الإدارية، وفي هذه الحالة لا يكفي الإعلان لنفاذ التنازل في حق الإدارة وإنما يجب موافقة الأخيرة حتى يكون التنازل نافذا في حقه، وهنا تطبق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المتعاقد الأصلي، وقواعد الدين فيما يتعلق بالالتزامات^(٤)، فعملية التنازل عن العقد وفقا لهذه الصورة ليست مجرد حوالة حق أو دين، وإنما هي أكبر من ذلك، لأن التنازل عن العقد يترتب عليه تنازل عن الصفة

(١) انعام عبد ثجيل، تنفيذ العقد الإداري من غير المتعاقد مع الادارة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٧، ص ١٢٩.

(٢) د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٤٥.

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٤) د. فتحية قره، أحكام المفاوضة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٢٣٤.

التعاقدية، إذ يحل المتنازل إليه محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات سببتها الرابطة التعاقدية^(١).

ولا يوجد أي من التشريعات الحالية للدول محل المقارنة من إجازات للمتعاقد الأصلي التنازل عن العقد بكل ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى طرف آخر، عدا اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري لسنة ١٩٥٧ الملغاة، التي أجازت للمتعاقد الأصلي النزول عن العقد أو المبالغ شريطة موافقة الإدارة^(٢).

ومقارنة مع موقف المشرع العراقي، فقد حظرت ضوابط وزارة التخطيط التنازل عن العقد كلياً أو جزئياً إلى متعاقد آخر (لا يجوز التنازل عن العقد كلاً أو جزءاً إلى متعاقد آخر)^(٣).

ختاماً نجد أن النص الوارد في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري (الملغاة) لسنة ١٩٥٧ والمذكور آنفاً، نصاً جديراً بالتطبيق، خصوصاً أن المشرع من واجبه معالجة القصور الذي يعترض نتاجه التشريعي، فظاهرة التنازل عن العقد قد تطرأ وتحصل في أرض الواقع، فلا بأس لو منح المشرع الجهة الإدارية رخصة الموافقة على طلب التنازل عن العقد على سبيل الاستثناء وفي حدود ضيقة جداً ووفقاً لشروط محددة، منها أن يكون هناك سبباً يسوغ تقديم طلب التنازل وقبول الإدارة له، وأن لا يكون المتنازل إليه أقل كفاءة من المتعاقد الأصلي المتنازل من حيث المقدرة المالية والفنية وحسن السمعة، والعلة من رأينا أعلاه أن العقود الإدارية وإن كانت قائمة أساساً على مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد من قبل المتعاقد الذي تمت الإحالة إليه، إلا أن الظروف قد تجبر الإدارة في بعض الأحيان على تقبل الخروج عن هذا المبدأ، فالتطورات العلمية الأخيرة أفرزت التخصص في أدق التفاصيل، إذ أن المتعاقد والإدارة معا لا يستطيعا التنبؤ بما سيطرأ عند تنفيذ العقد من ظروف وصعوبات غير متوقعة، وبما أن الضرورات تبيح المحظورات نرى من المناسب تنظيم مسألة التنازل عن العقد بما يخدم مصلحة المرفق وسيرها بانتظام واطراد وفقاً للشروط أعلاه، مع التأكيد على

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٢) (لا يجوز للمتعهّد أو المفاوض النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة كلها أو بعضها إلا بعد اخذ موافقة السلاح أو المصلحة المختصة كتابة...)، ينظر المادة (٨٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم (٥٤٢) لسنة ١٩٥٧.

(٣) نصت الفقرة خامساً من ضوابط رقم (٤) على (لا يجوز التنازل عن العقد كلاً أو جزءاً إلى متعاقد آخر).

معاقبة المتعاقد الأصلي وإدراجه في القائمة السوداء، كونه أخل بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد، نتيجة لارتكابه فعل الغش والتدليس عند تقديم عطائه واطاهر قدرته على تنفيذ العقد.

المبحث الثاني

الرقابة على صدور قرار الإحالة

يترتب على إعلان الإدارة عن إرادتها باختيار المناقص الذي قررت إحالة المناقصة عليه أحقية المناقصين أو المتنافسين الآخرين في الاعتراض على هذا القرار، فقد يشوب قرار الإحالة أحد العيوب التي تصيب القرارات الإدارية من قبيل عيب الاختصاص، عيب الشكل والإجراءات، عيب مخالفة القانون، عيب السبب، عيب الانحراف في استعمال السلطة، ما يجعله معرضاً للاعتراض أو الطعن أمام الجهات المختصة، غير أن الطعن بقرار الإحالة يثير بعض الصعوبات، خصوصاً فيما يتعلق بالآثار المترتبة على حكم إلغاء قرار الإحالة، وعليه سنقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين، سنبحث في المطلب الأول الاعتراض على قرار إحالة المناقصة، بينما سنبين في المطلب الثاني الآثار المترتبة على إلغاء قرار الإحالة.

المطلب الأول

الاعتراض على قرار إحالة المناقصة

يعد مبدأ المشروعية أهم عناصر الفكر القانوني منذ نشوء الدولة الحديثة وانسلاخها عن الدولة البوليسية، ولتعزير هذا المبدأ لابد من توافر الضمانات التي تحقق ذلك حتى يمكن للمتنافسين اللجوء إليها في حال حادت الإدارة عن خضوعها للقانون، ومن بين أهم الضمانات التي تحفظ مبدأ المشروعية الرقابة على أعمال الإدارة، وتختلف هذه الرقابة باختلاف الهيئة التي تباشرها، فهناك الرقابة التي تباشرها الإدارة، وهناك الرقابة التي تباشرها الجهات القضائية، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنبحث في الفرع الأول التظلم من قرار إحالة المناقصة، في حين سنبحث في الفرع الثاني الطعن بقرار إحالة المناقصة.

الفرع الأول

التظلم من قرار إحالة المناقصة

يأتي حق الاعتراض على إحالة المناقصة من ضمن النقاط الرئيسة في تحقيق نزاهة وشفافية إجراءات التعاقد، وتشكل في إطارها الحماية القانونية لكلا الطرفين، بحيث لا تخسر الجهة الإدارية الراغبة بالتعاقد أحد العطاءات أو العروض التي قد تكون الأهم والأفضل من حيث السعر والجودة الفنية لمجرد وجود خطأ ما أو اعتراض على شرط ضمن الشروط المطروحة في المناقصة، ومما لا شك فيه أن المشرع عندما منح المتنافسين الحق في الاعتراض فإنه أراد بذلك سلامة عملية التعاقد وضمان اختيار أكفأ المناقصين.

وتتولى الإدارة مهام الرقابة الإدارية التي قد تباشرها من تلقاء ذاتها أو بناء على تظلم، وما يعيننا في هذا المجال هو النوع الثاني من الرقابة الإدارية وهو الرقابة بناء على تظلم، الذي يعرف بأنه (التماس يقدمه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو الجهة الرئاسية يطلب فيه إعادة النظر في القرار أما بسحبه أو الغائه أو تعديله وذلك قبل اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى الإلغاء)^(١)، أو بأنه (شكوى أو التماس يتقدم به صاحب الشأن إلى السلطة المختصة يعرب فيها عن اعتراضه على القرار ويطلب سحبه أو تعديله)^(٢).

وتتجلى أهمية وضع تنظيم خاص بتظلمات المتنافسين في كونه من الضمانات ذات الأهمية البالغة، وما يوفره من تدعيم للرقابة الإدارية الداخلية على سير عملية المنافسة^(٣)، فضلا عن أنها أكثر مرونة ويسر على الأفراد ذوي الشأن، وأقل كلفة من نفقات الطعن القضائي التي غالبا ما تكون مرهقة، كما يتميز التظلم

(١) د. وسام صابر العاني، القضاء الإداري، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٢١٥. وأيضا د. محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص٦٥١. وأيضا د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري في ضوء آراء الفقه وإحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٨.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام، الجزء الثاني، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص٢٤٣. وأيضا د. إبراهيم حمد علي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٦٧.

(٣) د. عبد المولى المسعيد، الضمانات المؤطرة لمبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، بحث منشور في مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، عدد ٨، ٢٠١٩، ص٣٧٨.

أيضا بأنه يحافظ على حسن العلاقة بين الجهة الإدارية والمتعاملين معها، فالتظلم أسلوب ودي في إنهاء النزاع مع الإدارة بدلا من المنازعات القضائية التي يترتب عليها الخصومات وسوء العلاقة بين الأطراف^(١).

وقد بينت تشريعات الدول محل المقارنة الإجراءات الخاصة بالاعتراض على قرار الإحالة، آخذة بالحسبان ما يتطلبه حل منازعات إبرام العقد الإداري من إجراءات عاجلة تتناسب مع طبيعة هذه القرارات، ففي فرنسا، أقر التشريع الفرنسي شرط التظلم الوجوبي قبل اللجوء إلى القاضي المختص بنظر الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقد، منذ صدر المرسوم الصادر في ١٩٩٢/٩/٧، الذي أكد على وجوب أن يتقدم المتضرر إلى الجهة الإدارية تظلمًا مكتوبًا حول المخالفات التي يرى أنها تنتهك مبدأ المساواة والشفافية، وأن يطلب انصافه وإصلاح وإزالة مثل هذه المخالفات، ويستثنى من شرط التظلم الوجوبي عقود التشغيل العامة، إذ يجوز اللجوء إلى القضاء مباشرة من دون التظلم الإداري^(٢).

الأمر الذي يعني عدم إمكانية إقامة دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد من دون ولوج طريق التظلم الإداري، بصرف النظر عما إذا كانت الإدارة قد قامت بالرد سلبًا على المتظلم، أم التزمت الصمت تجاهه، وفي كل الأحوال فقد حدد تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف مدة عشرة أيام للرد إيجابًا أو سلبًا، بحيث يستطيع صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء مباشرة بمجرد انتهاء هذه المهلة، فإذا لم يلجأ إلى هذا الطريق كان مصير الدعوى عدم القبول، لذا يعد التظلم في نطاق الدعوى التي بصدها إجراء أو شكلية جوهرية، سواء كانت الدعوى مرفوعة من جانب المحافظ، أم من جانب أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الآخرين، بل ويعد هذا التظلم من النظام العام الذي يجيز للقاضي أن يثيره من تلقاء ذاته^(٣).

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٨٠. وأيضا عيساني علي، التظلم والصلح في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، ٢٠٠٨، ص ٢٦.

(2) V. Bergea I Catherine et Lenica Fredric, le contentieux des marches publics le Montier, Paris, France, 2010. P.45.

نقلا من د. حمدي محمد العجمي، منازعات القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي الجديد، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة بني سويف، المجلد ٣٢، العدد ١، ٢٠٢٠، ص ٢٦.

(٣) د. منى رمضان محمد بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٧٧٤.

وزيادة على ما تقدم، يجب أن يكون التظلم قاطعا في معناه موضحا ما يريده المتظلم على وجه الدقة، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٩٦ أن الرسالة التي أرسلتها الشركة المدعية إلى الإدارة طالبة فيها توضيح أسباب استبعادها عن دائرة المنافسة لا تقوم مقام الطلب أو التظلم المسبق، كما قضى في حكمه الصادر في ١٩٩٨ أن الرسالة التي وجهها المحافظ إلى العمدة التي يشير فيها إلى عدم مشروعية الظروف التي تم خلالها إعداد لائحة المرشحين للمنافسة ليس من شأنها أن تقوم مقام الطلب أو التظلم المسبق الذي يشترط لتطبيق دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد^(١).

ونظرا لأن ترك مدة عشرة أيام أمام الجهة الإدارية للرد على تظلم المدعي كانت تسمح لها في الاستعجال في إبرام العقد، ومن ثم يصبح المتضرر أمام عقد إداري قائم بذاته، ولم يعد أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد وإجراءاته الطويلة، ومن أجل تفادي هذه العيوب، فقد تدخل المشرع الفرنسي في ظل قانون نظام القضاء الإداري المستعجل رقم (٥٩٧) لسنة ٢٠٠٠ وألغى هذه المدة، وأعفى المتضرر من تقديم طلب مسبق لجهة الإدارة يطلب فيه مراعاة قواعد العلانية والمنافسة^(٢).

أما في مصر، فإن الاعتراض على قرار إرساء المناقصة يكون وفقا للإجراءات الآتية:

أولاً: التظلم إلى الجهة الإدارية: أجاز قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ لكل ذي شأن التقدم بشكواه كتابة إلى الجهة الإدارية ضد أي من إجراءات التعاقد قبل اللجوء إلى القضاء^(٣)، إذ تتولى إدارة التعاقدات في الجهة الإدارية دراسة الشكوى المقدمة، وترفع تقريراً مفصلاً للسلطة المختصة بنتيجة ما انتهت

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي C.E في ١٠/٢٢ / ١٩٩٨، وحكمه أيضا رقم (N190452) في ٢٩/٧/١٩٩٨، د. مهند مختار نوح، مصدر سابق، ص ٦٤٣.

(٢) د. شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٦.

(٣) (...ويكون لكل ذي شأن التقدم إلى الجهة الإدارية بشكواه كتابة بخصوص أي إجراء من إجراءات التعاقد وفي ذات التوقيت إخطار مكتب شكاوى التعاقدات العمومية بصورة منها وإذا لم يفصل فيها بمعرفة الجهة الإدارية يكون له الحق في التقدم بشكواه أمام المكتب وذلك قبل اللجوء إلى القضاء...)، ينظر المادة (٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

إليه دراستها من قرارات لاعتمادها، خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تأريخ الشكوى المستوفاة^(١)، غير أن قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ لم يحدد المدة الزمنية التي يجب أن ترفع فيها الشكوى.

ثانياً: التظلم إلى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية^(٢): نص قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ على إنشاء مكتب خاص يدعى (مكتب شكاوى التعاقدات العمومية) يرتبط مباشرة بوزير المالية، يختص بتلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لقانون تنظيم التعاقدات ولائحته التنفيذية، إذ يتولى فحصها وإصدار قرارات ملزمة بشأنها، وينظم العمل بالمكتب والمدد الزمنية لتلقي الشكاوى بقرار من رئيس مجلس الوزراء^(٣)، وامتناعاً لهذا النص، أصدر رئيس مجلس الوزراء قراراً بتنظيم مكتب شكاوى التعاقدات العمومية وتحديد اختصاصاته وقواعد العمل به رقم (٦٦٥) لسنة ٢٠٢١^(٤)، ووفقاً لذلك تكون إجراءات الاعتراض عبر تقديم شكوى تقدم إلى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية، في حال إذا لم تفصل الجهة الإدارية بالشكوى خلال مدة خمسة أيام من تأريخ استلام الشكوى، أو في حالة رفض الشاكي قبول القرار الصادر عن الجهة الإدارية، في غضون يومي العمل التاليين لانقضاء هذه المدة^(٥)، وعلى المكتب خلال مدة ثلاثة أيام عمل تبدأ من تأريخ تلقيه الشكوى، إخطار الجهة الإدارية بورود الشكوى، وطلب موافاته بالمستندات التفصيلية على أن لا تتجاوز مدة موافاته

(١) (تلتزم إدارة التعاقدات بدراسة الشكاوى المقدمة لها، ويجوز لها الاستعانة بمن تراه من المختصين بحسب طبيعة الشكوى المقدمة، وترفع تقريراً مفصلاً للسلطة المختصة بنتيجة ما انتهت إليه دراستها من قرارات لاعتمادها وذلك كله خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تأريخ الشكوى المستوفاة...)، ينظر المادة (٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.

(٢) (يتبع مكتب شكاوى التعاقدات العمومية وزير المالية مباشرة ويكون له الاستقلالية التامة بما يمكنه من أداء مهامه دون قيود ويكون مستواه التنظيمي إدارة مركزية ويضع هيكله وزير المالية ويشار إليه في هذا القرار بالمكتب)، ينظر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٦٦٥) لسنة ٢٠٢١ الخاص بتنظيم مكتب شكاوى التعاقدات العمومية وتحديد اختصاصاته وقواعد العمل به، منشور في الجريدة الرسمية عدد (١٣) مكرر (ج) في ٥/٤/٢٠٢١.

(٣) (يتولى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية التابع لوزير المالية مباشرة تلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وفحصها واتخاذ قرار في شأنها دون مقابل...)، وتكون قراراته ملزمة لطرفي الشكوى... ويصدر بتنظيم العمل بالمكتب، واختصاصاته الأخرى، والمدد الزمنية لتلقي الشكاوى والبت فيها، وآليات الاستعانة بالخبرات الفنية قرار من رئيس مجلس الوزراء...)، ينظر المادة (٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تيرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

(٤) منشور في الجريدة الرسمية عدد (٣) مكرر (ج) في ٥/٤/٢٠٢١.

(٥) (إذا لم تفصل الجهة الإدارية بالشكوى خلال المدة المنصوص عليها في المادة الرابعة أو رفض الشاكي قبول القرار الصادر عن الجهة الإدارية يحق له خلال يومي العمل التاليين لانقضاء هذه المدة التقدم بشكواه إلى المكتب...)، ينظر المادة (٥) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٦٦٥) لسنة ٢٠٢١.

بهذه المستندات خمسة أيام عمل من تأريخ الإخطار، وإلا يؤاخذ تأديبياً كل من خالف ذلك، وفقاً لما جاء في المادة (٨٩) من قانون تنظيم التعاقدات^(١)، وعلى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية اعداد تقرير مسبب بما خلصت إليه دراسة الشكوى يعتمده الرئيس، وذلك خلال خمسة أيام عمل من تأريخ استيفاء المستندات والمعلومات اللازمة لدراستها، ويخطر المكتب الجهة الإدارية ومقدم الشكوى بقراره فور اعتماده، فضلاً عن نشره على بوابة التعاقدات العامة، وفي جميع الأحوال يصدر المكتب قراره خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوم عمل من تأريخ تلقيه الشكوى، وتكون قرارات المكتب ملزمة لطرفي الشكوى، وعلى الجهة الإدارية تنفيذها خلال سبعة أيام عمل من تأريخ تلقيها إخطار المكتب بالقرار^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن الإجراءات سالفه الذكر هي إجراءات وجوبية، إذ لا يجوز رفع الدعوى مباشرة قبل الشروع بتلك الإجراءات، وهو ما نص عليه قانون تنظيم التعاقدات لسنة ٢٠١٨ بقوله (... وإذا لم يفصل فيها بمعرفة الجهة الإدارية يكون له الحق في التقدم بشكواه إلى المكتب وذلك قبل اللجوء إلى جهات القضاء...) (٣).

أما في الكويت، فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على إنشاء لجنة خاصة لنظر التظلمات، تنشأ بقرار من مجلس الوزراء وتلحق به^(٤)، وتطبقاً للنص، فقد أصدر مجلس الوزراء قراره المرقم (١٨٧) في ٢٠١٨ المتعلق بإنشاء لجنة التظلمات من قرارات مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، إذ تشكلت من خمسة أعضاء قانونيين وماليين وفنيين، مدة العضوية فيها ثلاث سنوات غير قابلة للتجديد، وتعد اللجنة اجتماعياً أسبوعياً أو أكثر حسب حاجة العمل في مقر الأمانة العامة لمجلس الوزراء، أو أي مكان آخر بقرار من رئيسها، وذلك بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، على أن يكون من بينهم

(١) المادة (٥) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٦٦٥) لسنة ٢٠٢١.

(٢) المادة (٦) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٦٦٥) لسنة ٢٠٢١.

(٣) المادة (٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٤) (تنشأ بقرار من مجلس الوزراء لجنة للتظلمات تلحق به وتتكون من خمسة أعضاء وتشكل من خبراء متخصصين قانونيين وفنيين وماليين وتكون مدة العضوية في اللجنة ثلاث سنوات غير قابلة للتجديد وتختص بالنظر في التظلم المعروض عليها وفي حال قبول التظلم يجب أن يتضمن القرار الإجراءات التصحيحية اللازمة وتخطر به رئيس الجهاز خلال سبعة أيام من تأريخ إحالة التظلم إليها ويجوز لكل ذي شأن التظلم أمام لجنة التظلمات من قرارات المجلس خلال سبعة أيام عمل من تأريخ نشرها أو إخطار ذوي الشأن بها أيهما أسبق وتنظم اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم التظلمات والبت فيها وإخطار المتظلم بها بما يتفق وإحكام هذا القانون) ينظر المادة (٧٨) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

الرئيس أو نائبه، وتصدر قراراتها بالأغلبية المطلقة لآراء الأعضاء الحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه رئيس الجلسة^(١).

وتختص لجنة التظلمات بالنظر والبت وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠١٧ في التظلمات التي تقدم إليها من ذوي الشأن من قرارات مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، سواء كانت متعلقة بإجراءات التعاقد، أم بالجزاء المفروضة على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد^(٢)، ويجوز لكل ذي شأن التظلم امامها خلال سبعة أيام عمل من تأريخ نشر القرار، أو إخطار ذوي الشأن بها أيهما أسبق^(٣)، ويقيد التظلم بسجل خاص بعد سداد رسوم طلبات التظلم، وترد الرسوم في حال قبول التظلم شكلاً أو موضوعاً، وبعد ذلك يتم عرض التظلم فور قيده على رئيس اللجنة والذي بدروه يحيله إلى اللجنة لفحصه واتخاذ القرار المناسب بشأنه^(٤).

(١) المادة (٢) من قرار مجلس الوزراء رقم (١٨٧) لسنة ٢٠٢١ وجاء فيه (تعقد اللجنة اجتماعاً أسبوعياً أو أكثر وحسب حاجة العمل، في مقر الأمانة العامة لمجلس الوزراء، ويجوز عقد اجتماعاتها في أي مكان آخر بقرار من رئيسها. ويشترط لصحة اجتماعات اللجنة حضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، على أن يكون من بينهم الرئيس أو نائبه، وعلى أن تصدر قراراتها بالأغلبية المطلقة لآراء الأعضاء الحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه رئيس الجلسة).

(٢) المادة (١) من قرار مجلس الوزراء رقم (١٨٧) لسنة ٢٠٢١ (تتشأ لجنة للتظلمات من قرارات مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، تلحق بمجلس الوزراء، وتشكل من خمسة أعضاء من ذوي التخصصات القانونية والمالية والفنية لمدة ثلاث سنوات غير قابلة للتجديد، وتختص بالنظر والبت وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون المناقصات العامة ولائحته التنفيذية في التظلمات التي تقدم إليها من ذوي الشأن من قرارات مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة. ويجب على اللجنة إخطار المتظلم بما تنتهي إليه في تظلمه، وإخطار رئيس الجهاز في حالة قبول التظلم بما تضمنه قرارها من إجراءات تصحيحية). وينظر أيضاً تعميم رقم (١) لسنة ٢٠١٨ بشأن إجراءات تقديم التظلمات من قرارات مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة (التظلمات التي تنظرها اللجنة هي: ١- التظلمات التي تقدم إليها من القرارات الصادرة من مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة ٢- التظلمات التي تقدم إليها من جزاء صدر بتوقيعه قرار من مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة).

(٣) المادة (٧٨) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٤) المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

وتخطر اللجنة المتظلم كتابة، أو بأي وسيلة من وسائل تقنية المعلومات بما انتهى إليه التظلم، أما رئيس الجهاز المركزي للمناقصات العامة المتظلم منه فلا يخطر بنتيجة التظلم، إلا في حالة قبول التظلم مع بيان الإجراءات التصحيحية لذلك^(١).

ويلاحظ الباحث مما تقدم بشأن إجراءات التظلم من قرار إرساء المناقصة أو غيرها من القرارات التي يصدرها مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، إن المشرع الكويتي قد نظم إجراءات التظلم وأوكل مهمة النظر فيها إلى لجنة خاصة تدعى لجنة التظلمات تلحق بمجلس الوزراء، وقد أخذ المشرع الكويتي بالتظلم الاختياري من قرارات المجلس، على وفق ما نصت عليه المادة (٧٨) من قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ بقولها (...ويجوز لكل ذي شأن التظلم أمام لجنة التظلمات من قرارات المجلس...)، وبهذا فقد اختلف موقف المشرع الكويتي عن المشرع المصري الذي أخذ بالتظلم الوجوبي قبل رفع الدعوى القضائية، ومن ثم فإن المناقص له الخيار بين رفع التظلم أمام لجنة التظلمات أو سلوك الطريق القضائي هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن ما يلاحظ على المشرع الكويتي أنه اشترط دفع الرسم على تقديم التظلم.

مع الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية، هي أن التشريعات الكويتية ذات الصلة لم تحدد المدة الزمنية التي تفصل خلالها لجنة التظلم بالتظلم المعروض أمامها، خلافاً للمشرع المصري، وأما بشأن بالقيمة القانونية لقرارات لجنة التظلمات، فهي ملزمة للجهة الإدارية وإن لم يصرح القانون بذلك، إذ نصت المادة (٧٨) على (...وفي حالة قبول التظلم يجب أن يتضمن القرار الإجراءات التصحيحية اللازمة وتخطر به رئيس الجهاز خلال سبعة أيام عمل من تأريخ إحالة التظلم إليها...)، كما نصت المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية لسنة ٢٠١٧ (وفي حالة قبول التظلم تخطر اللجنة رئيس الجهاز بما تضمنه قرارها من إجراءات تصحيحية)، ومن ثم فإن وجود الإجراءات التصحيحية دليل على إلزامية قراراتها.

ومقارنة مع العراق، فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ على تشكيل لجنة مركزية في كل جهة تعاقدا برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الأولى وعضوية عدد من ذوي الخبرة

(١) المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.

في الاختصاصات القانونية، والمالية، والفنية، ومقرر للجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الرابعة، وتختص هذه اللجنة بالنظر في الاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة^(١).

ويشترط للاعتراض على قرار الإحالة أمام اللجنة أن تقدم الاعتراضات بصورة تحريرية من مقدمي العطاءات المعارضين أنفسهم، أو وكلائهم، وممن لم يطلبوا سحب التأمينات الأولية، خلال مدة سبعة أيام عمل من تأريخ التبليغ بكتاب الإحالة، مع تقديم تعهد رسمي مصدق أصوليا من الكاتب العدل، لدفع الأضرار الناجمة عن تأخير توقيع العقد فيما إذا اتضح أن الاعتراض كان لأسباب كيدية، بعدها يُعرض الاعتراض أمام اللجنة المركزية وتقدم توصياتها بشأنه خلال مدة لا تزيد عن (١٤) أربعة عشر يوم عمل من تأريخ إيداع الاعتراض لديها، على أن يصدر القرار النهائي من رئيس جهة التعاقد أو من يخوله خلال سبعة أيام عمل من تأريخ إيداع التوصية في مكتبة، ويعد عدم البت في الاعتراض خلال المدة المحددة قرارا ضمنا برفض الاعتراض^(٢).

ونلاحظ على ما تقدم ما يلي:

أولاً/ إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية حددت اختصاص اللجنة المركزية بنظر الاعتراضات المقدمة على قرارات الإحالة فقط، دون غيرها من القرارات التي تصدر قبل إبرام العقد الإداري، من قبيل قرار استبعاد أو حرمان أحد المناقصين، وكان الأولى توسيع النطاق الموضوعي لاختصاص اللجنة المركزية.

(١) المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ (أولاً: تشكل في كل جهة تعاقد لجنة مركزية للنظر بالاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الأولى وعضوية عدد من ذوي الخبرة في الاختصاصات المالية والقانونية والفنية ومقرر للجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الرابعة).

(٢) المادة (٧) من التعليمات نفسها (ثانياً: تتولى اللجنة دراسة الاعتراضات التحريرية المقدمة من مقدمي العطاءات المعارضين أو وكلائهم الرسميين ممن لم يطلبوا سحب التأمينات الأولية وفقاً لما يأتي: أ. تقديم الاعتراض خلال (٧) سبعة أيام عمل من تأريخ التبليغ بكتاب الإحالة. ب. تقديم المعارض تعهد رسمي مصدق أصوليا حسب القانون لدفع قيمة الأضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد عن التأخير بتوقيع العقد لأسباب كيدية أو غير مبررة. ثالثاً: على اللجنة تقديم التوصية بموضوع الاعتراض وأسبابه خلال مدة لا تزيد على (١٤) أربعة عشر يوماً عمل من تأريخ إيداع الاعتراض لديها. رابعاً: على رئيس جهة التعاقد أو من يخوله البت بالتوصية خلال (٧) سبعة أيام عمل من تأريخ إيداع التوصية في مكتبه ويعد عدم البت بالموضوع رفضاً للاعتراض عند مرور هذه المدة).

ثانياً/ إن التعليمات أعلاه لم تحدد عدد أعضاء اللجنة بل حددت اختصاصاتهم، كما أنها لم تحدد الدرجة الوظيفية لذوي الخبرة في الاختصاصات القانونية والمالية والفنية وهي مسألة في غاية الأهمية.

ثالثاً/ إن التعليمات جاءت قاصرة عن بيان طبيعة هذا الاعتراض وفيما إذا كان اختيارياً أم وجوبياً كشرط لقبول الدعوى قضائياً، وعلى الرغم من ذلك، فما قصرت عنه التعليمات بينته المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية (الملغاة) في إحدى اتجاهااتها، إذ قضت برد الدعوى لعدم الاعتراض على قرار الإحالة أمام لجنة الاعتراضات مما يجعل الدعوى غير مستوفية للشروط الشكلية لقبول الدعوى^(١).

رابعاً/ كان الأولى أن تكون مدة الاعتراض على قرار الإحالة خمسة أيام عمل بما ينسجم مع أيام الدوام الرسمي.

خامساً/ لم تبين التعليمات نظام عمل اللجنة المركزية والاعلبيية المطلوبة لاجتماعها وآلية اصدار توصياتها.

سادساً/ إن التعليمات ألزمت رئيس جهة التعاقد بالبت بتوصية اللجنة المركزية خلال (٧) سبعة أيام عمل من تأريخ إيداع التوصية في مكتبه، إلا أنها أغفلت عن بيان المدة التي يتم خلالها إيداع التوصية.

سابعاً/ إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية جعلت رئيس جهة التعاقد يجمع بين اختصاصين متناقضين، الأول رئاسة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على قرار الإحالة المعترض على قرارها، والثاني اختصاص البت في توصية اللجنة المركزية للنظر بالاعتراضات المقدمة على قرارات الإحالة، وهذا يخالف مبدأ الحياد والاستقلال، فكيف يكون الرئيس هو الخصم والحكم في ان واحد، لذا كان من الأوفق أن تمنح التعليمات للجنة الأخيرة اختصاص إصدار قرارات نهائية لا معقب عليها لتكون الرقابة الإدارية رقابة فاعلة ومؤثرة.

(١) لاحظت المحكمة أن الدعوى واجبة الرد لسبب عدم استيفاء الشروط الشكلية في الاعتراض على قرار الإحالة والوقوف على نتيجة الاعتراض والشكوى ومن ثم المباشرة بالدعوى)، ينظر قرارها المرقم ٣٢/إدارية تخطيط/ ٢٠١٠، في ٢١/١/٢٠١١، خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب احمد ياسين، مصدر سابق، ص ١٦.

الفرع الثاني

الطعن بقرار إحالة المناقصة

إن الإدارة وهي بصدد إبرام عقدها تصدر مجموعة من القرارات الإدارية تعرف بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، ما يجيز لأصحاب المصلحة الطعن فيها بدعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة، إذا ما وجدوها غير المشروعية، فإحالة المناقصة تتم بموجب قرار إداري، وهذا القرار لا يخرج بطبيعته عن باقي القرارات الإدارية، فيتعرض لما تتعرض له الأخيرة من عيوب المشروعية الداخلية والخارجية، ومن ثم فلا يجد المناقص الذي لم يقع الاختيار على عطاءه إلا اللجوء أمام القضاء المختص، وهذا ما يدعونا إلى التعرف على موقف التشريعات من الطعن بقرار إحالة المناقصة.

ففي فرنسا، أوجد المشرع الفرنسي نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، بعدما استشعر أن هناك فراغاً تشريعياً يكمن في عدم وجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد، فدعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات المنفصلة عن العقد ظهرت لفترة طويلة من الزمن غير ذات فاعلية، إذ أن القاضي يبت بها غالباً بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه^(١).

وبدأ تطبيق هذه الدعوى في فرنسا عندما أصدر المشرع الأوربي التوجيهات المشتركة إلى دول الاتحاد الأوربي، التي تعرف بتوجيهات الدعوى لاحترام مبدأ العلانية والمنافسة، التي فرض فيها على الدول الأعضاء في الاتحاد اتخاذ الإجراءات الضرورية لضمان أن تكون القرارات الصادرة بحق العارضين أو الذين تم الإرساء عليهم موافقة للقانون، وأن يكون بإمكانهم إقامة دعوى ذات أثر فيما إذا كانت هذه القرارات قد خرقت القانون الأوربي المشترك، أو القواعد الوطنية عند إبرام العقود^(٢).

وبناء على ما تقدم، أنشأ المشرع الفرنسي سنة ١٩٩٢ نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، كحاجز أمام إبرام العقد الذي خرقت فيه قواعد العلانية والمنافسة عبر اعتماده للتوجيهات الأوروبية. إذ يعد المشرع الأوربي المؤسس الأول للدعوى الاستعجالية قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية. بموجب القانون رقم (١٠) في ١٩٩٢/١/٤، والمرسوم رقم (٩٤٦) في ١٩٩٢/٩/٧، والقانون رقم (١٤١٦) في

(١) د. حمدي محمد العجمي، مصدر سابق، ص ١٢.

(٢) عقبة سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص ٢١٨.

١٩٩٣/١٢/٢٩، ومن ثم عمل المشرع الفرنسي على إدراج هذه النصوص في المواد (٢٣ و ٢٢) من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، ونص عليه في قانون القضاء الإداري الفرنسي بالمواد (١٥٥١ و ٢٥٥١) الصادر في ٢٠٠٩/٥/٧^(١).

ويعد النظام القضائي لهذه الدعوى أداة فاعلة في رقابة سلامة العقد الإداري، وضمان تحقيق المشروعية، وهذه الدعوى تثار قبل إبرام العقد، إذ بمجرد إبرامه يغدو مصير الدعوى عدم القبول، فالهدف الأساس من هذه الدعوى يكمن في منع أي مخالفة تقع على مبدأ العلانية والمنافسة، كما تسعى إلى تحري المخالفات في إجراءات التعاقد قبل إتمام العملية التعاقدية^(٢)، ويفصل القاضي في هذه الدعوى على وجه الاستعجال وتحوز أحكامه حجية الشيء المقضي فيه، خلافاً للدعوى المستعجلة العادية التي ترمي إلى اتخاذ إجراءات تحفظية لا يجوز فيها المساس بأصل الموضوع، فقاضي الاستعجال قبل التعاقد هو قاضي أول وآخر درجة^(٣).

ويمكن أن تباشر دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد وفقاً للمفاهيم التي جاء بها قانون القضاء الإداري الصادر في ٢٠٠٩/٣/٧ من طرف كل من له مصلحة بإبرام العقد، أو ممن تضرر من الخرق الحاصل لمبدأ العلانية والمنافسة، ومفهوم القابلية للضرر لا يستلزم اثبات وجود ضرر قد يتسبب به عيب العلانية والمنافسة محل الدعوى، بل يكفي أن يملك المعني بالدعوى فرصة جدية للظفر بالعقد المطلوب إبرامه فيما لو أن هذا الخرق لم يرتكب^(٤).

ومن ثم فإن الدعوى لا تقبل من الأشخاص الغريباء كلياً عن عمليات إبرام العقد، وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصراحة، إذ قضت المحكمة الإدارية سنة ١٩٩٤ بعدم قبول الدعوى المرفوعة

(١) محمد غندور وعمار مرشحه، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد ٢٠، العدد ٢، ٢٠١٤، ص ٣٢٩. وأيضاً خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، ٢٠١٥، ص ٢٩٤.

(2) Mireille Berbari.m, le référé précontractuel, accp, n26, octobre, france, 2003, p.25

(٣) (ينظر رئيس المحكمة أو من يفوضه بوصفه أول وآخر درجة تقاض من خلال إجراء الأمور المستعجلة)، ينظر المادة (٣٥٥١) من قانون القضاء الإداري الفرنسي لسنة ٢٠٠٩، نقلاً من د. كمال جواد كاظم الحميداي، مدونة القضاء الإداري الفرنسي، الجزء الأول، القسم التشريعي، مكتبة السنهاوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص ١٢٩.

(4) Laurent richer, concession en droit communautaire, en délégation de service public, de monteur, 2009, p.145.

من قبل أحد المستشارين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية بسبب انعدام المصلحة^(١).

أما في مصر، فإن الطعن بالقرارات المنفصلة عن العقد كقرار الإرساء لا يكون إلا أمام القضاء الإداري، وهذا ما نص عليه قانون مجلس الدولة المصري لسنة ١٩٧٢، إذ حدد اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الطلبات التي يقدمها الأفراد بإلغاء القرارات الإدارية النهائية^(٢).

وبناء على ذلك، فقد استقر الفقه في مصر على إخضاع قرار إرساء المناقصة لاختصاص قاضي الإلغاء، فأجاز لصاحب العطاء المرفوض الطعن بالإلغاء من القرار الصادر عن الجهة الإدارية برفض عطائه، وإرساء المناقصة على غيره^(٣)، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر تأكيداً لما تقدم في حكمها الصادر سنة ٢٠٠١ على (...ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمر جائز قانوناً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعد قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة...)^(٤).

واستمر القضاء الإداري في مصر على تطبيق فكرة القرارات القابلة للانفصال عن العقد، إلى أن حل عام ٢٠١٤ الذي شهد تغييراً جذرياً في موقف المشرع المصري من الطعن بهذه القرارات، إذ صدر بتاريخ ٢٢/٤/٢٠١٤ قانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤ الخاص بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، ليقصر حق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية سواء في مرحلة ما قبل

(١) د. أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٦.

(٢) نصت المادة (١٣/أولاً) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على (تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المادة (١٠) عدا ما تختص به المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية...)، هذا ونصت المادة (١٠/) من نفس القانون على (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: (خامساً) الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية).

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين، المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى عام ٢٠٠٥، الجزء الأول، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ص ٦٣١.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٥٧٩١) سنة ٤٢ قضائية في ٢٤/٤/٢٠٠١، نقلاً من المستشار إبراهيم سيد أحمد والمستشار أشرف أحمد عبد الوهاب، موسوعة العدالة في أحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول، ط ١، دار العدالة، القاهرة، ٢٠١٧، ٤٧.

إبرام العقد الإداري أم في مرحلة تنفيذه على المتعاقدين فقط دون غيرهم^(١)، أي أن صاحب العطاء المستبعد لا يمكنه الطعن بقرار إرساء المناقصة، ولا يكون أمامه من طريق سوى طريق التظلم الإداري الذي تحدثنا عنه فيما مضى.

وهو ما أنبرى له الفقه المصري بالمعارضة، إذ اتجه جانباً منهم إلى القول أن هذا القانون مشوب بشبهة عدم الدستورية لعدة أسباب منها: مخالفته لحق التقاضي، عبر قصره على أطراف العقد دون غيرهم، حتى وإن كانت لهم مصلحة في الطعن، وثانياً أن دستور مصر لسنة ٢٠١٤ حظر النص على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن، سواء من القرارات السابقة أم اللاحقة للعقد، ومن جهة أخرى، فإن هذا القرار مخالف لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، فجميع المتنافسين أو المناقصين في مراكز قانونية متساوية منذ إعلان الإدارة رغبتها بالتعاقد^(٢).

(١) **المادة الأولى:** مع عدم الإخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات، من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناء على تلك.

المادة الثانية: مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تأريخ العمل بهذا القانون).

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القرار (يمر الاقتصاد القومي بمرحلة حرجية، ويحتاج إلى استرداد ثقة المستثمرين والممولين في مدى الاستقرار والأمان المتوافر للمعاملات التي يقومون بها لدى قيامهم بالاستثمار في السوق المصرية، لاسيما وقد تعرضت بعض العقود التي أبرمتها الدولة للإبطال، وما ترتب على ذلك من إنهاء لعقود مرت فترات زمنية كبيرة من تأريخ إبرامها وتولد عنها روابط عقدية وتصرفات قانونية مركبة ومتشابكة وتعلقت بها حقوق للغير حسني النية. ورغبة من الدولة في استعادة الثقة في تعاقداتها، وإرسال رسائل طمأنة للمستثمرين والممولين وغيرهم من الراغبين في التعاقد مع الدولة باستقرار معاملاتهم وحمايتهم كحسني النية في تعاقداتهم مع الدولة واحترامها لكلمتها وتصرفاتها في إطار من المشروعية وسيادة القانون، فقد رؤي وضع تنظيم إجرائي جديد يعالج بعض الآثار التي ترتبت على العقود السابق إبرامها ويحكم في ذات الوقت التعاقدات الجديدة فيحدد كيفية الطعن على العقود التي تبرمها الدولة وينظمه دون مصادرة أو منع للحق في التقاضي، ويحفظ في ذات الوقت للتعاقد استقراره).

(٢) د. منى رمضان محمد بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٦٩٦.

أما في الكويت، فقد نص قانون المناقصات العامة لسنة ٢٠١٦ على (تحدد الجمعية العامة للمحكمة الكلية غرفة أو أكثر من غرف الدائرة الإدارية تختص بنظر القضايا المتعلقة بالمناقصات العامة (وما في حكمها) من عمليات الشراء العامة، وما يرتبط بها ويتفرع عنها من منازعات إدارية. وترتب بمحكمة الاستئناف دائرة أو أكثر متخصصة للنظر فيما يستأنف من الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية المشار إليها في الفقرة الأولى ويكون حكمها باتا لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن...)^(١).

وقد أكدت الدائرة الإدارية في محكمة التمييز اختصاصها بنظر الطعون المقدمة ضد قرارات الإدارة القابلة للانفصال عن العقد الإداري، كالقرار الصادر باستبعاد أحد المناقصين من التقدم للمناقصة، والقرار الصادر بترسية المناقصة، إذ أكدت في إحدى اتجاهاتها اختصاصها بنظر الطلب المقدم من الطاعن بإلغاء قرار الترسية الصادر عن لجنة المناقصات المركزية، والمتعلق بطرح مناقصة لتجهيز خدمات التنظيف والنقل الداخلي والتخلص من النفايات بمبنى مجمع وزارة الاعلام والإدارات التابعة لها، والذي تم فيه تخطي شركة الطاعن وإرساء المناقصة على الشركة التالية لها في الترتيب بالمخالفة لأحكام القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات، فقضت بإلغاء القرار المطعون فيه^(٢).

بالمقابل دخل العراق مرحلة النظام القضائي المزدوج بإنشاء محكمة القضاء الإداري بموجب قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لعام ١٩٨٩، إلا أنه لم ينص على شمول منازعات العقود الإدارية لولايته، كما هو الحال في باقي الدول كفرنسا ومصر، وإنما نص قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٩ على (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من

(١) المادة (٧٩) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.

(٢) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، حكم رقم ٢٠٠٢/٢٢٥ إداري، في ٢١/٤/٢٠٠٣، وينظر في ذات المعنى أيضا حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعان ٢٠٠٣/٤٩١/٤٣٥ إداري، في ١٦/٢/٢٠٠٤، (وقضت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز باختصاصها بنظر الطعن المقدم إليها بإلغاء القرار الصادر بترسية المناقصة الخاصة بالنظافة والتخلص من النفايات والمراسلات الداخلية لجميع قطاعات وزارة التخطيط على رابع أقل الأسعار واستبعاد شركته، بالإضافة إلى الحكم له بالتعويض الجابر للأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء ذلك القرار، وقضت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بإلغاء ذلك القرار وتعويض الطاعن بتاريخ ١٩/٣/٢٠٠١، وتم استئناف الحكم فقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم وزيادة مبلغ التعويض للطاعن بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٣، ثم قضت محكمة التمييز بتمييز ذلك الحكم وذلك لثبوت مشروعية قرار الإدارة باستبعاد الطاعن) نقلا من د. يحيى محمد مرسى النمر، التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد ٢، السنة الخامسة، ٢٠١٧، ص ١٧١.

الموظفين والهيئات في دوائر الدولة ...^(١)، وبهذا بقيت منازعات العقود الإدارية في العراق خاضعة لولاية القضاء العادي العامة بنظر جميع المنازعات^(٢)، حتى تلك التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

إلى أن تم استحداث محكمة خاصة في وزارة التخطيط أخذت على عاتقها النظر في المنازعات المتعلقة بالإحالة على أحد المتنافسين، وفقاً لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالعقود العامة الذي نص على تشكيل محكمة للنظر في المنازعات الناشئة عن المناقصات الحكومية بشأن الإحالة غير المشروعة للقطاعات، والمنافسة غير المشروعة بين المناقصين^(٣)، غير أن قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف (المنحلة) رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ ألغى هذه المحكمة وأعاد اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية لولاية القضاء العادي^(٤).

ومن ثم فقد استقر أمر انعقاد اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية سواء قبل إبرام العقد الإداري أم بعده إلى محكمة البداية المختصة بالدعاوى التجارية، التي شكلت بموجب بيان صادر عن مجلس القضاء الأعلى^(٥).

وفي ضوء ما تقدم يتضح للباحث أن التشريع العراقي أخذ بضمانة الطعن بقرار الإحالة لجميع المناقصين المستبعدين، قد أسند اختصاص النظر في الطعون الموجه ضد قرار الإحالة إلى القضاء العادي،

(١) المادة (٧/ثانياً - د) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لعام ١٩٨٩ المعدل.

(٢) المادة (٢٩) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ التي تنص على أن (تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة إلا ما استثنى بنص خاص).

(٣) ينص البند (ثانياً) من القسم (٢) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ على (وضع وتبني قواعد خاصة بمحكمة إدارية مستقلة تكون مختصة بالشكاوى والمنازعات الناتجة أو تتعلق بمنح العقود العامة من قبل الحكومة) وأيضاً القسم (١٢) منه.

(٤) نصت المادة (١) على (تلغى المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وأية إشارة إليها في هذا الأمر والقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة)، ينظر المادة (٢) (يتولى القضاء العادي المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب الأمر أعلاه)، منشور بالوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٩/٧/٢٠١٣.

(٥) (تشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية باسم (محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية) تختص بنظر ٣ دعاوى العقود الحكومية التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤)، بيان مجلس القضاء الأعلى رقم ٧٤/ق/أ بتاريخ ١٠/١١/٢٠٢٠، منشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٦٠٥) بتاريخ ٢٣/١١/٢٠٢٠.

رغم أن قرار الإحالة هو قرار إداري صادر عن جهة إدارية فيفترض خضوعه لولاية القضاء الإداري، إلا أن المشرع العراقي وبموجب قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٩ أخرج من اختصاص هذا القضاء النظر في القرارات الإدارية التي رسم لها المشرع طريقاً خاصاً للتظلم منها أو الطعن عليها، ومن بين القرارات التي رسم لها المشرع طريقاً خاصاً للطعن قرار الإحالة، ونحن بدورنا نتفق مع توجه المشرع العراقي في عقد اختصاص النظر بقرار الإحالة إلى القضاء العادي، لعدة أسباب منها بطء إجراءات حسم الدعاوى المنظورة أمام محكمة القضاء الإداري، وهو ما لا يتلاءم مطلقاً مع متطلبات السرعة في حسم منازعات إبرام العقود الإدارية، فأخضاع الطعن بقرار الإحالة أمام محكمة القضاء الإداري وفي ظل الوضع الحالي المتمثل بعدم تعدد جهات القضاء الإداري حسب ما نص عليه قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة لسنة ٢٠١٣ سيفاقم الوضع سوء أكثر مما هو عليه، ولما تكتمل هيئات القضاء الإداري عندها نتفق مع توجه الفقه والباحثين من ضرورة إخضاع قرار الإحالة بل ومنازعات العقود الإدارية لاختصاص القضاء الإداري

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على إلغاء قرار الإحالة

تنتهي دعوى الإلغاء عادةً أما بأن لا يستجيب الحكم الصادر لطلب المدعي طالب إلغاء القرار الإداري، أو أن يستجيب لطلب الإلغاء عند تحقق وجود عيب من عيوب الإلغاء، ويكون للإلغاء حينها أثر رجعي، ما ينتج عن ذلك محو النتائج المترتبة على القرار الملغى، غير أن ترتيب حكم الإلغاء لآثاره يكون له وضع خاص في مجال العقود الإدارية، لأنه في أغلب الأحيان يصدر حكم الإلغاء بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، عندها لا يكون لحكم الإلغاء الفائدة التي يترتبها الطاعن من رفع دعوى الإلغاء، لهذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنبحث في الفرع الأول أثر إلغاء قرار الإحالة على العملية التعاقدية، بينما سنبحث في الفرع الثاني مسؤولية الإدارة عن إبرام العقد الإداري.

الفرع الأول

أثر إلغاء قرار الإحالة على العملية التعاقدية

على نحو ما سبق فإن بوسع قاضي الإلغاء الحكم بإلغاء كل قرار منفصل عن العقد الإداري بوصفه قاضي مشروعية، ولا يمتد حكمه عموماً إلى أكثر من تقرير مشروعية القرار من عدمه، بأن يصدر أمراً إلى الإدارة للقيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام به، إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، غير أنه يجب الأخذ بالحسبان التطور الذي أصاب هذه السلطة وبالأخص في فرنسا، فقد تدخل المشرع الفرنسي لينظم الآثار المترتبة على الطعن بقرار منح أو إرساء العقد، فبعد أن ظهر معنا اعتماد المشرع الفرنسي لنظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، فإننا سنتولى توضيح الآثار المترتبة على هذا الطعن، وقرارات القاضي الاستعجالي في الدعوى المستعجلة.

جاءت النصوص القانونية المنظمة لعملية إبرام العقود الإدارية بما يعرف بـ (مدة الجمود) ويقصد بها جمود عملية إبرام العقد مدة زمنية معينة بين تأريخين هما تأريخ رفض العروض وتأريخ توقيع العقد، إذ أن التوجهات الأوروبية نصت على ترك مدة معقولة بين تأريخ تبليغ المرشحين المستبعدة قرار رفض عروضهم وبين تأريخ توقيع العقد، وذلك للسماح لذوي الشأن من رفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، وتمتتع الإدارة عن إبرام العقد خلالها، وقد حددها القانون الفرنسي بموجب المرسوم الصادر في ٢٠٠٥/١٢/١١ بعشرة أيام، ويمكن للإدارة تخفيضها في حالة الاستعجال، إلا أنه بموجب المرسوم رقم (١٤٥٦) الصادر في ٢٠٠٩/١١/٢٧ أصبحت هذه المدة (١٦) ستة عشرة يوماً بين تأريخ إرساء العرض وتأريخ إبرام العقد، وتخفض هذه المدة في حالة التحويل الإلكتروني لمجموع المرشحين إلى (١١) أحد عشر يوماً، وقد نصت مدونة القضاء الإداري الفرنسي على عدم إمكانية توقيع العقد خلال مرحلة اللجوء إلى القاضي المستعجل بنصها (لا يمكن توقيع العقد خلال الفترة ابتداء من اللجوء إلى المحكمة الإدارية وحتى ابلاغ السلطة المتعاقدة بالقرار القضائي)^(١).

(١) المادة (٥٥١_٤) نقلاً من د. كمال جواد كاظم الحميداوي، مصدر سابق، ص ١٢٩.

كما نصت على سلطات القاضي الإداري بهذا الشأن وهي كالآتي:

أولاً/ الإجراءات التحفظية: وهي إجراءات مؤقتة تتلخص بصورة أساسية فيما يلي:

١- سلطة الأمر: وتعني منح القاضي الإداري سلطة إلزام الإدارة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا ما نصت عليه مدونة القضاء الإداري إذ جاء فيها (يمكن لرئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه أن يأمر بتعليق تنفيذ العقد خلال مدة الدعوى ما لم يقدر بأن النتائج السلبية لهذا الإجراء تفوق فوائده في ضوء جميع المصالح المحتمل تعرضها للضرر وخاصة المصلحة العامة)، كما يكمن للقاضي الإداري أيضاً فرض غرامة تهديدية بذلك في حالة عدم امتثال الإدارة لأمر القاضي (...ويمكنه بالإضافة إلى ذلك النطق بغرامة تهديدية مؤقتة... وإذا وجد عند دفع الغرامة التهديدية المؤقتة إن لم يتم تصحيح الاختلال الذي تم تشخيصه فإنه يمكن للقاضي أن ينطق بغرامة تهديدية نهائية...)^(١) وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر سنة ٢٠٢٠ إذ قرر إيقاع غرامة مالية تقدر بعشرة آلاف (١٠٠٠٠) أورو ضد الجهة الإدارية المتعاقدة التي لم تحترم مدة توقيف إجراءات الإبرام نتيجة للطعن المقدم، التي تبدأ من تأريخ إخطار القاضي الاستعجالي إلى غاية إصدار الأمر الاستعجالي حتى ولو رفض إدعاءات المدعي^٢.

٢- سلطة الوقف: فالقاضي يتمتع بسلطة وقف إبرام العقد وتأجيل كل قرار يتصل به وذلك لغاية الفصل في الدعوى المستعجلة^(٣).

ثانياً/ القرارات النهائية: وهي كالآتي:

١- سلطة إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بإبرام العقد، فالإدارة في إبرام عقودها تصدر مجموعة من القرارات تعبر من خلالها عن إرادتها الموضوعية، تشكل جوهر عملية التعاقد وتكون الأساس الذي

(١) المادة (٥٥١_٦) نقلاً من د. كمال جواد كاظم الحميداوي، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (٤٣٥٩٨٢) في ٢٧/٥/٢٠٢٠، نقلاً من سالم ليلي، مصدر سابق، ص ١٧.

(٣) المادة (٥٥١_٤) نقلاً من د. كمال جواد كاظم الحميداوي، مصدر سابق، ص ١٢٩.

يبرم عليه العقد، والقاضي الإداري عند نظر هذه الدعوى يتمتع بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا انطوت على مخالفة الالتزام بمبدأ العلانية والمنافسة^(١).

٢- سلطة القاضي الإداري في النطق ببطالان العقد، أو فسخه، أو تقليص مدته، أو فرض غرامة مالية، في حالة إذا ما تم توقيع العقد خلال مرحلة الجمود^(٢).

وإذا كان التشريع الفرنسي قد بين آثار الطعن بقرار الإحالة والأحكام التي يصدرها القاضي الإداري، فإن الوضع في باقي الدول محل المقارنة مختلف تماماً، إذ لم تبين تشريعاتها آثار الطعن بقرار الإحالة على العملية التعاقدية، وهو ما فتح باب الاجتهاد أمام الفقه والقضاء، لذا نتساءل عن مدى إمكانية إبطال العقد الإداري تأسيساً على إلغاء الإحالة؟

ويمكن القول أن هنالك فرضين للإجابة على هذا التساؤل هما:

الفرض الأول/ صدور الحكم بإلغاء قرار الإحالة قبل إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية: وفي هذه الحالة يصدر الحكم بإلغاء قرار الإحالة قبل أن تبرم الإدارة العقد موضوع المناقصة، وبذلك لا تستطيع الإدارة أن تسير في إجراءات التعاقد، وإلا تكون قد خالفت الحجية المطلقة لحكم الإلغاء الذي يسري في مواجهة الكافة^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالة نادرة الحدوث من الناحية الواقعية، فعادة ما يتم إبرام العقد الإداري قبل صدور حكم الإلغاء، نظراً لبطئ إجراءات التقاضي، لذلك فإن حكم الإلغاء يصدر في غالب الأحيان بعد إبرام العقد الإداري، الأمر الذي ينطوي على مشكلة قانونية في ترتيب آثار حكم الإلغاء^(٤)، ومن هنا تتبع

(١) للقاضي النطق ببطالان العقد عندما لا يمتد اتخاذ أي إجراء من إجراءات الاعلان المطلوبة لإبرام العقد... وينطق بالبطالان ذاته عندما يتم تجاهل الية الطرح للمنافسة...، المادة (١٨-٥٥١)، نقلاً من د. كمال جواد كاظم الحميدوي، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٢) (في حالة إذا تم توقيع العقد قبل انتهاء المدة المطلوبة بعد إرسال قرار منح العقد لأحد المتعاملين الاقتصاديين أو الشركات الذين قدموا ترشيحاً أو عرضاً أو أثناء التعليق... فإنه يجوز للقاضي أن ينطق ببطالان العقد أو فسخه أو تقليص مدته أو فرض غرامة مالية)، المادة (٢٠-٥٥١)، د. كمال جواد كاظم الحميدوي، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٣) د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ١٠٧.

(٤) د. دريد عيسى إبراهيم، مصدر سابق، ص ٥٢٦.

أهمية نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية بالنسبة للدول التي لم تتبنى بعد نظام القضاء المستعجل في نطاق العقود الإدارية.

الفرض الثاني: صدور حكم إلغاء الإحالة بعد إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية: يعد هذا الفرض الأكثر حدوثاً وإثارة للجدل الفقهي والقضائي، فالقاعدة التقليدية التي تحكم هذه المسألة إن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري ليس له أي أثر مباشر على العقد نفسه، لأن الأخير يظل قائماً بين طرفيه ومنتجا لآثاره، إلا إذا قام أحد الأطراف برفع دعوى بطلان العقد أمام قاضي العقد بهدف الحكم ببطلانه تأسيساً على الحجية المطلقة لحكم إلغاء قرار الإحالة، بيد أن المتعاقد مع الإدارة ليس من مصلحته أن يطلب من قاضي العقد إلغاء العقد استناداً لحكم الإلغاء، بل إن مصلحته تقتضي استمرار الوجود القانوني للعقد، وهذا ما يتطلب التعرف على موقف كل من القضاء والفقهاء في خصوص أثر إلغاء قرار الإحالة على إبرام العقد الإداري، في ظل غياب الموقف التشريعي في معالجة هذه المسألة سواء في مصر، أم الكويت، أم العراق.

وبشأن موقف القضاء، ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى عدم امتداد آثار القرار إلى العقد الإداري، فقاضي الإلغاء لا يبحث إلا فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى، من دون أن يهتم بما قد يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية^(١).

فقضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر سنة ١٩٦٦ أنه (...إذا صح أن إلغاء القرار الإداري بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى اهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه، إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار، إذ أن من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيساً على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه على أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار إرساء المناقصة ثم يظل الإجراء المترتب عليه (وهو إبرام العقد) قائماً على أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في أنه بناء على حكم الإلغاء أن يحصل على تعويض من الجهة الإدارية...) (٢).

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا في مصر في اتجاه لها سنة ٢٠٠٠ هذا الموقف بقولها (...إن ما تصدره جهة الإدارة من قرارات إدارية منفردة وهي تؤدي وظيفتها التنفيذية سواء كانت سابقة على تكوين العقد

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم (١٧٥٣)، لسنة ١٠ قضائية، في ١٨/١/١٩٦٦، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، سنة ١١، ص ٢٧.

أم لاحقة أو أثناء فترة التنفيذ ليس لها من شأن أن تغير من الاختصاص المقرر لقاضي العقد بحيث لا يكون لإلغاء القرارات التي تصدر في المراحل السابقة على التعاقد مساس بذات العقد الذي ظل قائماً بحالته ويكون الفصل في المنازعات المتعلقة به من اختصاص قاضي العقد...^(١).

فنفهم مما تقدم إن القضاء الإداري في مصر لم يعتمد إلى القضاء بإبطال العقد الإداري كأثر مترتب على إلغاء قرار الإرساء، لأن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية يقتصر عمله على تحديد مشروعية عمل الإدارة من عدمه.

وخلافا لما استقر عليه القضاء الإداري المصري من عدم تأثير إلغاء قرار الإحالة على العقد الإداري، جاءت أحكام القضاء الإداري في العراق على عكس ذلك، بل إن محكمة القضاء الإداري ذهبت إلى أبعد من ذلك عبر إلزامها للجهة الإدارية المتعاقدة بضرورة القيام بإجراء معين كأثر مترتب على إلغاء القرار الإداري، إذ قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بتاريخ ١٩٩٩ إلغاء قرار الإحالة لبطلان الإجراءات وتعسف الجهة الإدارية، والزمتهما بوجوب إعادة إجراءات التعاقد من جديد، إذ ألغت المحكمة قرار التصديق على الإحالة وإبرام العقد معا، وتأييد ذلك في قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفقتها التمييزية آنذاك^(٢).

وكذلك أحكام المحكمة الإدارية الخاصة بنظر الاعتراضات على قرار الإحالة قبل إلغائها، إذ لا تكفي بإلغاء قرار الإحالة بل تصدر أمرا إلى الجهة الإدارية بإحالة المناقصة إلى المناقص الطاعن، فقد جاء في أحد أحكامها (... قررت المحكمة الحكم بإلغاء الإحالة الصادرة عن المدعى عليه إضافة لوظيفته والزامه بإحالة هذا المشروع بعهددة شركة المدعي إضافة لوظيفته...)^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٢٠٢ سنة ٤٤ قضائية في ٢/٣/٢٠٠٢، نقلا عن د. دريد عيسى إبراهيم، مصدر سابق، ص ٥٢٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المرقم ١٢١/ قضاء إداري/ ١٩٩٠، في ٢٨/١١/١٩٩٠، وقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في الدعوى المرقمة ٨/إدارية تمييز/ ١٩٩٣، في ٧/٢/١٩٩٣، نقلا عن د. دريد عيسى إبراهيم، مصدر سابق، ص ٥٣٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية رقم ١٠/ إدارية تخطيط/ ٢٠١١، في ٢٩/٥/٢٠١١، نقلا من شهاب أحمد ياسين و خليل إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٥٩-٦٠.

ووفقا لذلك أصدرت وزارة التخطيط اعمامها لغرض معالجة الآثار المترتبة على قرار المحكمة الإدارية عندما تقضي بعدم مشروعية قرار الإحالة، وقد ميز بين حالتين هما^(١):

الحالة الأولى: في حالة عدم مباشرة الشركة التي صدر لها قرار الإحالة بالعمل، فعلي جهة التعاقد عند استلامها القرار القضائي تصحيح قرار الإحالة لصالح الجهة التي كسبت الحكم.

الحالة الثانية: عند صدور قرار الإحالة إلى الشركة صاحب العطاء الأفضل وإبرام العقد بناء على ذلك وتمت المباشرة بتنفيذ العقد ثم تلي ذلك صدور حكم من المحكمة لصالح المعارض على قرار الإحالة فيتم حل النزاع عن طريق القضاء المختص بعد تحديد مبلغ التعويض المناسب للمدعي الذي صدر الحكم لمصلحته.

نخلص مما تقدم إن موقف القضاء العراقي يختلف عن القضاء المصري من حيث أثر إلغاء الإحالة على العقد الإداري، ولعل سبب ذلك يعود إلى خضوع منازعات العقود الإدارية للقضاء العادي سواء كانت المنازعة قبل إبرام العقد، أم اثناءه، أم بعد إبرامه، فمنهج القضاء العادي قائم على أساس التدخل في شؤون الادارة، خلافا للقاضي الإداري أو قضاء الإلغاء الذي تقتصر سلطته عموما في البحث عن مشروعية قرار الإدارة من عدمه دون التدخل في اعمال الإدارة استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات.

وبخصوص موقف الفقه من أثر إلغاء الإحالة على العقد الإداري، فقد اختلف إلى اتجاهاين بين مؤيد لما ذهب إليه القضاء الإداري من عدم ترتيب أي آثار لحكم على العقد، ومعارض لذلك إذ يرى امتداد آثار إلغاء قرار الإحالة إلى العقد الإداري، وكالاتي:

أولا/ الاتجاه المؤيد لامتداد أثر حكم إلغاء الإحالة إلى العقد:

ينكر الفقه قاعدة عدم امتداد أثر حكم إلغاء قرار الإحالة إلى العقد الإداري، إذ يرى اتجاه منهم (إن القرار المنفصل الذي يحكم بإلغائه هو مرحلة من مراحل العملية المركبة يترتب على سلامته سلامة العملية

(١) اعمام وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة عدد ١٢٠٦٧/٧/٤، في ٢٠١١/٧/١٨.

كلها، وبالتالي فإن إبطال القرارات المنفصلة يؤدي إلى إبطال ما يترتب عليها حيث يبطل ما بني على باطل بالتبعية، فلا يعقل أن يهدم الأساس الذي قام عليه العقد الإداري ويظل هذا العقد سليماً، فضلاً عن أن الإبطال هو نتيجة منطقية لكون الحكم بالإلغاء حجة على الكافة، كما أن للحكم بإلغاء القرار المنفصل فوائده في جميع الحالات حتى لو لم يؤدي إلى إلغاء العملية المركبة، فهو سبب للحكم بالتعويض إذا ما ترتب على هذا القرار ضرر قد يستند عليه أطراف العقد لطلب التحرر منه^(١).

ويرى آخر (يجب أن يترتب على إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة إلغاء العقد حتى لا يبقى العقد قائماً على تصرف باطل ومخالف للقانون ذلك إن إبرام العقد لا يجعل الإدارة بمنجاة من تنفيذ القانون ووجوب أن تصدر قراراتها مطابقة له هذا فضلاً عن أنه يتجافى مع المنطق وإلا لما كان هناك داع لقبول دعوى الإلغاء فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة ما دام أن الإلغاء لا يترتب عليه)^(٢).

ثانياً/ الاتجاه المعارض لامتداد أثر إلغاء قرار الإحالة إلى العقد:

عارض أنصار هذا الاتجاه^(٣) امتداد أثر حكم إلغاء قرار الإحالة إلى العقد الإداري، بقولهم يجب أن لا يكون لإلغاء القرار المنفصل أي أثر على العقد، إذ يبقى العقد قائماً إلى أن يتم الغاؤه من طرف قاضي العقد بناء على طلب أحد طرفيه، وإن القول بغير هذا من شأنه زعزعة استقرار المعاملات وإهدار قواعد الاختصاص القضائي من اعتداء قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد، إذ كيف يمكن لنا أن نحكم أن القرار المنفصل عن العقد أول الأمر وبعد ذلك نصله به لإعطاء الأثر الكامل لإلغاء القرار موضوع النزاع؟ فإن إلغاء قرار الإرساء وإن كان يهز كيان العقد الإداري بحيث يجعله قابلاً للإبطال في أية لحظة يتم فيها الطعن فيه أمام قاضي العقد من قبل أطرافه، إلا أنه قائماً ومنتجا لكافة آثاره القانونية بين طرفيه طالما لم يتم الطعن به.

(١) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦١، ص ٣٩٢.

(٢) حسن درويش عبد العال، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٣) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ٦١. وأيضاً د. إبراهيم عبد العزيز شيا، مبادئ وإحكام القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة، بيروت، ١٩٨٣، ص ٣٩٣. د. سعد عصفور و د. محسن خليل، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص ٣٩٠.

بينما يذهب جانب من الفقه^(١) إلى تحليل آثار إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري بالنسبة لأطرافه وبالنسبة للغير، فبالنسبة لأطراف العقد يمكنهم أن يعدلوا الاوضاع القانونية للعقد المبرم وفقا لما قضى به حكم الإلغاء، كما يمكنهم فسخ العقد وإبرام عقد جديد تتوافر فيه الموجبات القانونية التي افتقدت سابقا، غير أن طرفي العقد من الممكن أن لا يتفقا على ذلك عندئذ يستطيع أحدهما أن يطرق باب قاضي العقد ويطلب منه سحب نتائج إلغاء القرار المنفصل عن العقد، والقاضي هنا يتقيد بحجية الأمر المقضي به لحكم الإلغاء ومن ثم يلتزم بإبطال العقد.

لكن إذا كان هذا هو الأصل فإن قاضي العقد كقاض لكل العملية التعاقدية يشمل العقد بنظرة كلية فلا يرتب بطلان العقد بشكل آلي بناء على إلغاء قرار إرساء المناقصة، بمعنى إن ترتيب البطلان يكون حسب السبب الذي سوغ إلغاء القرار، فإذا كان مرد الإلغاء يتمثل في عدم مشروعية العقد فإن الإلغاء يحتم ابطال العقد، أما إذا كان إلغاء القرار بسبب عيب خاص فإن البطلان يتوقف على مدى العلاقة بين العقد والقرار، فإذا كان القرار الملغي هو قرار توقيع العقد فلا مناص من بطلان العقد، لأن هذا القرار يعد مرتبطا بشكل وثيق بالعقد^(٢).

وأما بالنسبة للغير فإن حكم إلغاء قرار الإرساء معرض لأن يبقى بلا أثر، لأنه أجل سحب نتائج الإلغاء على الوجود القانوني للعقد إلى دخول محكمة قاضي العقد، وهذا الأخير لا يمكن لغير أطراف العقد الترافع أمامه عملا بقاعدة نسبية آثار العقود، مما يعني أن الغير عن العقد ذا المصلحة في إبطال العقد سيتوقف مصيره على إرادة أطراف العقد، فإذا امتنعا عن إثارة حكم الإلغاء أمام قاضي العقد فإن الأخير سيبقى مستمرا، لأن مشروعيته لم تطرح أمام القاضي الوحيد بتقرير بطلانه^(٣).

إن هذا التوجه في عدم امتداد آثار حكم الإلغاء إلى العقد الإداري يشبه إنكار العدالة إلى حد كبير، وقد كانت مثار انتقادات الفقه، لذا فقد اجتهد الفقه^(٤) باقتراح حلول لهذا الاشكال وهي:

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٤٥.

(٢) د. عبد المنعم عبد العظيم جيره، آثار حكم الإلغاء، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢٠٢.

(٣) د. محمد عبد العال السناري، مصدر سابق، ص١٠٤.

(٤) د. عبد الحميد كمال حشيش، مصدر سابق، ص٥٣.

الحل الاول: السماح لغير أطراف العقد أن يطالبوا بإبطاله أمام قاضيه الطبيعي (قاضي العقد) وذلك بعد أن يحصلوا على حكم بإلغاء القرار المنفصل من قاضي الإلغاء.

الحل الثاني: الاكتفاء باللجوء إلى قاضي الإلغاء مع السماح له بترتيب كافة النتائج المنطقية المترتبة على إلغاء القرار بما في ذلك بطلان العقد ذاته، إلا أنه في الحالات التي يؤدي فيها القرار إلى المساس بالعقد كله أو بعضه، فإنه يتعين اختصام طرفي العقد وذلك حتى يدافع كل صاحب حقه عن حقه، وبذلك يصبح لنظرية القرارات المنفصلة فائدة ومنفعة.

ويرى الباحث مما تقدم إنه ليس من العدالة في شيء أن يحكم القضاء بإلغاء قرار الإحالة ومع ذلك يستمر بتنفيذ العقد لعدم استطاعة الطاعن المطالبة بإلغاء العقد، بحسبان أن اللجوء إلى قاضي العقد يقتصر على أطرافه فقط، ولا يبقى أمام الطاعن سوى المطالبة بالتعويض على الرغم من عدم اتفاقنا مع ذلك أيضاً، لأنه يكلف مالية الدولة مبالغ كثيرة ويضر المصلحة العامة، لذا نقترح في هذا الشأن أن يتم تنظيم إجراءات منازعات ما قبل إبرام العقد الإداري تشريعياً وبصورة تتفق مع ما يستلزمه إبرام وتنفيذ العقد من سرعة في حسم منازعاته، بحيث تكون مدد الطعن حتمية وقصيرة، اتقاء للآثار المترتبة لعدم امتداد حكم إلغاء قرار الإحالة إلى العقد.

الفرع الثاني

مسؤولية الإدارة عن إبرام العقد الإداري

إن إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها العامة سواء التشريعية، أم التنفيذية، أم القضائية، لم يكن أمراً ميسوراً، فقد ساد مدة طويلة المبدأ التقليدي الذي يقضي بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها استناداً إلى مسوغات عديدة، إلا أن الانتقادات التي وجهت إلى هذا المبدأ ساهمت في انحساره بنسبة كبيرة، غير أن التطور الحقيقي الذي أدى إلى الأخذ بمبدأ مسؤولية الدولة أصاب السلطة التنفيذية أيضاً وباتت تخضع لذات المبدأ.

وتعني مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة إلزامها بدفع التعويض عن الأضرار التي تسببت بها للغير بفعل أعمالها الضارة، وتنقسم هذه المسؤولية إلى قسمين الأولى المسؤولية العقدية، والثانية المسؤولية

التقصيرية، والتي تنهض على أساس ما تحدثه الجهة الإدارية من ضرر للغير بخطئها، وهذه المسؤولية تلزم من تقوم في مواجهته بدفع الأضرار التي سببها للغير^(١).

ويقف قضاء التعويض إلى جوار قضاء الإلغاء لضمان تطبيق مبدأ المشروعية، فمن ناحية قد يكون قضاء التعويض مكملًا لقضاء الإلغاء، فبينما يؤدي إلغاء القرار الإداري المعيب إلى تصحيح الأوضاع القانونية، يأتي دور قضاء التعويض لكي يجبر الضرر الناتج عن صدور القرار المعيب الذي حكم بإلغائه، ومن ناحية ثانية يكون قضاء التعويض في حالات كثيرة الوسيلة الوحيدة لجبر الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء نشاط الإدارة^(٢)، ففي بعض الأحيان نتيجة للأثر غير الواقف للطعن أمام القضاء الإداري يتم تنفيذ القرار قبل الحكم في الدعوى ويستحل عملاً إعادة الحال إلى ما كان عليه، وهو ما ينطبق على المناقص الذي صدر حكم بإلغاء قرار الإحالة لمصلحته، إلا أنه قد تعذر تنفيذه نظراً لدخول العقد في مرحلة التنفيذ ولا يمكنه مطالبة قاضي العقد بإلغاء العقد لاقتصار حق الترافع على أطراف العقد فقط، فلا يبقى له سوى المطالبة بالتعويض عن قرار الإدارة غير المشروع.

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري أن لا تأثير لحكم الإلغاء على إبرام العقد الإداري بعد وخوله حيز التنفيذ، ولا يبقى للمناقص الطاعن سوى المطالبة بالتعويض عن قرار الإدارة غير المشروع، الأمر الذي أكدته أحكام القضاء الإداري في مصر، ومن بينها الحكم الذي ذكرناه آنفاً ولا بأس من إعادة ذكره، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في اتجاه لها سنة ١٩٦٦ بأنه (...إذا صح أن إلغاء القرار الإداري بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى اهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه، إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار، إذ إن من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع، تأسيساً على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه، على أنه مما يتعارض مع المنطق أن

(١) د. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، الجزء الأول، الهيئة المصرية العامة، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢٠. وأيضاً د. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، ط ٢، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٩٩. وأيضاً د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٩٧.

(٢) د. جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧.

يلغى قرار إرساء المناقصة ثم يظل الإجراء المترتب عليه (وهو إبرام العقد) قائماً، على أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في أنه بناء على حكم الإلغاء أن يحصل على تعويض من الجهة الإدارية...^(١).

وكذلك فتاوى الجمعية العمومية بفتاوها سنة ٢٠١٧ التي جاء فيها (...إنه أيًا ما كان وجه البطلان الذي لحق بالإجراءات السابقة على التعاقد، فإنه إذا ما انعقد العقد مستوفياً أركانه يكون ملزماً لطرفيه، ويكون من الواجب على الجهة الإدارية الاستمرار في تنفيذه حتى انتهاء مدته، حفاظاً على مصداقية الدولة في الوفاء بتعاقداتها، وتحقيقاً لمبدأ استقرار المعاملات، ولا سيما أنه سترتب في أغلب الأحوال على إنهاء العمل بالعقد أثناء تنفيذه ضرر بالغ بالمصلحة العامة كفوات فرصة الاستفادة من المبالغ التي تم صرفها بالفعل، أو تُكَلَّف الدولة مبالغ باهظة تتحملها الخزنة العامة، وذلك كله دون الإخلال بقواعد المسؤولية ضد كل من اتخذ الإجراءات المخالفة للقانون...)^(٢).

والأمر ذاته في العراق، فقد أكد اعمام وزارة التخطيط مسؤولية الإدارة عن دفع التعويض للمناقص الذي صدر حكم الإلغاء لصالحه، إلا أنه تعذر تنفيذه، إذ جاء فيه (...أما عند صدور قرار الإحالة إلى الشركة صاحب العطاء الأفضل وإبرام العقد بناء على ذلك وتمت المباشرة بتنفيذ العقد ثم تلي ذلك صدور حكم من المحكمة لصالح المعارض على قرار الإحالة فيتم حل النزاع عن طريق القضاء المختص بعد تحديد مبلغ التعويض المناسب للمدعي الذي صدر الحكم لمصلحته)^(٣).

هذا ويشترط لقيام المسؤولية التقصيرية توافر مجموعة من الشروط هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في إحدى اتجاهاتها سنة ١٩٩٢ إذ قضت (...وحيث أن قضاء المحكمة قد جرى على أن مسؤولية الإدارة عن التعويض عن القرارات الإدارية رهينة بأن

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم (١٧٥٣)، لسنة ١٠ قضائية، في ١٨/١/١٩٦٦، مجموعة احكام محكمة القضاء الإداري، سنة ١١، ص ٢٧.

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم (٣٣١) في ٢٤/١/٢٠١٧، نقلاً من موقع المطابع الاميرية.

(٣) اعمام وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة عدد ١٢٠٦٧/٧/٤، في ١٨/٧/٢٠١١.

يكون القرار معيباً، وأن يترتب عليه ضرر، وأن تقوم علاقة سببية بين عدم مشروعية القرار وبين الضرر الذي أصاب الافراد...) (١).

وتتأسس المسؤولية التقصيرية للإدارة على أساس الخطأ، إذ يعرف الأخير بأنه (الخطأ الذي يرتكبه الموظف العام عند أدائه لمهام وظيفته ولا ينسب إليه بل ينسب إلى المرق العام) (٢)، ولكن ليس كل خطأ يصدر عن الموظف يكون منسوباً إلى الإدارة، فقد تنحصر نسبة الخطأ بالموظف الذي صدر عنه، وقد ينسب إلى الإدارة، وتكون الدولة هي المسؤولة عنه، فالخطأ الأول يسمى خطأ شخصياً، والخطأ الثاني يسمى خطأ مرفقياً، والخطأ الشخصي لا يكون مسؤولاً عنه غير الموظف الصادر عنه الخطأ، وليست هناك من مسؤولية على الدولة لصدوره (٣).

مع الإشارة إلى أن ليس كل خطأ في القرار الإداري يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة، إذ ليس هناك تلازم بين العيب الذي يخلق القرار الإداري والخطأ الموجب للتعويض، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بحكمها الصادر ٢٠١٥ الذي جاء فيه (...إن أساس مسؤولية الإدارة عن القرارات الصادرة منها هو وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار غير مشروع لعيب من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة، وأن يلحق بصاحب الشأن ضرر، وتقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن صدور القرار الإداري مشوباً بعيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة يفقده المشروعية، إلا أن ذلك لا يعني تحقق ركن الخطأ الموجب للتعويض، فليس هناك تلازم بين ثبوت عدم مشروعية القرار الإداري وتحقيق ركن الخطأ الموجب للتعويض، ولذلك فإنه يتعين الوقوف على طبيعة الخطأ الذي يترتب مسؤولية الإدارة عن قراراتها، فالخطأ في السلوك الإداري هو وحده الذي يترتب المسؤولية، كأن يصدر القرار مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، فيكون بذلك خطأً عمدياً وليد إرادة آثمة للجهة الإدارية، أو أن يصدر القرار دون دراسة كافية على نحو ينبغي عن رعونة الجهة الإدارية أو عدم

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٣٣٤١، لسنة ٣٢ قضائية، في ٢٠/٢/١٩٩٢، أشار إليه شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣٠.

(٢) د. محمد طه حسين الحسيني، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، ط٣، مكتبة دار السلام القانونية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٣٢.

(٣) د. منى رمضان محمد البطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٩١٤.

رشدها، بألا تضع نفسها في أفضل الظروف التي تمكنها من اتخاذ القرار الصحيح، أو عدم أخذها بالأسباب التي تكفل للقرارات التي تصدرها الضمانات الكافي لسلامتها، مما يضر فعلاً بالموقف العادل لذوي الشأن، ففي هذه الحالات يتحقق الخطأ في السلوك الإداري الموجب للتعويض...^(١).

ولا يكفي لقيام المسؤولية الإدارية توافر عنصر الخطأ فقط، بل يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب أحد الأفراد، فلا يتصور الحكم بالتعويض عن فعل لا يترتب ضرراً حتى لو كان هذا الفعل خاطئاً، ومن ثم فإن الضرر يعد ركناً لازماً لقيام المسؤولية الإدارية، وعليه يعرف الضرر أنه (كل ما يصيب الشخص نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أم تلك المصلحة بسلامة جسمه، أم بعاطفته، أو بماله، أو حرته، أو شرفه، أو غير ذلك)^(٢).

ويتمثل الضرر الذي يصيب المناقص طالب التعويض في فوات الفرصة، أي فوات فرصة إحالة المناقصة عليه نتيجة لخطأ الإدارة، وتوجد هذه الحالة عندما يحرم شخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة، فيستحق التعويض عن ذلك^(٣)، ويعرف التعويض عن فوات الفرصة أنه (حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب، إذ يكون هناك كسب مرجح كان يمكن أن يتحقق وقد قضى محدث الضرر بفعله الضار على تحقيقه)^(٤)، وذهب آخر في بيان مفهوم التعويض عن فوات الفرصة بأنه الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المضرور فرصة تحقيق كسب مرجح، أو تحاشي خسارة. فضرر تفويت الفرصة يفترض أن المضرور كان يأمل في منفعة يحققها، أو تحاشي خسارة تهدده، وكان يعول على أن هذه الفرصة تتيح له إمكانية تحقيق ما كان يأمله لو سارت الأمور في مجراها الطبيعي، فجاء محدث الضرر وتسبب بفعله في حرمانه من هذه الفرصة، وتبديد أمله نهائياً في تحقيق ما كان يصبوا إليه^(٥).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٢٥٩٧٦) سنة ٥٥ قضائية، في ١٦/٦/٢٠١٥.

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة في مصر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٦٦.

(٣) د. حسن علي دنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، بغداد، ١٩٩١، ص ١٦٤.

(٤) أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥، ص ١٥.

(٥) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني (مصادر الالتزام)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص ٥٥٦.

وحتى يترتب التعويض على تفويت الفرصة لابد من وجود فرصة جدية وحقيقية للكسب، أي احتمال أو رجحان هذا الكسب، ومن ثم ضياع أو تفويت هذه الفرصة، بحيث يؤدي إلى حرمان نهائي من الكسب^(١).

ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها عن الضرر في مرحلة إبرام العقد الإداري الضرر الذي يلحق بالأشخاص والشركات من نفقات انتقال واعداد ودراسات الجدوى والاستشارات القانونية، أو القيام ببعض الأعمال لصالح الإدارة، هذا فيما يخص الضرر المادي، أما الضرر المعنوي، فإنه كثيرا ما ينشأ عن قرارات حرمان المناقص من الدخول في التعاقد مع الإدارة الاساءة إلى سمعة المناقص المحروم، والتأثير على سمعته في الأوساط التجارية والتعامل مع عملائه^(٢).

وفي هذا الصدد، وافق مجلس الدولة الفرنسي في سنة ١٩٧٠ على قبول دعاوى المسؤولية المرفوعة من قبل العارضين الذين تم استبعادهم بشكل غير قانونية ومن إجراءات التعاقد عن طريق فقدان الفرصة، ثم فإن عدم الشرعية تنطوي على مسؤولية غير تعاقدية للجهة العامة تجاه الشركات التي حرمت من فرصتها في الفوز بالعقد^(٣).

ومن جهة أخرى قضى مجلس الدولة الفرنسي عام ٢٠٢٣ برد طلب التعويض عن فوات الفرصة المقدم من العارض المستبعد، فجاء بقرار المحكمة (١- عندما يطلب المرشح لمنح عقد عام تعويضا عن الضرر الناجم عن استبعاده غير القانوني من العقد، فيجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ الناتج عن المخالفة والأضرار التي يحتج بها مقدم الطلب بسبب استبعاده، ومع ذلك فإن الأمر متروك للقاضي للتحقق مما إذا كان المرشح قد حرم من أي فرصة للفوز بالعقد أم لا، وفي حالة عدم وجود أي فرصة له، لا يحق له الحصول على أي تعويض، خلاف ذلك يحق له من حيث المبدأ استرداد التكاليف التي تكبدها في تقديم عرضه. ٢- يجب تحديد ما إذا كان المرشح يمتلك فرصة جدية للفوز بالعقد المبرم مع مرشح آخر، إذا كان الأمر كذلك، فيحق له الحصول على تعويض عن خسارته في الربح هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لا يمكن للمرشح المطالبة بالتعويض عن هذه الخسارة في الأرباح إذا ألغت الإدارة إبرام

(١) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد ٢، السنة ١٠، ١٩٨٦، ص ٨٥.

(٢) عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين - أربيل، ٢٠٠٧، ص ٢٥٩.

(٣) أحمد ياسر مسك، مصدر سابق، ص ٢٥.

العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، فيستنتج مما سبق أن الشركة مقدمة الطلب ليس لها حجة في ادعائها بأن استبعدت بشكل غير سليم من العقد العام المتنازع عليه، وبالتالي يجب رفض مطالباته بالتعويض^(١).

وتقدير الضرر من المسائل المتروكة لسلطة القاضي، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر سنة ٢٠١٩ (...عندما تطلب شركة ما لمنح عقد عام تعويضا عن الضرر الناجم عن استبعادها غير القانوني، فإن الامر متروك للقاضي للتحقق مما إذا كانت الشركة قد حرمت من أي فرصة للفوز بالعقد من عدمه...)^(٢).

وأیضا ما قضت به الدائرة الإدارية في محكمة التمييز الكويتية في حكم لها سنة ٢٠١٤ بقولها (...لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة أن تقدير توفر أو عدم توفر الضرر كركن من أركان المسؤولية عن القرارات الإدارية غير المشروعة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع بغير معقب عليه في ذلك متى أقام قضاءه على أسباب سائغة ولها معينها من أوراق الدعوى والمستندات المقدمة فيها...)^(٣).

وأما الركن الثالث من أركان المسؤولية الإدارية هو وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ويراد بها أن يكون الضرر مترتبا على الخطأ ويكون الخطأ هو المصدر المباشر للضرر، أي وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، ومن ثم فإن انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر يؤدي إلى عدم قيام مسؤولية الإدارة^(٤)، وبهذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي سنة ٢٠٢٠ (...عندما يطلب مرشح لمنح عقد عام تعويضا عن الضرر الذي لحقه نتيجة لعدم إرساء طلب العروض على عرضه، فإنه يكون للقاضي إذا تم اثبات مخالفة الإدارة التحقق من وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطأ الناتج والضرر الذي يسعى المرشح للحصول على تعويض عنه، ويترتب على ذلك أنه عندما لا تكون المخالفة التي أثرت على إجراءات التعاقد هي السبب

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (PA04865) في ١٧/١/٢٠٢٣، منشور على موقع التشريعات الفرنسية <https://www.legifrance.gouv.fr/>، تأريخ زيارة الموقع ٢٩/١/٢٠٢٣.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (MA03971) في ١/٤/٢٠١٩ منشور على موقع التشريعات الفرنسية <https://www.legifrance.gouv.fr/> تأريخ زيارة الموقع ١٨/٧/٢٠٢٢.

(٣) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، طعن ١٠٦٣/٢٠١٣، في ٦/٥/٢٠١٤. منشور على موقع البوابة الرسمية الالكترونية لدولة الكويت.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٣٨٠.

المباشر لاستبعاد العارض، فلا توجد علاقة سببية مباشرة بين الخطأ الناتج عن المخالفة والضرر الذي يتذرع به مقدم الطلب بسبب استبعاده...^(١).

ومتى ما توافرت أركان المسؤولية على الوجه المتقدم تحققت مسؤولية الإدارة التقصيرية، وجزاء هذه المسؤولية هو تعويض المضرور عما أصابه من ضرر، ويستلزم حصوله على التعويض رفع دعوى التعويض خلال المواعيد المقررة لذلك أمام القضاء المختص، وإلا سقط حقه في المطالبة به، وهو ما يطلق عليه تقادم دعوى التعويض.

وإذا كان الأصل في إطار المسؤولية المدنية أن يكون التعويض نقدياً أو عينياً إلا أن الأمر مختلف تماماً في إطار المسؤولية الإدارية، فلا مجال للتعويض العيني المتمثل في اجبار الإدارة على أداء أمر معين، نظراً لاستقلال الإدارة (مبدأ الفصل بين السلطات)، وعدم استطاعة القاضي الإداري توجيه أوامر إليها، ومن الناحية العملية قد يصطدم تقرير التعويض العيني بالمصلحة العامة مما يعني شل حركة الإدارة عموماً ووقف نشاطها، وعلى ذلك فإن التعويض الناتج عن المسؤولية الإدارية يجب أن يكون نقدياً، والأصل أن القاضي هو الذي يحدد مقدار التعويض مراعيًا قاعدة ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب^(٢).

فيتضح مما تقدم إن التشريعات وكذلك الأحكام القضائية قد أقرت مسؤولية الإدارة عن تعويض المناقص المستبعد عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، جراء خطأ الإدارة بإحالة المناقصة إلى مناقص آخر ليس بمستوى كفاءة المناقص المستبعد، ولهذا ندعو الجهات الإدارية إلى توخي الدقة والحذر عند إحالتها لمناقصتها، وأن تختار المناقص الذي تنطبق عليه معايير الإحالة، لئلا تتضرر المصلحة العامة عند تنفيذ العقد أو عند مطالبة المناقص المستبعد بالتعويض.

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (DA01970) في ٢٥/٦/٢٠٢٠، منشور على موقع التشريعات الفرنسية <https://www.legifrance.gouv.fr/> تأريخ زيارة الموقع ١٨/٧/٢٠٢٢.

(٢) د. منصور محمد أحمد، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٩٠.

الخاتمة

بعد أن انتهينا بحمد الله وفضله من دراسة وبحث موضوع (الإحالة إلى التعاقد في المناقصات الإدارية_ دراسة مقارنة)، فقد سعينا جاهدين لدراسة هذا الموضوع من جوانبه كافة، تحقيقاً للغاية المتوخاة من البحث، بعد أن أدركنا أهمية موضوع الإحالة بوصفه واحداً من أهم المواضيع المتعلقة بعملية إبرام العقد الإداري، وحاولنا في هذه الدراسة العمل على تحليل التنظيم القانوني للمناقصات الإدارية، من أجل تحديد مواطن الخلل والقصور وتنبية المشرع لها، ومقارنة ذلك بالتشريعات المقارنة، للاستفادة منها في معالجة ذلك القصور، لذا سنبين في هذه الخاتمة الاستنتاجات التي توصلنا إليها عبر البحث، فضلاً عن المقترحات التي نراها جديرة بالتبني لدعم التنظيم القانوني لإحالة المناقصات الإدارية في التشريع العراقي.

أولاً/ الاستنتاجات:

١- تعد العقود الإدارية وسيلة من الوسائل التي تتحقق فيها مشاريع تنمية المجتمع، وقد أخضع المشرع العملية التعاقدية إلى مجموعة من المبادئ والقواعد الأساسية في سبيل انضباط عمل الإدارة، نحو اختيار أفضل العطاءات فنياً ومالياً، من أجل ضبط سير عجلة التنمية والوصول بها إلى تحقيق النتائج المتوخاة من سنها، لهذا نلاحظ أن الدول محل المقارنة سعت إلى إصدار تشريعات حديثة تواكب التطورات الفنية والتقنية والاقتصادية، فجاءت بفلسفة مغايرة عما كان عليه الحال في ظل التنظيم التشريعي للقوانين السابقة الملغاة، فصدر في فرنسا قانون النظام العام لسنة ٢٠١٩ المتعلق بالتعاقدات الإدارية، وصدر في مصر قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨، وشُرع في الكويت قانون المناقصات العامة رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦، أما في العراق، فلا يزال الوضع على ما هو عليه يفتقد لوجود قانون موحد ينظم موضوع التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية.

٢- تعد المناقصات الإدارية من الطرق الأساسية لإبرام العقود الإدارية، إذ تقوم على مبادئ العلانية، والمنافسة، والمساواة بين المتنافسين جميعاً، وذلك لضمان إحالة المناقصة على صاحب العطاء الأفضل فنياً ومالياً، فمن غير هذه المبادئ لا يمكن الاطمئنان إلى نتيجة المناقصة.

٣- قيد المشرع إتمام العملية التعاقدية على مجموعة من القيود التي تمثل البداية الحقيقية للمناقصات الإدارية، والتي يتوقف موضوع مصادقة الإحالة على استيفائها، فعلى الإدارة أن تلتزم بمراعاة توافر

الاعتماد المالي الذي يغطي الاحتياجات التي تسعى إلى تحقيقها، وأن تحصل على ترخيص بالتعاقد من الجهات المختصة، إذ يعد هذا الترخيص من النظام العام، فهو ضروري لقيام الرابطة التعاقدية، ومن ثم فإن تعاقد جهة الإدارة من دون حصولها على اعتماد مالي أو ترخيص بالتعاقد يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

٤- يختلف الإيجاب والقبول في إطار العقود الإدارية عما هو عليه التعاقد في نطاق القانون الخاص، إذ يتمثل الإيجاب في العقود الإدارية بالعطاء الذي يقدمه المناقص، بينما يتمثل القبول في قرار المصادقة على الإحالة من قبل الجهة المختصة قانونا.

٥- تشترط بعض التشريعات لإمكان النظر في عطاء المناقص وتحليله وعدم استبعاده أن يقدم المناقص مع عطاءه مبلغ التأمين الابتدائي أو المؤقت، وإلا ترتب على مخالفة ذلك استبعاد العطاء، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ألغى نظام التأمين الابتدائي، ويعود ذلك إلى أن ضمان جدية مقدم العطاء أصبح يعتمد على المكانة التجارية والفنية للمناقص لا على مقدار ما يودعه لدى الإدارة من مبلغ مالي.

٦- وضعت التشريعات محل الدراسة ضمانات لإحاطة عملية الإحالة بضوابط قانونية تكفل سلامة إجراءاتها، فإحالة المناقصة تمثل آخر مرحلة لعملية المناقصة وهي في غاية الأهمية، لذلك اهتمت التشريعات في تنظيم عمل لجان الإحالة وتشكيلها، فمنها من اعتمد نظام اللجنة الواحدة كالمشرع الفرنسي والكويتي، ومنها من اعتمد نظام اللجنتين كالمشرع المصري والعراقي.

٧- اختلفت تشريعات الدول محل المقارنة في تنظيم السلطة المختصة بالمصادقة على الإحالة في أسلوبين، فمنها من اعتمد أسلوب السلطة الفردية عن طريق منح اختصاص المصادقة إلى فرد كالمشرع الفرنسي والمصري، ومنها من اعتمد أسلوب السلطة الجماعية كالمشرع الكويتي والعراقي، عبر منح اختصاص المصادقة إلى مجلس أو لجنة تشكل من أعضاء من مختلف التخصصات سواء من ذات الجهة الإدارية أم من خارجها.

٨- يتحدد اختصاص السلطة المختصة في التعبير عن قبول الإدارة إما بالمصادقة على الإحالة، أو الغاء المناقصة، على أن يكون اتخاذها لقرارها في ضوء ما انتهت إليه توصية لجنة البت، فلا تملك اختصاص التعديل على ما انتهت إليه اللجنة المذكورة، عدا التشريع العراقي، الذي منح اللجنة المركزية

للمراجعة والمصادقة على الإحالة اختصاص التعديل في نتائج لجنة تحليل وتقييم العطاءات، كما ورد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤.

٩- تتميز عملية الإحالة بمجموعة من المميزات والخصائص، تشمل التلقائية والاجبارية والنهائية، ويراد بتلقائية الإحالة إن لجنة البت أو لجنة تحليل وتقييم العطاءات لا تمتلك أي سلطة تقديرية بشأن تحديد المورد أو المقاول الذي تتعاقد معه الجهة الإدارية، وإنما يجب عليها الالتزام بإحالة المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً طبقاً لما ورد في وثائق المناقصة والعطاء، أما الاجبارية، فيراد منها أن اللجنة المختصة بالإحالة لا يمكنها الامتناع عن إحالة المناقصة على صاحب العطاء الأفضل، أما النهائية فتعني أنه متى ما صدر قرار الإحالة فإن هذا القرار يكون باتاً غير جائز الرجوع فيه، إذ إن الرجوع عن الإرساء قد يؤدي إلى فتح الباب واسعاً أمام المساومات.

١٠- إن قرار إبرام العقد هو القرار الذي تصدره الجهة الإدارية المختصة باعتماد نتيجة الإحالة، ويعد هذا القرار عنصراً مهماً في إنشاء الرابطة التعاقدية، إذ تنهض عبره الرابطة التعاقدية ويقترن الإيجاب مع القبول، وقد أثير حول الطبيعة القانونية لهذه القرار الكثير من الجدل الفقهي، إذ يرى البعض عدم إمكانية الطعن بقرار إحالة المناقصة بدعوى الإلغاء، لأن الأخيرة محلها القرارات الإدارية، وقرار الإحالة لا يعد منها، بينما عارضه آخر عبر إمكانية الطعن به، إلى أن ابتدع القضاء الإداري الفرنسي نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، وأصبح بالإمكان الطعن بقرار الإحالة بدعوى الإلغاء.

١١- لم يفرض المشرع العراقي على جهة الإدارة طلب مشورة جهات مختصة للنظر في بنود العقد قبل توقيعه، خلاف تشريعات الدول محل الدراسة التي أوجبت على الجهات الإدارية الراغبة في التعاقد أن تستشير جهة معينة قبل توقيع العقد، في حال تجاوز العقد مبلغاً مالياً محدداً، وذلك لمسوغات قد تكون فنية أو مالية أو قانونية، تهدف إلى الحفاظ على المال العام، وتبصرة الإدارة بما يتضمنه العقد من بنود قد لا تكون في صالحها.

١٢- اختلفت تشريعات الدول محل المقارنة في فرنسا ومصر والكويت والعراق في استخدام المصطلح الذي يطلق على مرحلة اختيار صاحب أفضل عطاء ومنحه أحقية تنفيذ العقد، فبينما اتفق كل من المشرع الفرنسي والمصري والكويتي على استخدام مصطلح إرساء المناقصة للتعبير عن هذه المرحلة، تردد التشريع العراقي في استخدام المصطلح الذي يطلق عليها، فتارة يستعمل مصطلح الإحالة، وتارة أخرى

يستخدم مصطلح الإرساء، ورغم الاختلاف في استخدام المصطلحات فقد اتفقت هذه التشريعات على عدم ايراد تعريف سواء لمصطلح الإرساء أم الإحالة.

١٣- إن عملية الترجيح بين العطاءات لا تعد عملية تلقائية بل هي عملية دقيقة تتم وفقاً لمجموعة من الأسس والمعايير، إذ يجب على الإدارة أن تحدد هذه المعايير وأن تضمنها في دفاتر الشروط حتى يكون المناقصين على معرفة بها، وقد كان المبدأ الأساس في عملية إرساء المناقصة هو معيار السعر، إلا أنه نتيجة للانتقادات التي وجهت إليه فقد معيار السعر مكانته كمعيار أساس للترجيح بين العطاءات، ومع ذلك فإنه لا يزال مطبق بشكل رئيس في بعض التشريعات كالكويت، بينما يمارس دوراً مكملاً في التشريعات الأخرى إلى جانب معيار الجودة الفنية.

١٤- لم تقف معايير الترجيح بين العطاءات عند معيار السعر أو معيار السعر والجودة، بل توجت بمعيار التنمية المستدامة، فقد أدرجت تشريعات الدول محل المقارنة في كل من فرنسا ومصر معيار التنمية المستدامة ضمن معايير المفاضلة بين العطاءات بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية.

١٥- منحت التشريعات الحق للجهة الإدارية بإلغاء المناقصة والعدول عن التعاقد نهائياً، بحسبان أن العقد يبرم لأجل تلبية احتياجات الإدارة، وقد تقتضي المصلحة العامة عدم الاستمرار في التعاقد، على أن يكون قرار الإدارة بإلغاء المناقصة قبل البت فيها، أي قبل أن تعبر الإدارة عن إرادتها بقبول إيجاب المناقص، وإلا ترتب على ذلك مسؤوليتها القانونية اتجاه المتعاقد.

١٦- على الرغم من اتفاق التشريعات على إجراء تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة بعد المصادقة عليه، إلا أنها اختلفت في تحديد وقت انعقاد العقد الإداري، فبينما يذهب البعض منها إلى عد العقد منعقداً من تاريخ صدور قرار الإحالة ولا أثر للتبليغ على انعقاد العقد كالمشرع الفرنسي، يرى البعض الآخر عدّ وصول علم القبول إلى الموجب هو وقت انعقاد العقد الإداري، متأثراً بما يقره القانون المدني كما هو الحال في التشريع المصري، بينما هناك من اتجه إلى أن العقد الإداري لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من قبل الطرفين المتعاقدين، كما هو الحال في التشريع الكويتي، في حين سكت التشريع العراقي عن بيان وقت انعقاد العقد.

١٧- لم تبين تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ ولا الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط المدة التي يجب فيها تبليغ المناقص الفائز بقرار الإحالة، فكل ما تم تنظيمه هو المدة التي يجب فيها

حضور المناقص الفائز لغرض التوقيع على العقد، وهي (١٥) خمسة عشر يوم بعد تبليغه بقرار الإحالة.

١٨- يلتزم المناقص الفائز بعد تبليغه بقرار الإحالة مراجعة الجهة الإدارية لغرض استكمال باقي إجراءات التعاقد، من دفع التأمينات النهائية، وتوقيع العقد، وإلا عد ناكلاً عن التعاقد، وقد حددت التشريعات محل الدراسة حالات نكول المناقص والجزاءات المفروضة عليه.

١٩- يلعب مبدأ الاعتبار الشخصي للمتعاقد دوراً بارزاً في نطاق العقود الإدارية، فالإدارة عند إبرام العقد تراعي توافر بعض الاعتبارات المحددة بدقة في شخص المتعاقد بما يضمن تنفيذ العمل بدقة وأمانة، وعلى نحو يحقق المصلحة العامة على أتم وجه، ويؤمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، لذا يعد الاعتبار الشخصي مانعاً من موانع التعاقد من الباطن، فاختيار الإدارة لمن تتعاقد معه يأتي نتيجة لكفاءته وسمعته الحسنة، فيقع عليه عبء تنفيذ العقد شخصياً، فلا يقبل له أن يتنازل عن العقد، أو يتعاقد بشأنه من الباطن من دون موافقة الإدارة.

٢٠- لأجل ضمان نزاهة إحالة المناقصة، فقد اهتمت التشريعات بتنظيم موضوع الاعتراض على قرار الإحالة من أصحاب الشأن، من المناقصين المستبعدة والمتضررين منه، كشرط لقبول دعوى الإلغاء، آخذة بالحسبان ما يتطلبه حل منازعات إبرام العقد الإداري من إجراءات عاجلة تتناسب مع طبيعة هذه القرارات، فيجب قبل إقامة الدعوى تقديم طلب التظلم أمام جهات محددة تشريعاً، وقد منحت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ هذا الاختصاص إلى لجنة مركزية خاصة تشكل للنظر في الاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات على قرار الإحالة تخضع توصياتها لمصادقة رئيس جهة التعاقد أو من يمثله.

٢١- يعد القضاء أداة فاعلة في الرقابة على سلامة إبرام العقد الإداري، وضمان تحقيق المشروعية، غير إن ترتيب حكم الإلغاء لآثاره يكون له وضع خاص في مجال العقود الإدارية، لأنه في أغلب الأحيان يصدر حكم الإلغاء بعد إبرام العقد، أو أثناء تنفيذه، عندها لا يكون لحكم الإلغاء الفائدة التي يترتبها الطاعن من رفع دعوى الإلغاء، وعادة هذا ما يكون عليه الوضع في ظل التنظيم القانوني لدعوى إلغاء قرار الإحالة في مصر والكويت والعراق، على خلاف ذلك في فرنسا فقد أنشأ المشرع الفرنسي نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد بتأثر التوجيهات الأوروبية، ومنح بموجبه للقاضي الإداري صلاحية توجيه أوامر ونواهي لجهة الإدارة في حالة انتهاكها لمبدأ العلانية والمنافسة.

٢٢- إن قرار إلغاء الإحالة يمكن أن يكون له أثر فيما لو صدر الحكم قبل توقيع العقد، بينما لا يكون له أي أثر فيما لو صدر بعد ذلك، إلا إذا قام أحد أطراف العقد برفع دعوى بطلان العقد أمام قاضي العقد، عندها لا يبقى أمام المناقص المستبعد الذي كسب حكم الإلغاء وتعدّر تنفيذه سوى المطالبة بالتعويض على أساس فوات الفرصة.

ثانياً/ المقترحات

١- نوصي المشرع العراقي بضرورة الإسراع في تشريع قانون موحد بتعاقدات الجهات الإدارية الحكومية، يتضمن الأحكام العامة، والقواعد الأساسية لجميع مراحل العقد الإداري، لاسيما ما يتعلق بمرحلة الإحالة، كونها تمثل الحد الفاصل بين مرحلة ما قبل إبرام العقد الإداري، ومرحلة إبرامه، آخذاً بالحسبان أهم التطورات التشريعية التي تناولت ذلك في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة من إبرام العقود الإدارية، التي أصبحت تمثل أداة مهمة في تحقيق التنمية.

٢- نوصي المشرع العراقي بضرورة تعديل التنظيم القانوني لعملية المصادقة على الإحالة، عبر منح اختصاص المصادقة على الإحالة إلى رئيس جهة التعاقد فقط في ضوء توصية لجنة تحليل وتقييم العطاءات، إذ إن منح هذا اختصاص إلى لجنة تتشكل من عدد من الأعضاء بمختلف التخصصات من شأنه إطالة أمد عملية إبرام العقد الإداري.

٣- نقترح على التشريع العراقي عدم منح رئيس جهة التعاقد صلاحية المصادقة على توصية اللجنة المركزية للنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة، بحسبان أن رئيس جهة التعاقد هو رئيس اللجنة المركزية التي أصدرت قرار المصادقة على الإحالة المعارض عليه، وهذا ما يخل بمبدأ الحياد والاستقلال في اتخاذ القرارات الإدارية، على أن تمنح هذه الصلاحية إلى لجنة البت في الاعتراض من دون الحاجة إلى مصادقة رئيس جهة التعاقد.

٤- نوصي المشرع العراقي بالنص على مرحلة تحديد الاحتياجات وتنظيمها بشكل دقيق، ولا بأس من اعتماد التنظيم القانوني الوارد في التشريع المصري، من حيث الأسس والضوابط التي تعتمدها الجهات الإدارية في تحديد احتياجاتها.

٥- إن مناقصات العقود الإدارية تعد أرضاً خصبة للفساد المالي والإداري، إذ أثبت الواقع إن هذه اللجان بحد ذاتها تعد مصدراً هاماً للفساد، فمن أجل ضمان اختيار أفضل المناقصين، والقضاء على كل

مظاهر الغش والتلاعب بعيدا عن جادة الحياد والاستقلال في منح العقود الإدارية، ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في تشكيل لجان فتح وتحليل وتقييم العطاءات بإضافة ممثل عن ديوان الرقابة المالية الاتحادي ضمن عضويتها، لضمان تحقق رقابة سابقة على اتخاذ القرار على أن يكون عضوا أصيلا يترتب على عدم تبليغه أو حضوره بطلان عمل اللجنة.

٦- ندعو التشريع العراقي إلى استخدام مصطلح الإرساء بدلا عن الإحالة، تجنباً لغموض مصطلح الإحالة، واشترائه في الاستخدام مع باقي فروع القانون، واختلاف دلالاته في القانون الإداري عن بقية القوانين، نقيض مصطلح الإرساء الذي يقتصر استخدامه على القانون الإداري فقط، مما ينتفي معه غموض المصطلح واختلاف معناه.

٧- نوصي بإزالة التعارض الحاصل بين نص المادة (١٠/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ التي تنص على إلزام المناقص الفائز بالتوقيع على العقد خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ الانذار، وبين الضوابط رقم (٣) البند (السادس عشر) الصادرة عن وزارة التخطيط التي تنص على إلزام المناقص الفائز بالتوقيع على العقد خلال (١٤) يوم عمل من تأريخ التبليغ، عبر تعديل التعليمات وإضافة كلمة (عمل) حتى لا تحتسب أيام العطل ضمن مدة توقيع العقد.

٨- ندعو إلى تعديل نص المادة (٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ التي نصت على منح جهات التعاقد إمكانية تشكيل لجنة أو أكثر لفتح وتحليل وتقييم العطاءات، عبر رفع كلمة (أو أكثر) لما قد يؤدي إليه تشكيل أكثر من لجنة إلى البطء في إجراءات حسم التعاقد.

٩- ندعو وزارة التخطيط إلى تعديل ضوابط رقم (٣) البند سادس عشر التي ألزمت المناقص الفائز المبلغ بكتاب الإحالة بتوقيع العقد خلال (١٤) أربعة عشر يوماً من تأريخ الإحالة، بأن يكون توقيع العقد من تأريخ حسم الاعتراضات على قرار الإحالة، وليس من تأريخ التبليغ، وهو ما يتوافق مع تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ التي أوجبت على الجهات الإدارية عدم توقيع العقد لحين حسم الاعتراضات.

١٠- نقترح على التشريع العراقي عدم استبعاد العطاءات المبنية على تخفيض بنسبة مئوية، والتعامل مع هذه العطاءات بذات الإجراءات التي نصت عليها تشريعات الدول محل المقارنة، عبر النص على استدعاء صاحب العطاء المنخفض لبيان تفاصيل العطاء، فإذا ثبت لها أن العطاء لا يزال يثير الشك، فيمكن أن توصي باستبعاده، أما إذا ثبت لها العكس، فيمكن أن توصي بالإحالة عليه.

- ١١- ندعو التشريع العراقي إلى تحديد مدة معلومة يقع فيها على الإدارة تبليغ صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه، تلافياً لإطالة اجراءات التعاقد، كما هو الحال في التشريعات المقارنة.
- ١٢- نقترح تعديل نص المادة (٢/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤، التي منعت الوزارات فقط من إدراج أي مشروع في الموازنة الاستثمارية الاتحادية من دون استحصال مصادقة وزارة التخطيط، كونه لا يتلاءم مع نطاق سريان التعليمات نفسها، التي لا تقتصر على الوزارات فحسب، بل تمتد إلى غيرها من جهات التعاقد، لذا كان الأجدر أن تكون صياغة النص بالشكل الآتي (لا يجوز لجهة التعاقد إدراج أي مشروع في الموازنة الاستثمارية الاتحادية من دون استحصال مصادقة وزارة التخطيط...).
- ١٣- نوصي المشرع العراقي باعتماد الوسائل الالكترونية في تقديم العطاءات، وفي نشر قرارات المناقصة، من مصادقة، وحرمان، واستبعاد، وغيرها من القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، خصوصاً إن المشرع العراقي حقق تقدماً ملموساً بتشريع قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.
- ١٤- ندعو وزارة التخطيط إلى تعديل نص المادة (٩/أ/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ بشأن تحديد قيمة التأمين الابتدائي عبر رفع عبارة (وأن يراعى في هذا التحديد أهمية المناقصة وأن تقل هذه النسبة كلما زاد مبلغ الكلفة التخمينية) ليكون النص كالاتي (تحدد التأمينات الأولية بمبلغ مقطوع بنسبة لا تقل عن (١%) واحد من المئة ولا تزيد على (٣%) ثلاثة من المئة من الكلفة التخمينية)، تجنباً لتعدد معيار تحديد قيمة التأمين الأولي كون النص يحتوي على معيارين، معيار النسبة المئوية، ومعيار أهمية المناقصة وأن تقل هذه النسبة كلما زادت الكلفة التخمينية.
- ١٥- نصت ضوابط وزارة التخطيط في البند (أ/أ/ج) من ضوابط رقم (١) على الآثار المترتبة على إلغاء المناقصة، لكنها جاءت قاصرة عن النص على إعادة مبالغ التأمينات الأولية، إذ اقتصر على إعادة ثمن شراء وثائق المناقصة فقط، لذا نقترح تعديل النص بما يعالج هذا القصور، عبر إلزام الجهات الإدارية بإعادة مبالغ التأمينات الأولية بالإضافة إلى ثمن شراء وثائق المناقصة عند إلغاء المناقصة.
- ١٦- نقترح على التشريع العراقي منح المناقص الممتنع عن دفع التأمينات النهائية لأول مرة مدة إضافية يترك تقديرها للمشرع، وفي حالة عدم استجابته يعد ناكلاً عن التعاقد.

١٧- ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص يلزم الجهات الإدارية قبل توقيع العقد بعرض مسودة العقد على مجلس الدولة العراقي لإبداء رأيه فيها، من أجل تبصرة الإدارة ببند العقد قبل الالتزام النهائي، وكون أن المجلس هو الجهة المختصة بإبداء المشورة القانونية للجهات الإدارية.

١٨- ندعو التشريع العراقي إلى تنظيم موضوع انتهاء الشخصية القانونية للمناقص فيما لو حصلت واقعة الانتهاء بعد تبليغه بقرار إحالة المناقصة وقبل توقيع العقد، وذلك عبر النص على إحالة المناقصة إلى المناقص الذي يليه.

١٩- ندعو وزارة التخطيط على تعديل ضوابط رقم (٤) خامسا بشأن التعاقد من الباطن عبر إضافة شرط آخر لإجازته، وهو أن يتمتع المتعاقد من الباطن بالمؤهلات اللازمة لتنفيذ ذات الالتزامات الواقعة على المتعاقد الأصلي، وألا تقل كفاءته عن كفاءة المتعاقد الأصلي.

٢٠- نقترح تعديل اختصاصات اللجنة المركزية للنظر في الاعتراضات المقدمة على قرارات الإحالة الواردة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠١٤ بأن لا يقتصر اختصاص اللجنة بنظر الاعتراضات المقدمة على قرارات الإحالة فقط، بل يمتد إلى غيرها من القرارات التي تتخذها الإدارة من قبيل قرارات الحرمان والاستبعاد.

٢١- ندعو الجهات المختصة إلى الإسراع في تشكيل جهات القضاء الإداري كما منصوص عليه في التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٩ المعدل، ومنح اختصاص النظر في منازعات العقود الإداري إلى القضاء الإداري.

٢٢- ندعو المشرع العراقي إلى تبني نظام القضاء المستعجل في منازعات إبرام العقود الإدارية، وتنظيمه بالشكل الذي يتوافق مع طبيعة هذه المنازعات وما تتطلبه من سرعة حسمها، مع النص على الأثر الواقف للطعن، بأن يؤدي الطعن بقرار الإحالة إلى وقف إجراءات التعاقد بقوة القانون، تجنباً للآثار السلبية الناتجة عن رفع دعوى الإلغاء الاعتيادية، إذ في أغلب الأحيان يصدر الحكم بعد دخول العقد حيز التنفيذ.

المصادر

أولا/ المعاجم اللغوية:

١. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٢٠.
٢. محمد علي النجار، المعجم الوسيط، الجزء الأول، مجموع اللغة العربية، مطبعة مصر، ١٩٦٠.
٣. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، ط١، المطبعة الخيرية، مصر، ١٣٠٦ هـ.
٤. نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة، المجلد الأول، دار العربية، بيروت، ط١، ١٩٧٤.

ثانيا/ الكتب:

١. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١.
٢. خليل إبراهيم المشاهدي وشهاب أحمد ياسين، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، الجزء الأول، بلا دار نشر، ٢٠١٢.
٣. خليل إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، منشورات وزارة العدل_ بغداد، ١٩٨٨.
٤. د. إبراهيم حمد علي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٥. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٧٧.
٦. د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، مبادئ واحكام القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة، بيروت، ١٩٨٣.
٧. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٨. د. أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
٩. د. أحمد جامع، علم المالية العامة، الجزء الأول، فن المالية العامة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
١٠. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١١. د. أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٢. د. أحمد عثمان عيدان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر.
١٣. د. أحمد محمود جمعه، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
١٤. د. أحمد منصور محمد علي، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، ط١، وزارة الثقافة والفنون والتراث، قطر، ٢٠١٤.
١٥. د. أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.
١٦. د. أنس جعفر، العقود الإدارية، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٧. د. أيمن محمد جمعه، آثار عقد الاشغال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٨. د. برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط١، المكتبة القانونية، دمشق، ٢٠٠٢.
١٩. د. تامر محمد إبراهيم، التعاقد الإداري عن طريق المناقصات العامة، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢١.
٢٠. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، العقود الإدارية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر،
٢١. د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
٢٢. د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٣. د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٢٤. د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢٥. د. جابر جاد نصار، مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٦. د. حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط١، دار الرياحين للنشر والتوزيع، بابل، ٢٠١٥.
٢٧. د. حسن درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة، ط١، مكتبة الاجلو المصرية، ١٩٥٩.

٢٨. د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، بغداد، ١٩٩١.
٢٩. د. حسن محمد هند ود. محمد حسين علي، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٣٠. د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٢.
٣١. د. حمدي أبو النور السيد عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١.
٣٢. د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في المسؤولية الإدارية الناشئة عن العقد الإداري، ط١، دار الكتب، مصر، ٢٠٠٢.
٣٣. د. حمدي ياسين عكاشه، موسوعة التعاقدات الحكومية، بلا طبعه، دار أبو المجد، بلا مكان طبع، ٢٠٢٠.
٣٤. د. خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٣٥. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، دار الميسرة، عمان، الاردن، ١٩٩٧.
٣٦. د. خالد سمارة الزغبى، القانون الإداري، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
٣٧. د. دريد عيسى إبراهيم، الرقابة على إبرام العقد الإداري بطريق المناقصة العامة، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٨.
٣٨. د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ط١، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩.
٣٩. د. رياض عبد عيسى الزهيري، أسس القانون الإداري، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.
٤٠. د. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، ط١، جامعة بغداد، ١٩٧٦.
٤١. د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٤٢. د. سامي جمال الدين، نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بلا طبعه، ٢٠١١.
٤٣. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٤٤. د. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، ط٢، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢.

٤٥. د. سعد عصفور و د. محسن خليل، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر.
٤٦. د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ٢٠٠٧.
٤٧. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.
٤٨. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦١.
٤٩. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
٥٠. د. شابا توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، جامعة بغداد، ١٩٧٩.
٥١. د. شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٩.
٥٢. د. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.
٥٣. د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٥٤. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على التعاقد معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٥٥. د. طعمية الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة، المكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٣.
٥٦. د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.
٥٧. د. عاطف عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩.
٥٨. د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٥٩. د. عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

٦٠. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام، ط١، دار الشروق، بلا مكان نشر، ٢٠١٠.
٦١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١.
٦٢. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام، الجزء الثاني، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠١٤.
٦٣. د. عبد العزيز عبد النعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥.
٦٤. د. عبد العليم عبد المجيد، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٦٥. د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
٦٦. د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١.
٦٧. د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٦٨. د. عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية تشريعا وقضاء وفقها، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
٦٩. د. عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
٧٠. د. عبد الله طالب محمد الكندري، النظام القانوني لعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٧١. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، بلا مكان نشر، ١٩٧٥.

٧٢. د. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، الجزء الأول، الهيئة المصرية العامة، القاهرة، ١٩٧٧.
٧٣. د. عبد المنعم عبد العظيم جيره، آثار حكم الإلغاء، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.
٧٤. د. عبدالله بخباز، أساليب وتقنيات إبرام عقود الشراء العام في القانون المقارن، ط١، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.
٧٥. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الأحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، مكتبة القانون والقضاء، بلا مكان نشر، ٢٠١٥.
٧٦. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص تتازع القوانين تتازع الاختصاص القضائي الدوليين، الجزء الثاني، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.
٧٧. د. علاء عبد المتعال، مدى جواز الرجعية وحدودها والقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٧٨. د. علي خطار شطناي، الوجيز في القانوني الإداري، دار وائل، عمان، الأردن، ٢٠٠٣.
٧٩. د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، ط١، دار زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
٨٠. د. علي نجيب حمزة، بحوث في القانون العام، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
٨١. د. عمار عويداي، دروس في القانون الإداري، ط٣، ديوان المطبوعات الجامعة، بلا مكان طبع، ١٩٨٩.
٨٢. د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٨٣. د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام BOT، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٨٤. د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢.
٨٥. د. فتحية قره، أحكام المقاوله، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.
٨٦. د. فؤاد العطار، القانون الإداري، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.

٨٧. د. كمال جواد كاظم الحميداوي، مدونة القضاء الإداري الفرنسي، الجزء الاول، القسم التشريعي، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠.
٨٨. د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
٨٩. د. ماجد راغب الحلو، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٩٠. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
٩١. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨.
٩٢. د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
٩٣. د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٨.
٩٤. د. ماهر عبد الهادي وآخران، الموجز في الإدارة العامة، مكتبة النصر، الزقازيق، ١٩٨٦.
٩٥. د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري في ضوء آراء الفقه واحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة.
٩٦. د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٩٧. د. محمد أنس قاسم جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٩٨. د. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
٩٩. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
١٠٠. د. محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٠١. د. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٠٢. د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، بلا مكان نشر، ١٩٩٥.

١٠٣. د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، بلا طبعة، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٠٤. د. محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
١٠٥. د. محمد طه حسين الحسيني، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، ط٣، مكتبة دار السلام القانونية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٠٦. د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
١٠٧. د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
١٠٨. د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، ط١، المكتبة الجامعية، ليبيا، ٢٠١٩.
١٠٩. د. محمد علي بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٣.
١١٠. د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة طبع.
١١١. د. محمد علي سكيكر، موسوعة المناقصات والمزايدات، ط٣، بلا مكان طبع، ٢٠٠٩.
١١٢. د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال القانونية الإدارية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
١١٣. د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
١١٤. د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
١١٥. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية.
١١٦. د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة في مصر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١١٧. د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
١١٨. د. محمد ماهر أبو العينين، المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقا للأحكام والفتاوى حتى عام ٢٠٠٥، الجزء الأول، بلا دار نشر، بلا مكان نشر.
١١٩. د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون التنمية المستدامة، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١.

١٢٠. د. محمد يوسف علام، أحوال البطلان في منازعات العقود الإدارية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨.
١٢١. د. محمود حلمي، العقد الإداري، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.
١٢٢. د. محمود حمدي عباس عطيه، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، بلا دار نشر، ٢٠١٢.
١٢٣. د. محمود حمدي عطيه، استقلال مجلس الدولة وإبداء المشورة القانونية لجهات الادارة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
١٢٤. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
١٢٥. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
١٢٦. د. محمود محمد علي صبره، إعداد وصياغة العقود الإدارية، ط٤، دار الكتب القانونية، مصر، بلا سنة نشر.
١٢٧. د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٧.
١٢٨. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٢٩. د. مصطفى كامل طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في شركات الأشخاص وشركات الأموال، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٣٠. د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بلا سنة طبع.
١٣١. د. ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
١٣٢. د. منصور محمد أحمد منصور، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، ط٢، بلا دار نشر، ٢٠٠٢.
١٣٣. د. منصور محمد أحمد، مسؤولية الإدارة عن اعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
١٣٤. د. منى رمضان محمد بطيخ، الفلسفة التشريعية الحديثة لضوابط و ضمانات إبرام العقود الإدارية، ط١، دار الفلاح للنشر والتوزيع، الامارات، ٢٠١٨.

١٣٥. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
١٣٦. د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٣٧. د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢.
١٣٨. د. هاني عبد الرحمن اسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٢.
١٣٩. د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، الكتاب الأول، ط١، مطابع الارز، عمان، الاردن، ١٩٩٨.
١٤٠. د. وسام صابر العاني، القضاء الإداري، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
١٤١. د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، الجزء الأول، الناشرون المتحدون، القاهرة، ٢٠١٥.
١٤٢. د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني (مصادر الالتزام)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن.
١٤٣. رقيه محمد عبيد، التعاقد بطريقة المناقصة والرقابة عليها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠.
١٤٤. ريم علي إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٨.
١٤٥. شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦. د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٩٧.
١٤٦. كنعان محمد محمود المفرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٣.
١٤٧. المستشار إبراهيم سيد أحمد والمستشار أشرف أحمد عبد الوهاب، موسوعة العدالة في أحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول، ط١، دار العدالة، القاهرة، ٢٠١٧.

١٤٨. المستشار علي الدين زيدان والاستاذ محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، الجزء الرابع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة نشر.

ثالثاً/ الرسائل والأطاريح:

١. أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥.
٢. أحمد فتح الله أبو سكيّنة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٥.
٣. ابتسام حامد راضي، التنظيم القانوني للمناقصات العامة مع المتعاقد الأجنبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧.
٤. أحمد فاهم مسلم علي، الحماية القانونية لمبدأ المنافسة في مناقصات العقود الحكومية، رسالة ماجستير، كلية القانون_ جامعة بابل، ٢٠١٩.
٥. إسراء طارق جواد الجابري، الحماية القانونية لمناقصات العقود الحكومية العامة في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٠ - ٢٠٢١.
٦. انعام عبد ثجيل، تنفيذ العقد الإداري من غير المتعاقد مع الإدارة، رسالة ماجستير، كلية القانون- الجامعة المستنصرية، ٢٠١٧.
٧. أنور محمد عليان، العدول عن التعاقد في مجال العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة اسيوط، ٢٠١٩.
٨. بالسعيد زينه، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية_ جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١١ - ٢٠١٢.
٩. بلملياني يوسف، البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة وهران، ٢٠١٩ - ٢٠٢٠.
١٠. بوطريكي ميلود، القرارات الإدارية المنفصلة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة محمد الأول، المغرب، ٢٠٠٥.
١١. بوغازي وهيبه، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية_ جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، ٢٠٠٩ - ٢٠١٠.

١٢. بيو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية_ جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٩ _ ٢٠٢٠.
١٣. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة تيزي، ٢٠١٣.
١٤. حمد العصيمي، الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري في القانون الكويتي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق_ جامعة القاهرة، ٢٠٠٨.
١٥. حيدر طالب محمد علي شذر، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري في العراق دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة النهرين، ٢٠٠٤.
١٦. حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق_ جامعة الاسكندرية، ٢٠١٦.
١٧. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٥.
١٨. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة الجزائر، ٢٠١٤ _ ٢٠١٥.
١٩. رياض عبد عيسى الزهيري، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية والقطاعات الاشتراكية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة_ جامعة بغداد، ١٩٧٩.
٢٠. سالم ليلي، الصفقات العمومية وحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة وهران، ٢٠٢١ _ ٢٠٢٢.
٢١. السلال سعيد جمعه الهويدي، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_ جامعة طنطا، ١٩٩٨.
٢٢. شيت مصطفى خضر، إبرام عقد التزام المرافق العامة وتنفيذه، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين_ أربيل، ٢٠٠٠ _ ٢٠٠١.
٢٣. طارق بين دياب أكرم، القرارات الإدارية المتصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، ٢٠١٧.

٢٤. عبد الحميد عبد اليمه جعفر، سلطة الإدارة في التعاقد من الباطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بيروت العربية، ٢٠١٣.
٢٥. عبد العزيز ناصر عيد البراك، وسائل إبرام العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ٢٠١٧.
٢٦. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين - أربيل، ٢٠٠٧.
٢٧. عدنان محمد ادويب الدليمي، النظام القانوني لكفالة حسن الأداء في عقد الاشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة ال البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، ٢٠١٧.
٢٨. علاء إبراهيم محمود الحسيني، الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٠٨.
٢٩. علي حسن عبد الأمير، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨.
٣٠. علي حمزه عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٠.
٣١. علي مخلف حماد الدليمي، النظام القانوني للمناقصات العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية - جامعة الأنبار، ٢٠١١.
٣٢. عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة، ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩.
٣٣. عماد محمد شاطي هندي، النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٢١.
٣٤. عيساني علي، التظلم والصلح في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، ٢٠٠٨.
٣٥. فيصل بن عبدالله بن محمد المطرودي، القرار المتصل والمنفصل في العقد الإداري في الفقه والنظام، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن مسعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء - قسم السياسة والشرعية، ٢٠٠٧.

٣٦. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠١.
٣٧. مارينا هاشم شعبان الحنيطي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٧.
٣٨. مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقولة البناء، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران ٢، ٢٠١٥-٢٠١٦.
٣٩. محمد سالم لهميص، الفراغ التشريعي في أحكام المناقصات العامة في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٥.
٤٠. محمد عبود ناجي البهادلي، أثر تغيير الظروف في المرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠١٣.
٤١. مصطفى كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.
٤٢. نجيب خلف احمد الجبوري، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٤.
٤٣. هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٠٦.
٤٤. هديل سعد أحمد العبادي، عقد المقولة من الباطن في مقاولات البناء والمنشأة الثابتة، رسالة ماجستير، كلية القانون - الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٧.
٤٥. وليد سعود فارس، الجزاءات في مجال العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، ٢٠٠٠.
٤٦. ياسمين غانم، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة سوسة، ٢٠١٧.

رابعاً/ البحوث:

١. د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، تعويض تقويت الفرصة، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد ٢، السنة ١٠، ١٩٨٦.
٢. د. إبراهيم عبدالله عبدالرؤوف، الطاقة المتجددة والتنمية المستدامة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق الاسكندرية، عدد ٥٤، ٢٠١٣.
٣. د. باسم عواد محمود العموش، مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة روح القوانين، العدد ٩٠، ٢٠٢٠.
٤. د. بختار غفور البالكي ود. أحمد خورشيد المفرجي، سلطة البرلمان في المصادقة على العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول، عدد ١، ٢٠١٢.
٥. د. بدر حامد أحمد رمضان، فعالية اتخاذ القرار بواسطة مجموعة، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة الكويت مجلس النشر العلمي، المجلد ١٣، العدد ١، ١٩٨٥.
٦. د. بسام صبار العاني وابتسام حامد، القيود الواردة على إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون_ جامعة بغداد، الجزء الأول، ٢٠١٧.
٧. د. حاتم فارس الطعان، تقيد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، المجلد ٢٦، عدد ٢، سنة ٢٠١١.
٨. د. حسام الدين بركبيه، تعزيز تقنية تفويض المرفق العام في فرنسا وتحديات تطبيقها في الجزائر، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد ١١، العدد ٢، ٢٠١٩.
٩. د. حسن محمد علي البنان ود. أبو بكر احمد عثمان النعيمي، أثر النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية في حماية المال العام، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ٥، العدد ١٩.
١٠. د. حمدي محمد العجمي، منازعات القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في ضوء نظام المنافسة والمشتريات السعودي الجديد، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة بني سويف، المجلد ٣٢، العدد ١، ٢٠٢٠.

١١. د. حنان محمد القيسي، نطاق الاختصاص الافتائي لمجلس شورى الدولة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١٧، ٢٠١٨.
١٢. د. ذكرى عباس علي ود. محمد حميد علي، الاذن (الترخيص) بالتعاقد في إطار اللامركزية الإقليمية والمرفقية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد ٢، عدد ٢، ٢٠١٨.
١٣. د. راضية رحمانى، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في قانون الصفقات العمومية الجزائري، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد ٩، سنة ٢٠١٥.
١٤. د. رجب محمد السيد الكحلوي، الحماية الدستورية لحق الإنسان في التنمية الشاملة المستدامة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق_الاسكندرية، عدد ٦٩، ٢٠١٩.
١٥. د. رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الإداري، بحث منشور في المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٥.
١٦. د. صادق محمد علي الحسيني، الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة أهل البيت، عدد ٧، بلا سنة نشر.
١٧. د. عارف صالح مخلف، علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، المجلد ١، العدد ٥٤، السنة ٢٠١٢.
١٨. د. عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، مجلد ٦٦، عدد ٣٦٢.
١٩. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و م. آرم عصام خضير، دور الإحالة في تطور قواعد الاسناد، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد ٤٩، تشرين الأول، ٢٠٢٠.
٢٠. د. عبد المولى المسعيد، الضمانات المؤطرة لمبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، بحث منشور في مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، عدد ٨، ٢٠١٩.
٢١. د. عبد النور مبروك وسلامي سمية، الإجراءات السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي ١٥/٢٤٧، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد ٤، ٢٠١٧.

٢٢. د. علي أحمد حسن اللهبي، نكول من أحييت عليه المناقصة العامة عن إتمام إجراءات التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٤، العدد ٢٣، ٢٠١٤.
٢٣. د. عمار التركاوي وزياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨، العدد ٤٩، ٢٠١٦.
٢٤. د. فاروق أحمد خماس، القيود السابقة على التعاقد في عقود الإدارة، بحث منشور في مجلة كلية الآداب_ جامعة الموصل، عدد ١٩، ١٩٨٩.
٢٥. د. كريم السيد أبو العزم، إشكاليات رقابة مجلس الدولة على عقد البوت B.O.T، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق_ جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٨، عدد ٣، ٢٠٢٠.
٢٦. د. كلاويش مصطفى إبراهيم الزلمي ومحمد كاك الله سمايل، دور الرقابة الإدارية في تفعيل القائمة السوداء، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٦.
٢٧. د. لكصاصي سيد أحمد، أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية، بحث منشور في مجلة النمو الاقتصادي وريادة الأعمال، المجلد ١، عدد ٢، سنة ٢٠١٩.
٢٨. د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٤، من ٢٦٢.
٢٩. د. مجدي عز الدين يوسف، مدى مسؤولية الإدارة عن وعودها، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، سنة ٣٢، عدد ٢، ديسمبر ١٩٩٠.
٣٠. د. محمد الحلاق د. عمار التركاوي، الطبيعة القانونية لشبه العقد الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، مجلد ٤١، عدد ٥، ٢٠١٩.
٣١. د. محمد الحلاق وحسام خدام الجامع، سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة، بحث منشور في مجلة البعث، سوريا، مجلد ٤٢، عدد ٢٥، ٢٠٢٠.
٣٢. د. محمد علي جواد، عطاء العقد وعطاء التفاوض لإبرام عقد الاشغال العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق كلية القانون_ الجامعة المستنصرية، العدد الثاني، ٢٠٠٦.
٣٣. د. محمد عوض فرج، تكريس مبدأ المساواة في المجال الاقتصادي لتحقيق التنمية المستدامة في ظل البيئة الرقمية، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، عدد ٣٩، ٢٠٢٢.

٣٤. د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في إبداء الراي والمشورة القانونية، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العراق، بلا عدد، بلا سنة نشر.
٣٥. د. مرية العقوف، سريان القرارات الإدارية في مواجهة المخاطبين بها، بحث منشور في مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، المجلد الثامن، العدد الأول، ٢٠١٧.
٣٦. د. منى رمضان محمد بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، عدد ٢، ٢٠١٨.
٣٧. د. نافع تكليف مجيد، الإعلان عن المناقصة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٧ العدد ١، السنة ٢٠١٥.
٣٨. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، المجلد ٢٥، العدد الأول، تموز ١٩٩٨.
٣٩. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة وتطبيقية في الاردن، بحث منشور مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، العدد ٢، ١٩٩٨.
٤٠. د. هزيل جويل، المنح المؤقت، بحث منشور في مجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد الأول، العدد ٢، ٢٠١٦.
٤١. د. يحيى محمد مرسي النمر، التطورات القضائية الحديثة للطعن في عقود الدولة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد ٢، السنة الخامسة، ٢٠١٧.
٤٢. عامر موسى حسين الخشخشي، التنازل عن الصفة العقدية والتعاقد من الباطن، بحث منشور في مجلة القانونية، كلية الحقوق_جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، المجلد ٦، العدد ٢، ٢٠١٩.
٤٣. عذاري سالم الصباح، الفتوى والتشريع بدولة الكويت ونظيراتها في الهيئات القضائية المصرية، بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع الكويتية، العدد ١٦، بلا سنة نشر.
٤٤. عقبة سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق_جامعة دمشق، ٢٠١٢.
٤٥. فرح ملا يوسف، الجهاز المركزي للمناقصات العامة أداة لمكافحة الفساد، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد ٤، الجزء ٢، ٢٠٢٠.

٤٦. فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفات العمومية وآليات حمايتها، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، ٢٠٠٩.

٤٧. كاظم خضير السويدي، الأذن المالي وأثره في إبرام العقد الإداري، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية _ جامعة بابل، العدد ٤٢، سنة ٢٠١٩.

٤٨. م. ابتسام حامد راضي، القيود الواردة على إجراءات التعاقد وأثرها على إبرام العقد الإداري في ظل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، عدد ١/٤٥، ٢٠٢٠.

٤٩. محمد غندور وعمار مرشح، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد ٢٠، العدد ٢، ٢٠١٤.

خامسا/ التشريعات:

أ/ الدساتير:

١. القانون الاساسي العراقي (الملغى) لسنة ١٩٢٥.

٢. الدستور المصري (الملغى) لسنة ١٩٥٦.

٣. الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.

٤. الدستور الكويتي ١٩٦٢.

٥. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٦. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤.

ب/ القوانين:

١. قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧.

٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٤. قانون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨.

٥. قانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت رقم (١٢) لسنة ١٩٦٠.

٦. قانون انشاء ديوان المحاسبة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤.

٧. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٨. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
٩. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
١٠. قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.
١١. قانون التعاقد من الباطن الفرنسي رقم (٧٥_١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥.
١٢. قانون قواعد إعداد الميزانيات العامة والرقابة على تنفيذها والحساب الختامي الكويتي رقم (٣١) لسنة ١٩٧٨.
١٣. قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.
١٤. قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.
١٥. قانون المحاسبة الحكومية المصري رقم (١٢٧) سنة ١٩٨١.
١٦. قانون العقوبات الفرنسي لسنة ١٩٩٣.
١٧. قانون كتاب العدول العراقي رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨.
١٨. قانون تنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤.
١٩. قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥.
٢٠. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
٢١. قانون الوحدات المحلية الفرنسي لسنة ٢٠٠٧.
٢٢. قانون القضاء الإداري الفرنسي لسنة ٢٠٠٩.
٢٣. قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣.
٢٤. قانون الصفقات العمومية الجزائري رقم ١٥ _ ٢٤٧ في ٢٠١٥.
٢٥. قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦.
٢٦. قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.
٢٧. قانون النظام العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩.
٢٨. قانون الإدارة المالية الاتحادي العراقي رقم (٦) لسنة ٢٠١٩.
٢٩. قانون الموازنة العامة الاتحادي رقم (٢٣) لسنة ٢٠٢١.

ج/ التشريعات الفرعية:

١. اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري (الملغاة) رقم (٥٤٢) لسنة ١٩٥٧.
٢. اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري (الملغاة) رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨.
٣. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغاة.
٤. اعمام وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة عدد ١٢٠٦٧/٧/٤، في ٢٠١١/٧/١٨.
٥. اعمام وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة عدد ١٢٠٦٧/٧/٤، في ٢٠١١/٧/١٨.
٦. المرسوم الاميري الكويتي رقم (٣٠٢) لسنة ٢٠١٢.
٧. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
٨. ضوابط وزارة التخطيط العراقية رقم (١، ٢، ٣، ٤، ٨، ١٢، ٢٠).
٩. اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧.
١٠. اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩.
١١. تعليمات تنظيم إجراءات المشتريات الحكومية الاردنية رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٩.
١٢. قرار مجلس الوزراء الكويتي رقم (١٨٧) لسنة ٢٠٢١.
١٣. قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم (٦٦٥) لسنة ٢٠٢١ الخاص بتنظيم مكتب شكاوى التعاقدات العمومية وتحديد اختصاصاته وقواعد العمل به.
١٤. قواعد تنفيذ ميزانيات الجهات الحكومية الكويتي للسنة المالية ٢٠٢١_٢٠٢٢.
١٥. كتاب وزارة التخطيط ذي العدد (٢٥٥٢٤) في ٢٠٢٢/٩/٢٧.
١٦. بيان مجلس القضاء الاعلى رقم ٧٤/ق/أ بتاريخ ٢٠٢٠/١١/١٠.

سادسا/ الأحكام القضائية:

أحكام القضاء العربي:

١. حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٢٨٨)، سنة ٤ ق، ١٩٥٩/٥/٩.
٢. حكم محكمة القضاء الإداري في مصر طعن رقم (٨٣) سنة ٦ قضائية في ١٩٥٦/٤/٢٤.
٣. حكم محكمة القضاء الإداري رقم (١٧٥٣)، لسنة ١٠ قضائية، في ١٩٦٦/١/١٨.
٤. حكم محكمة التمييز الكويتية رقم (١٤٤) السنة ١١ ق، في ١٩٩٠/٢/٢٧.

٥. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن رقم ٢٢٨٩، سنة ٣٠ قضائية، في ١٩٩٠/٣/٢٠.
٦. حكم محكمة القضاء الإداري في العراق المرقم ١٢١/ قضاء إداري/ ١٩٩٠، في ١٩٩٠/١١/٢٨.
٧. حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٢٣٥ / ٨٩ / تجاري لسنة ١٩٩٠/١/٢٨.
٨. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن ٢٥١، سنة ٢٥ قضائية، في ١٩٩٢/١/١٦.
٩. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٣٣٤١، لسنة ٣٢ قضائية، في ١٩٩٢/٢/٢٠.
١٠. قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في الدعوى المرقمة ٨/إدارية تمييز/ ١٩٩٣، في ١٩٩٣/٢/٧.
١١. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن ٢٠٠٨، سنة ٣٦ قضائية، في ١٩٩٤/١٢/١٠.
١٢. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٦٤٠) سنة ٤٠ قضائية، في ١٩٩٤/١٢/٣.
١٣. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٢٨٦)، سنة ٣٣ قضائية جلسة ١٩٩٥ / ٢/١٣.
١٤. حكم دائرة توحيد المبادئ في المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٢٦٦) لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٥/٨/٣.
١٥. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٧٢١) سنة (٤١) قضائية، في ١٩٩٩/١/٢٦.
١٦. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٧٤٠٩)، سنة ٤٤ قضائية، جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠.
١٧. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٣٨٩٤) سنة ٤٤ قضائية، في ٢٠٠١/٣/٢٧.
١٨. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٥٧٩١) سنة ٤٢ قضائية في ٢٠٠١/٤/٢٤.
١٩. فتوى الجمعية العمومية في مصر رقم (٨٠) في ٢٠٠٢/١/٣١.
٢٠. حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٢٠٢ سنة ٤٤ قضائية في ٢٠٠٢/٣/٢.
٢١. حكم محكمة التمييز في الكويت، الدائرة الإدارية، حكم رقم ٢٠٠٢/٢٢٥ إداري، في ٢٠٠٣/٤.
٢٢. حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعان ٢٠٠٣/٤٩١/٤٣٥ إداري، في ٢٠٠٤/٢/١٦.
٢٣. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٣٠٣) سنة ٢٦ قضائية، في ٢٠٠٤/٦/٢٩.
٢٤. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٠٨٠٦)، سنة ٤٧ قضائية، في ٢٠٠٤/١٢/١٤.
٢٥. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٧٦٦) سنة ٤٧ قضائية في ٢٠٠٥/٤/١٩.
٢٦. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٩٧٠) سنة ٤٩ قضائية، في ٢٠٠٧/١/٣٠.

٢٧. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٨٥٩١) سنة ٤٨ قضائية، في ٢٠٠٧/٣/٧.
٢٨. حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٣٧٨٤) سنة ٤٣ قضائية، في ٢٠٠٧/٤/١٥.
٢٩. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٨٨٤) سنة ٤٩ قضائية، في ٢٠٠٧/٤/٢٤.
٣٠. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٢١٢)، سنة ٥٠ قضائية، جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢٨.
٣١. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم (٢٣٠٦٥) سنة ٥١ قضائية، في ٢٠١٠/٣/١٦.
٣٢. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم (٣١٣١٤) سنة ٥٦ قضائية، في ٢٠١٠/٩/١٤.
٣٣. حكم المحكمة الادارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق سابقا المرقم ٣٢/إدارية تخطيط/ ٢٠١٠، في ٢٠١١/١/٢١.
٣٤. حكم المحكمة الادارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق سابقا ٣٠/ادارية تخطيط/ ٢٠١٠ في ٢٠١١/٢/٢.
٣٥. حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق سابقا رقم ٣١/ إدارية تخطيط، في ٢٠١١/٢/٢.
٣٦. حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق سابقا رقم ٣٥/ إدارية تخطيط، في ٢٠١١/٢/٧.
٣٧. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٣٥٣٢) سنة ٥٤ قضائية، جلسة ٢٠١١/٢/٢٢.
٣٨. حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق سابقا رقم ١٠/ إدارية تخطيط/ ٢٠١١، في ٢٠١١/٥/٢٩.
٣٩. حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق سابقا رقم ١٨/ إدارية تخطيط/ ٢٠١١، في ٢٠١١/٨/١٧.
٤٠. حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق سابقا رقم ٣٠/ إدارية تخطيط، في ٢٠١١/٢/٢.
٤١. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ١٤٠١/ م/ ٢٠١١ في ١٤/ ١١/ ٢٠١١.
٤٢. حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق بموجب قرارها المرقم (١٣٢/اتحادية/تمييز/٢٠١٢) في ٢٠١٢/٩/٣٠.
٤٣. فتوى الجمعية العمومية في مصر رقم (٥) في ٢٠١٤/٢/١٩.

٤٤. حكم محكمة التمييز في الكويت، الدائرة الإدارية، طعن ٢٠١٣/١٠٦٣، في ٢٠١٤/٥/٦.
٤٥. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٢٥٩٧٦) سنة ٥٥ قضائية، في ٢٠١٥/٦/١٦.
٤٦. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٤٦٨) تمييز إداري، جلسة ٢٠١٥/٦/٣.
٤٧. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٢١٠٢٣) سنة (٥٨) قضائية، في ٢٠١٥/١٢/٢٢.
٤٨. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (١٧٩٩٦) سنة ٥٦ قضائية، في ٢٠١٦/١/٢٨.
٤٩. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن رقم (١٤١٢٧) سنة ٥٧ قضائية، في ٢٠١٦/٨/٢.
٥٠. قرار محكمة بداءة العمارة، عدد ١٧٦١/ب/٢٠١٦، في ٢٠١٦/١٠/٢٤.
٥١. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٥٦٠٩) سنة ٥٣ قضائية في ٢٠١٦/١٢/٢٧.
٥٢. قرار رئاسة محكمة استئناف ميسان الاتحادية، عدد ٢١٠/س/٢٠١٦، في ٢٠١٦/١٢/٢٩.
٥٣. فتوى الجمعية العمومية في مصر رقم (٣٣١) في ٢٠١٧/١/٢٤.
٥٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية، عدد ١٨٠١/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٧، في ٢٠١٧/٣/١٤.
٥٥. فتوى الجمعية العمومية في مصر رقم (٦٠٨) في ٢٠١٧/٣/٢٦.
٥٦. حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٤٠٠٣٦) سنة ٥٧ قضائية، في ٢٠١٧/٥/٢٣.
٥٧. فتوى الجمعية العمومية في مصر رقم ٢٠١٩/٢٢١، جلسة ٢٠١٩/١/٢٣.
٥٨. حكم محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية في العراق الدعوى رقم ٢٧١/ب/٢٠١٩.

ب/ أحكام مجلس الدولة الفرنسي:

١. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (٤٩٣٤٥) في ١٩٨٦/١٢/٥.
٢. حكم مجلس الدولة الفرنسي عدد (٣٥٦٤٥٥) في ٢٠١٢/٥/٩.
٣. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (N12DA00780) في ٢٠١٣/١١/١٧.
٤. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (٤٠٥٧٨٧) في ٢٠١٧/٥/٢٤.
٥. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (MA03971) في ٢٠١٩/٤/١.
٦. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (DA01970) في ٢٠٢٠/٦/٢٥.
٧. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (٤٣٥٩٨٢) في ٢٠٢٠/٥/٢٧.
٨. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (PA04865) في ٢٠٢٣/١/١٧.
٩. حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم (DA01956) في ٢٠٢٣/١/١٠.

سابعا/ المواقع الالكترونية:

١. منشور على موقع التشريعات الفرنسية <https://www.legifrance.gouv.fr/>.
٢. موقع الهيئة العامة لشئون المطابع الاميرية، <http://www.alamiria.com/>.
٣. البوابة الالكترونية الرسمية لدولة الكويت
<https://www.e.gov.kw/sites/kgArabic/Pages/eServices/LegalPortal/Legal>.
٤. سحر جبار يعقوب، الجزاءات المالية في العقد الإداري، بحث منشور على الموقع الالكتروني،
<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=63067>.
٥. د. أحمد طلال عبد الحميد، لجنة المراجعة والمصادقة ومهامها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية،
مقال منشور على موقع الحوار المتمدن <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp>.
- 6) <https://blogao.libel.fr/peutonrenonceraunmarchepublic/>
- 7) Direction des affaires juridiques DAJ Ministère de l'économie, (fiche technique), La déclaration sans suite, 15012015, p 2. Voir sur site:
<https://www.economie.gouv.fr/daj/declarationsanssuite>.
- 8) Marchés publics, encyclopédie commission d'appel d'offres (CAO), voir sur site:
[http://www.acheteurspublics.com/marchespublicsencyclopedie/commission d appel d offres cao](http://www.acheteurspublics.com/marchespublicsencyclopedie/commission%20d%20appel%20d%20offres%20cao).
- 9) JOUE, du ١١ janvier ٢٠١٦, disponible sur site: <http://eur-lex.europa.eu/legal>

ثامنا/ المصادر الأجنبية:

- 1) Guibal.m. lucien.r. Temeyre et autres droit public des affaires. Lany.france 1998.
- 2) Corina Arapu. Réflexion sur les processus d'application des procédures de passation des marches publics.mémoire DESS. Un lumière lyon2, France, 2003.
- 3) Christophe, Lajoie, Droit des marchés publics, 6eme éd., Paris, 2017
- 4) André de laubadère, Traitement théorique et pratique des contrats administratifs, lg.d.j ,1959.

- 5) ouyayd.d, Invalidité des contrats administratifs, M.G.D. , Paris 1991.
- 6) Marie Charlotte, Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse de Doctorat en droit public université de Montpellier, 2015.
- 7) Godard J, La cour des compts et les marchés publics, R.M.P, No 240, 1989.
- 8) G.BAYLE, L'Enrichissement sans cause en droit administrative,Thèse, Paris, 1973.
- 9) Andre Maurin , Droit Administratif ,11 edition ,Dalloz ,Paris ,2018.
- 10) Gibal (Michel): "Le nouveau code des marches publics, uneréforme composite", la semainejuridique, juris classeurpériodique, éditiongénéral, Ne16 17, Paris, 2004.
- 11) De Berey, l'intervention de la commission d'appel d'offre dans la cadre des procédures d'attribution des marchés, DAJ, 5 août 2016.
- 12) De Berey, l'intervention de la commission d'appel d'offre dans la cadre des procédures d'attribution des marchés, DAJ, 5 août 2016.
- 13) N. Charrel, "Les CAO et la reforme des marchés publics: la nouvelle fiche Bercy source d'interrogations et d'insécurité juridique", F. Llorens et W. Zimmer, "Commissions d'appel d'offre, le nouveau role des commissions d'appel d'offres, Contrats et Marchés publics, n98, août, 2016.
- 14) Berand Michel Bloch, Code de la command publique commenté, 17 eme éd, le moniteur, paris, 2019.
- 15) De Laubadère, Traité des contrats administratifs, Tome 1, L.G.D.J., Paris, 1983.

- 16) Yvonnick LE FUSTEC, L'examen obligatoire et nécessaire de la capacité des candidats à un marché public, Dossier Candidature à un marché public, Outils d'analyse et conseils pratiques, Contrats Publics, n°201 – septembre 2019.
- 17) Brandt Willy, La délégation de service public, un modèle à repenser, RENA, 2009.
- 18) Valérie DE SIGOYER : Expression des besoins et spécifications techniques, Contrats Publics « Dossier : Bien préparer les marchés publics », n° 170, novembre 2016.
- 19) C. Emery, Passer un marché public, Principe, Procédures, Contentieux, 1er éd. DELMAS.2001
- 20) G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, 3e éd, 1er partie, 1967, p. 200.
- 21) V. Bergea I Catherine et Lenica Fredric, le contentieux des marches publics le Montier, Paris, France, 2010.
- 22) Mireille Berbari.m, le référé précontractuel, accp, n26, octobre, france, 2003.
- 23) Laurent richer, concession en droit communautaire, en délégation de service public, de monteur, 2009.
- 24) Pequignot (G.), Contribution a la theorie generale du contrat administratif, these Moutpellier, 1948.

Abstract

Administrative contracts are considered one of the most important legal means that the administration resorts to implement and achieve development programs, as they represent the main pillar in the economic and social progress of the state, and there is no doubt that whoever contracts within the framework of private law has absolute freedom to follow the method he deems appropriate in completing his transactions. In choosing who he wishes to contract with, however, this reality cannot be taken for granted with regard to contractual relations within the scope of administrative law.

And given that the administration is not equal with individuals in the freedom of expression of will in concluding contracts, the legislator was keen to establish a special legal system for concluding those contracts in a manner that guarantees the achievement of development goals, by defining for it the contractual methods that it must abide by, and for each of these methods A set of controls and guarantees that guarantee the selection of the best competitors for contracting, whether in terms of eligibility, good reputation, or technical, financial or technical competence, and at the same time ensuring access to the most suitable offers and most achieving the public interest. It is no exaggeration to say that public tenders were It is still one of the most important contracting methods that the administration resorts to in order to meet its needs, as the administrative authorities seek, by relying on the public tender method, to obtain services or goods of better quality and at a lower total cost, or in other words, to ensure that they obtain a higher value in exchange for the money they pay. During the contracts it concludes with its contractors.

In order to achieve this, the administration takes, in order to conclude its contracts, a set of procedures that include the issuance of many administrative decisions that pave the way for the conclusion of the contract, or allow its conclusion, or prevent its conclusion. They are called separable administrative decisions, so that these decisions are not an end in themselves, but rather a means. taken by management with a view to reaching the final process of concluding the contract with the best bidder.

Among the separable decisions is the referral decision, which is one of the most important decisions taken by the administration during the stage of concluding the administrative contract, and in it the administration expresses its

will to accept the bid of the tenderer who was chosen by the tender committees, after studying, analyzing and evaluating all the bids submitted by the competitors, so the referral stage is considered A critical stage that moves us from the scope of the procedures leading to the conclusion of the contract to the stage of concluding the administrative contract, and from the scope of tort liability to the scope of contractual liability, and according to the award decision, the winning bidder is invited to conclude the contract, and to complete the rest of the contracting procedures from paying the final bonds and signing the contract.

The referral decision is not considered final except with the approval of the competent authority, and the legislation of countries varied in its organization, some of them adopted the method of assigning the competence of authentication to an individual, and some of them assigned this competence to a committee, and in order for the approval of the administration to produce its effect, it is required that knowledge of it reach the one to whom it was addressed, and accordingly The contract is not considered complete unless the winning bidder has been notified of this acceptance. Therefore, in order for the management's acceptance to have its effect on concluding the administrative contract, it must have been issued taking into account specific legal controls represented in the conformity of the acceptance with the offer, and the offeror's knowledge of this acceptance, and that the notification be made within the validity period The offer, and whenever the administration notifies the bidder of accepting his bid, he must, within a specific period, deposit the final bond, or complete the initial bond to reach the required value, otherwise the winning bidder will be considered in breach of that obligation after the expiry of the legal period specified for payment, then the initial bonds will devolve to the administrative authority while preserving its other rights towards that abuser.

The issuance of the referral decision entails the eligibility of the excluded bidders to grievance or appeal before the competent authorities. The referral decision is like any other administrative decision in terms of its composition and legality, and it is exposed to the defects of internal and external legality that these decisions are exposed to. However, the appeal against the referral decision has a special status. In the field of administrative contracts, especially with regard to the effects of annulment of the referral decision, because in most cases the annulment ruling is issued after the conclusion of the contract, or during its implementation, then the annulment ruling does not have the benefit that the appellant expects from

c

filing the annulment lawsuit, which is what called for some legislations in order to avoid The negative effects of the traditional annulment lawsuit lead to the establishment of a summary substantive court in which the administrative judge has the power to issue final rulings binding on the administration before signing the contract.



Republic of Iraq
Ministry of Higher Education

& Scientific Research
Babylon University
College of Law

Referral to contracting in administrative tenders

A comparative study

Thesis submitted by the student

Abdullah Ali Jabbar Abdul Hassan

To the Council of the Faculty of Law / University of Babylon

***It is part of the requirements for the degree of Doctor of Public
Law***

Supervisor By

Under The Supervision of a Professor of Administrative Law

Dr. Sadiq Muhammad Ali Al-husseini

2023

1444