



مملكة البحرين
الجامعة الخليجية
كلية القانون

المناقصة العامة كضمانة من ضمانات العقد الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)

رسالة

مقدمة إلى كلية الحقوق / الجامعة الخليجية كجزء من متطلبات نيل
درجة الماجستير في القانون الإداري

إعداد

مال الله جعفر عبد الملك الحمادي

إشراف

الدكتور علي عبدالفتاح



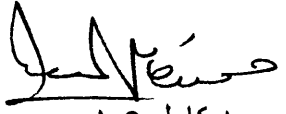
بسم الله الرحمن الرحيم

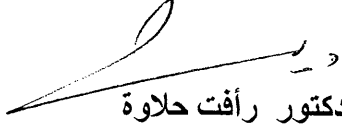
(وما أوتيتم من العلم إلا قليلا)

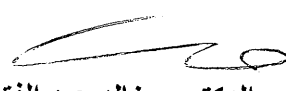
سورة الإسراء - الآية ٨٥

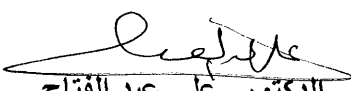
شهادة اللجنة المناقشة

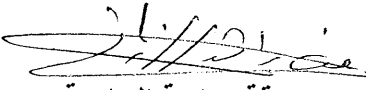
نشهد باننا قرأنا رسالة الطالب مال الله جعفر عبد الملك الحمادي الموسومة (المناقصة العامة كضمانة من ضمانات العقد الإداري - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة) وقد ناقشنا الطالب بمحتوياتها وما له علاقة بها ونرى بان الرسالة تلبي متطلبات الحصول على درجة (الماجستير في القانون الإداري) وبتقدير (ممتاز).

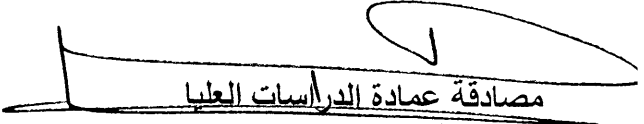
رئيس اللجنة
التوقيع : 
الاسم : محمد كامل عبيد
المرتبة العلمية : أستاذ / قانون عام
التاريخ : 2006/6/2

عضو اللجنة
التوقيع : 
الاسم : الدكتور رافت حلاوة
المرتبة العلمية : أستاذ / قانون جنائي

عضو اللجنة
التوقيع : 
الاسم : الدكتور خالد عبد الفتاح
المرتبة العلمية : أستاذ مساعد / قانون خاص

عضو اللجنة - المشرف
التوقيع : 
الاسم : الدكتور علي عبد الفتاح
المرتبة العلمية : أستاذ مساعد / قانون عام


مصادقة رئاسة الجامعة
الدكتورة منى راشد الزياتي
رئيسة الجامعة الخليجية
2006/ 6 / 2


مصادقة عمادة الدراسات العليا
الدكتور فرحان اسماعيل العاني
عميد الدراسات العليا
2006 / 6 / 2

إهداء

إلى والدتي الحنونة.... صاحبة القلب الكبير والفضل الكثير.
إلى روح والدي الذي حفر الصخر في سبيل تعليمي وبناء مستقبلتي أنا وأخوتي.
إلى زوجتي الغالية التي وقفت معي في أحلك الظروف وسارت معي على درب الطويل.
إلى فلذات كبدي... بناتي الأربع اللاتي من خلالهن أنظر إلى كل جديد وجميل في هذه الحياة.
إلى كل من ساهم معي في إنجاز هذا العمل.
أهدي ثمرة جهدي المتواضع.

الباحث

شكر

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أخص بالشكر الدكتور علي عبدالفتاح أستاذ القانون العام المساعد عميد كلية القانون بالجامعة الخليجية والدكتور حسام أسامة مدرس مساعد القانون الخاص لتفضلهما بالإشراف على هذه الرسالة ولما بذلاه من جهد كبير وتعاون مخلص وتوجيهات قيمة كان لها الأثر الكبير في مساعدتي بالوصول بالرسالة إلى هذه المرحلة. والشكر موصول كذلك إلى كل من وقف معي وساندني طوال مرحلة إعدادي لهذه الرسالة من الأصدقاء والزملاء في العمل وخارجه .
جزاهم الله خيراً جميعاً وأتمنى لهم التوفيق والسداد دائماً.

الباحث

مستخلص الرسالة

تعتبر عملية إبرام العقود الإدارية إحدى الوسائل التي تمارس جهة الإدارة بواسطتها نشاطها ، وتعتمد هذه العملية أساساً على مدى التزام الجهة الإدارية بتنفيذ النصوص القانونية الحاكمة لعملية التعاقد وللمبادئ المستقرة المتعلقة بمختلف مراحل تكوين العقد الإداري ، ابتداءً بالإجراءات الشكلية والإجرائية التي تسبق عملية الإبرام ، ومروراً بالضوابط المتعين إتباعها لتحديد التعاقد مع جهة الإدارة ثم انتهاءً بمرحلة توقيع العقد .

والإدارة في ذلك تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال التعاقد مع الأشخاص الأكفاء القادرين على تنفيذ التزاماتهم بكل دقة وإتقان ، كونهم معاونين للإدارة في الحفاظ على حسن سير وانتظام المرفق العام الذي تديره .

ولذلك فإن عملية اختيار المتعاقدين مع الإدارة تعتبر خطوة هامة جداً من الخطوات التمهيدية لإبرام العقد الإداري ، ولذلك فقد أحاطتها أغلب التشريعات بسياج من الضمانات سواء المقررة لصالح جهة الإدارة (وهي الغالب الأعم) أو تلك المقررة لصالح المتعاقدين معها .

والمناقصة العامة كأحد أساليب اختيار المتعاقدين مع الإدارة ، تعتبر أسلوباً هاماً ورئيسياً من أساليب الشراء الحكومية ، نظراً لما تتضمنه من إجراءات تتحقق من خلالها مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والعلانية ، وما هذه المبادئ إلا جزء من الضمانات العديدة التي تتجلى من خلال الإجراءات المختلفة للمناقصة العامة .

الأمر الذي حدا بنا إلى اختيار موضوع بحثنا ليكون " المناقصة العامة كضمانة من ضمانات العقد الإداري - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة " .

حيث قمنا بتقسيم البحث إلى خمسة فصول ، تناولنا في الفصل الأول ماهية العقد الإداري ، وفي الفصل الثاني المناقصة العامة والأحكام التي تخضع لها ، ثم في الفصل الثالث سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد كضمانة لها ، بينما في الفصل الرابع تناولنا التأمينات وأخيراً في الفصل الخامس ضمانات مرحلة تقييم العطاءات والإرساء .

وقد استعرضنا موضوع البحث من كافة جوانبه مستعينين في ذلك بالتشريعين البحريني والمصري بصورة أساسية ، إضافة إلى بعض التشريعات العربية والأجنبية ، كما تمت الاستعانة بالمبادئ العامة والأحكام القضائية والفتاوى القانونية الصادرة من محاكم البحرين ودائرة الشئون القانونية وكذلك أحكام وفتاوى مجلس الدولة المصري .

من خلال الرسالة تم التوصل إلى عدة نتائج أهمها :

- ١ - إن النظام القانوني للعقود الإدارية حماء المشرع وكذلك القضاء الإداري بسياج من الضمانات الخاصة لطرفي العقد نظراً للطبيعة الخاصة لهذا النظام .
- ٢ - ما زالت المناقصة العامة هي الأصل والأساس في توفير احتياجات الجهة الإدارية من سلع أو خدمات أو إنشاءات .
- ٣ - إن مبدأ المساواة في العقود الإدارية نسبي وليس مطلق .
- ٤ - حرية جهة الإدارة في عدم إتمام التعاقد مع المورد أو المقاول الذي صدر قرار الترسية على عطائه .

كما انتهينا إلى توصيات محددة أهمها :

- ١ - إضافة مادة إلى قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني بالسماح للجهات المشتريّة بالتصرف بالشراء مباشرة دون الرجوع إلى مجلس المناقصات في حدود مبلغ معين وليكن ٥٠.٠٠٠ (خمسون ألف) دينار .
- ٢ - تعديل المادة (٢٨) من القانون بإضافة حكم باستبعاد العطاء إذا كان غير مصحوب بالتأمين الابتدائي .
- ٣ - إضافة مواد إلى القانون بشأن تنظيم فرض غرامة التأخير والتعويض والتتفيذ على الحساب ، وحالات مصادرة ضمان التتفيذ .
- ٤ - تعديل المادة (٢٤) من القانون بحيث يكون تقديم العطاءات في مظلوفين بدلاً من مظلوف واحد .
- ٥ - تعديل المادة (١٤) من القانون بحيث يكون للجهاز الفني والإداري نظام إداري ومالي مستقل عن قانون الخدمة المدنية .
- ٦ - إضافة مادة إلى القانون تنظم كيفية إرساء المناقصة في حالة تساوي الأسعار أو عدم تمكن مورد أو مقاول واحد من تننفيذ العملية .
- ٧ - إضافة فصل خاص بالمزايدات إلى القانون .
- ٨ - تشكيل لجنة لتقييم العطاءات أو لإعادة التقييم في مجلس المناقصات تتكون من كفاءات مؤهلة .
- ٩ - تحديد معايير الجودة للمشتريات الحكومية من خلال قوائم يتم الالتزام بها من قبل موظفي المشتريات وكذلك الشركات الاستشارية التي تقوم بإعداد المواصفات الفنية .

الصفحة	الموضوع
١	مقدمة
٦	الفصل الأول: ماهية العقد الإداري
١٠	المبحث الأول: فكرة العقد الإداري
٢٩	المبحث الثاني: العقد الإداري وفكرة الإذعان
٣٥	المبحث الثالث: الضمانات في العقد الإداري
٤١	الفصل الثاني: المناقصة العامة والأحكام التي تخضع لها
٤٧	المبحث الأول: العلانية
٤٩	المطلب الأول: الإعلان عن المناقصة
٦٢	المطلب الثاني: نشر القرارات
٦٦	المطلب الثالث: تسبيب القرارات
٦٩	المبحث الثاني: المساواة بين المتنافسين
٧٠	المطلب الأول: المساواة كمبدأ دستوري
٧٥	المطلب الثاني: إعمال مبدأ المساواة في المناقصات العامة
٨٣	المبحث الثالث: حرية المنافسة
٨٤	المطلب الأول: مفهوم حرية المنافسة
٨٧	المطلب الثاني: حدود حرية المنافسة
٩١	الفصل الثالث: سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد كضمانة لها
٩٣	المبحث الأول: الحرمان من المشاركة في المناقصات العامة
٩٤	المطلب الأول: الحرمان الجزائي
١٠٦	المطلب الثاني: الحرمان الوقائي

١١٣	المبحث الثاني: الاستبعاد من المناقصات العامة
١١٥	المطلب الأول: الاستبعاد بسبب عدم توافر الكفاية الفنية والمالية
١١٨	المطلب الثاني: الاستبعاد بسبب عدم استيفاء العطاء الشروط الواردة في وثائق المناقصة
١٢٢	المطلب الثالث: الاستبعاد بسبب تنفيذ قرارات الحرمان
١٢٤	المطلب الرابع: الاستبعاد لعدم توافر حسن السمعة
١٢٩	الفصل الرابع: التأمينات
١٣١	المبحث الأول: التأمين الابتدائي
١٣٣	المطلب الأول: التكليف القانوني للتأمين الابتدائي
١٤٦	المطلب الثاني: الصور المختلفة للتأمين الابتدائي
١٦٥	المطلب الثالث: الآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين الابتدائي
١٧٤	المبحث الثاني: التأمين النهائي
١٧٥	المطلب الأول: التكليف القانوني للتأمين النهائي وصوره
١٧٨	المطلب الثاني: كيفية حساب التأمين النهائي
١٨٢	المطلب الثالث: الآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين النهائي ومصادره
١٩١	الفصل الخامس: ضمانات مرحلة تقييم العطاءات والإرساء
١٩٢	المبحث الأول: تشكيل لجان البت ونظام عملها
١٩٥	المطلب الأول: لجان البت في القانون المصري
١٩٧	المطلب الثاني: لجان البت في القانون البحريني
٢٠٠	المطلب الثالث: نظام عمل لجان البت في كل من القانونين المصري والقانون البحريني
٢٠٥	المبحث الثاني: تقييم العطاءات
٢٠٦	المطلب الأول: التقييم الفني
٢٠٩	المطلب الثاني: التقييم المالي
٢١٩	المطلب الثالث: التحفظات والمفاوضة

٢٢٧	المبحث الثالث: الإرساء على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً
٢٢٨	المطلب الأول: آلية الإرساء
٢٣٤	المطلب الثاني: قرار الإرساء وإبرام العقد
٢٤٢	المطلب الثالث: سلطة الإدارة في عدم إتمام التعاقد
٢٥١	الخاتمة
٢٥٥	المراجع

مقدمة

يعتبر النظام القانوني للعقود الإدارية أحد ركائز القانون الإداري، والذي يستقل تماماً عن ذلك النظام المعمول به بالنسبة للعقود المدنية.

حيث إن عملية إبرام العقد الإداري تعتمد أساساً على مدى التزام الإدارة بتنفيذ النصوص القانونية الحاكمة لعملية التعاقد وللمبادئ والأحكام المتعلقة بمختلف مراحل تكوين العقد الإداري ابتداءً بالإجراءات الشكلية والإجرائية التي تسبق عملية الإبرام، ومروراً بالضوابط المتعين إتباعها لتحديد المتعاقد مع الإدارة من حيث الأسلوب الواجب إتباعه لعملية الشراء وإجراءات التقييم والإرساء ثم انتهاءً بمرحلة توقيع العقد تمهيداً لدخوله حيز النفاذ، وما هذه الإجراءات المقننة إلا ضماناً للحصول على المتعاقد الأكفأ الذي يستطيع بالتعاون مع الإدارة الحفاظ على حسن سير وانتظام المرفق العام^(١). وتزداد أهمية العقود الإدارية نتيجة زيادة مسؤولية الدولة في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية وإنشاء المزيد من المنشآت والبنى التحتية وإجراء العديد من الدراسات العملية الهامة واستيراد مختلف البضائع والمستلزمات الحديثة التي تساهم في دفع عجلة التقدم والتطوير.

ولا تستطيع الدولة تحقيق أهدافها تلك من النفقات المخصصة لها إلا إذا قامت بالإنفاق في القنوات التي خصصت لها الاعتمادات وفقاً لقواعد ومعايير دقيقة يؤدي إتباعها إلى تحقيق منافع كبرى بتكلفة أقل، ذلك أن النفقات والتكاليف العامة يجب أن تخضع لمبدأ الوفر بالمعنى الاقتصادي، ولا يتأتى ذلك إلا إذا أمكن الحصول على نفس الإشباع بتكلفة أقل، أو الحصول على إشباع أكبر بنفس التكاليف، فجميع أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام يتصرفون في أموالهم طبقاً لقاعدة (الحصول على أكبر منفعة بأقل تضحية)^(٢).

فالإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته بكل دقة وإتقان، وفي الوقت ذاته يسعى هذا الأخير إلى تحقيق الربح الذي يمثل منفعة شخصية له. وفي الواقع فإن نظرية العقود الإدارية تشكل توازناً بين مصلحة الإدارة التي ينبغي دائماً أن تكون لها الأولوية في كل ما يتعلق بمصلحة المرفق العام، والمتعاقد معها التي تقرر له التوازن المالي

(١) د. السلال سعيد جمعة الهويدي : أسلوب المناقصة العامة في إبرام العقود الإدارية ، دراسة مقارنة وتطبيق

مقارنة في الأنظمة الإدارية لدولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية ، رسالة مقدمة للحصول على درجة

الدكتوراه في الحقوق ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، ١٩٩٨ ، ص ٩

(٢) د. عبدالحفيظ عبدالله عيد : أهمية قانون المناقصات الكويتي في تحقيق الوفر في النفقات العامة ، مجلة الحقوق ،

العدد الثاني ، السنة ١٩ ، يونيو ١٩٩٥ ، جامعة الكويت ، ص ١٦٥ وما بعدها

من خلال نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الاستثنائية غير المتوقعة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^(١).

وتعتبر عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة خطوة هامة جداً في التمهيد لإبرام العقد الإداري، وعلى الرغم من أن أغلب التشريعات اشتملت على العديد من أساليب الشراء مثل المناقصة المحدودة والممارسة والشراء المباشر ، إلا أن أسلوب المناقصة العامة يظل هو الأصل والأساس الذي تقوم عليه فكرة اختيار الإدارة للمتعاقد معها، وذلك نظراً لما تحتويه إجراءاتها من ضمانات سواء لجهة الإدارة أو للمتعاقد معها ، كما أن هذه الإجراءات تعد في الوقت ذاته هي الأساس لأساليب الشراء الأخرى، حيث غالباً ما تنص التشريعات على سريان أحكام المناقصة العامة على تلك الأساليب فيما لم ينص بشأنه نص خاص فيها. الأمر الذي يجعل من المناقصة العامة أسلوباً فاعلاً في تحقيق ما تسعى إليه الإدارة من الحصول على عدة خيارات فنية ومالية لشراء احتياجاتها نتيجة المنافسة بين الموردين والمقاولين، وفي النهاية الحفاظ على المصلحة العامة.

مشكلة البحث :

المناقصة العامة كأسلوب من أساليب الشراء التي تتبعها جهة الإدارة تتضمن إجراءات يشكل بعضها ضمانات سواء لصالح هذه الجهة أو لصالح المتعاقد معها ، وتكمن مشكلة البحث في كيفية التوفيق بين مصلحة جهة الإدارة ومصلحة المتعاقد معها عند إتباع الإجراءات المختلفة لأسلوب المناقصة العامة.

أسباب اختيار موضوع البحث وأهميته :

تكمن أسباب اختيارنا لموضوع البحث وأهميته في الآتي :

- ١ - إن المناقصة العامة ما زالت تتمتع بصفاتها كألية عادلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، تكفل تنفيذ المشروع محل المناقصة بأفضل الشروط الفنية وبأقل الأسعار حفاظاً على المال العام وضماناً لسير المرفق العام بانتظام وباضطراد .
- ٢ - إن فلسفة المناقصة العامة تكمن في المساواة بين المتنافسين وتوفير حرية المنافسة والعلانية ، وهذه من أهم المبادئ التي تساعد على تشجيع الاستثمار والتطوير وكذلك تحقيق الوفرة للدولة من خلال الحصول على عدة خيارات سواء من حيث الكفاءة الفنية أو الأسعار نتيجة كثرة فرص المشاركة فيها .

(١) المستشار عبدالفتاح صبري أبو الليل : أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، ١٩٩٣ ، ص ٤

- ٣ - حرص أغلب التشريعات العربية والأجنبية على جعل المناقصة العامة هي الأصل في عمليات الشراء الحكومية ، إضافة إلى ما قرره القانون النموذجي لإشتراء السلع والإنشاءات (اليونسترال) الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ذات الشأن.
- ٤ - الضمانات الكثيرة التي تحققها كافة إجراءات المناقصة العامة ابتداءً من الإجراءات التمهيدية وحتى إبرام العقد سواء ما كان منها لجهة الإدارة أو للمتعاقدين معها.
- ٥ - قلة البحوث المتخصصة التي تعرضت لإجراءات المناقصة العامة من حيث كونها ضمانة لطرفي العقد.
- ٦ - حاجة المكتبة القانونية في مملكة البحرين إلى البحوث والدراسات المتعلقة بالعقود الإدارية ونظم المشتريات الحكومية نظراً لأهميتها لملاحقة التطور الكبير والمتسارع في المشاريع الإنشائية وعقود الخدمات و التوريدات وغيرها من المشتريات الحكومية الأخرى .

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى الآتي :

- ١ - التوصل إلى نتيجة ما إذا كانت المناقصة العامة وإجراءاتها المختلفة تشكل ضمانة من ضمانات العقد الإداري سواء للجهة الإدارية أو للمتعاقد معها .
- ٢ - إبراز الدور الرئيسي والهام لأسلوب المناقصة العامة كأحد أساليب الشراء الحكومي وما يحققه من علانية ومساواة وحرية منافسة تساهم في توفير الوفرة المالي على الدولة .
- ٣ - بحث المعنيين بالمشتريات في الجهات الخاضعة لأحكام القانون على إتباع أسلوب المناقصة العامة في الشراء قدر الإمكان نظراً لما يوفره هذا الأسلوب من ضمانات سواء للجهة المشتريّة أو للمتعاقدين معها .
- ٤ - الوقوف على مواطن القوة والضعف في نصوص المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية بمملكة البحرين بعد أربع سنوات من التطبيق العملي من حيث الضمانات التي يوفرها أسلوب المناقصة العامة وإجراءاتها .
- ٥ - المساهمة ولو بصورة يسيرة في مادة علمية وعملية للباحثين في مجال قوانين وأنظمة المناقصات والمشتريات الحكومية في مملكة البحرين وكذلك للموردين والمقاولين (كونهم شركاء أساسيين ودائمين في عملية التنمية والتطوير).

تساؤلات البحث :

- ١ - كيف يمكن تحقيق ضمانات لجهة الإدارة من خلال إتباعها الإجراءات المختلفة لأسلوب المناقصة العامة ؟
- ٢ - هل تتحقق ضمانات العلانية للموردين والمقاولين بالنسبة لمشاركتهم في المناقصة العامة من خلال نشر الإعلان في الجرائد اليومية فقط ؟
- ٣ - هل بالإمكان تحقيق المساواة المطلقة بين الموردين والمقاولين ؟
- ٤ - هل يجوز حرمان مورد أو مقاول من المشاركة في المناقصة العامة بقرار من جهة الإدارة ؟ وما هي حدود سلطة الإدارة في ذلك ؟
- ٥ - هل يلزم تبليغ المورد أو المقاول بقرار الإرساء حتى نستطيع القول بانعقاد العقد ؟
- ٦ - هل تكون جهة الإدارة ملزمة بالتعاقد مع المورد أو المقاول بمجرد صدور قرار الإرساء ؟
- ٧ - هل نسبة التأمين الابتدائي (١%) من قيمة العطاء المعمول بها في القانون البحريني كافية لتحقيق الغرض من فرض هذا التأمين ؟

صعوبات البحث :

تتمثل صعوبات هذا البحث بصفة أساسية في قلة - إن لم يكن ندرة - المراجع المتخصصة في الموضوع في مملكة البحرين ، فما تم التعرض له عبارة بعض الكتابات المتناثرة التي لم تعالج الموضوع معالجة كافية ، إضافة إلى قلة الأحكام القضائية ذات العلاقة بالعقود الإدارية نظرا لعدم وجود قضاء إداري متخصص^(١) ، وقد شكل ذلك الأمر صعوبة بالغة في الاستعانة بالكم والنوع المطلوب من تلك الأحكام، مما جعلنا نعتمد بصفة أساسية على القضاء والفقهاء الإداريين المصريين، باعتباره الرائد في هذا المجال في المنطقة العربية، وما أتيح لنا من أحكام محاكم البحرين وفتاوى دائرة الشئون القانونية^(٢).

(١) بموجب المرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٠ تم إنشاء دائرة إدارية بالمحكمة المدنية تختص بالفصل في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد وبين الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة ، عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك.

(٢) دائرة الشئون القانونية هي الجهة المستقلة المعنية بالإفتاء القانوني وإعداد وصياغة التشريعات وتمثيل الوزارات والهيئات والمؤسسات العامة أمام القضاء في مملكة البحرين طبقاً للقانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم دائرة الشئون القانونية .

منهج البحث :

اتبعنا في إعداد هذه الرسالة المنهج التحليلي القائم أساساً على المقارنة بين النظامين المصري والبحريني مع إدخال بعض الأنظمة الأخرى بما يخدم المقام ، وفي الوقت ذاته التزم الباحث بالجانب التأصيلي الذي يُستقى في غالبه من الأحكام القضائية والآراء الفقهية ، مع الوضع في الاعتبار ما درج عليه العمل الإداري في ذات الصدد .

كل ذلك بما لا يخل بمبدأ الحياد العلمي المتعارف عليه في إعداد الرسائل والبحوث العلمية مع الالتزام بالأمانة العلمية في نقل واستنباط المعلومة وإرجاعها إلى أصلها الذي استقت منه سواء كان ذلك الأصل مؤلف عام أو مؤلف متخصص أو أبحاث أو مقالات أو دوريات محلية أو إقليمية أو دولية متخصصة أو الموسوعات القضائية أو شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) .

خطة البحث :

تناولنا في هذه الرسالة خصائص العقد الإداري والفرق بينه وبين العقود الأخرى وما إذا كان يشكل عقداً من عقود الإذعان، كما تم التطرق إلى الأحكام المختلفة التي تخضع لها المناقصة العامة وهي العلانية والمساواة وتكافؤ الفرص . ونظراً لحق الإدارة في استبعاد وحرمان بعض المقاولين من المشاركة في المناقصة، فقد تم إفراد فصلاً خاصاً لذلك، ولكون التأمينات في المناقصة العامة تشكل ضمانات هامة لجهة الإدارة فقد تم التطرق لتفاصيلها في فصل كامل، وأخيراً تم تحديد ضمانات مرحلة تقييم العطاءات وإصدار قرار الإرساء . وقد تم تقسيم الرسالة إلى خمسة فصول وعلى النحو التالي :

الفصل الأول: ماهية العقد الإداري.

الفصل الثاني: المناقصة العامة والأحكام التي تخضع لها.

الفصل الثالث: سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد كضمانة لها.

الفصل الرابع: التأمينات.

الفصل الخامس: ضمانات مرحلة تقييم العطاءات والإرساء.

الفصل الأول

ماهية العقد الإداري

تمهيد وتقسيم :

تلجأ الإدارة^(١) في ممارستها لنشاطها إلى عدة وسائل، منها القرار الإداري والعقد الإداري، وتستطيع الإدارة تقدير متى وأين تستخدم أيّاً من الوسيلتين، إذ إنه ليس في جميع الأحوال يمكنها إصدار القرارات الإدارية، وإنما قد تلجأ في حالات محددة إلى أن تتفق ودياً مع الأفراد أو الشركات إذا ما قدرت أن هذه الطريقة تحقق أهدافها ومن ثم المصلحة العامة، وذلك عن طريق إبرام عقد يوضح فيه التزامات وحقوق كل طرف.

والعقود التي تبرمها الإدارة ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد، حيث تستطيع الاختيار بين الأخذ بأسلوب القانون العام أو الأخذ بأسلوب القانون الخاص^(٢).

والعقود التي تبرمها الإدارة بأسلوب القانون الخاص هي تلك العقود التي تتخلى فيها الإدارة عن امتيازات السلطة العامة وتتعامل مع الأفراد أو الشركات، كما يتعاملون فيما بينهم، حيث تعتبر العقود في هذه الحالة عقوداً مدنية تخضع للقانون الخاص ويختص بها القضاء العادي^(٣).

وجهة الإدارة تستطيع وفقاً لسلطانها التقديرية أن تتعاقد طبقاً لقواعد القانون الخاص، وفي هذه الحالة تخضع عقودها للمحاكم العادية، وعادة ما يتم التعاقد وفقاً لهذه الطريقة بالنسبة للمشروعات التجارية والصناعية المصرفية، أو عندما يتعلق العقد باستغلال الأموال الخاصة للدولة، وأياً ما كان الأمر فإن شكل العقد وكذلك الشروط الخاصة الاستثنائية التي تتميز بها الإدارة تعتبر عناصر تشكل دليلاً واضحاً على نية الإدارة في التعاقد طبقاً للقانون العام^(٤).

أما عقود الإدارة التي تخضع لأحكام القانون العام فهي العقود التي تبرمها بوصفها سلطة عامة وتهدف بها إلى تنظيم مرفق عام وتسييره، وتخضع تلك العقود لقواعد خاصة في القانون الإداري ومن

(١) لقد تم استخدام ألفاظ عدة في البحث للدلالة على الجهة الإدارية المعنية بالتعاقد وحسب سياق الكلام، ولكنها جميعاً ذات مدلول واحد، وهذه الألفاظ هي (جهة الإدارة، الإدارة، الجهة المتعاقدة، الجهة المشترية).

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص ٢٥.
في ذات المعنى: د. أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص (أ).

(٣) د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، ص ٣.
في ذات المعنى: د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، ص ٣.

(٤) د. عمر أبوبكر باخشب: النظام القانوني لعقود الامتيازات، مجلة القانون والاقتصاد جامعة القاهرة، العدد ٦٤، السنة ١٩٩٤، ص ٣٠ وما بعدها .

ثم يختص القضاء الإداري بهذه العقود في الدول التي تأخذ بنظام الازدواج القضائي (الإداري والعادي)، والتي تسمى العقود الإدارية وهي الأكثر عدداً بين العقود التي تبرمها الإدارة والأكثر شيوعاً في الوقت الحاضر^(١).

واعتبر جانب من الفقه العقود الإدارية هي تلك التي تستخدم فيها الإدارة وسائل القانون العام، بينما العقود الخاصة للإدارة فهي تلك العقود التي تستخدم فيها وسائل القانون الخاص. كما أن هناك عقوداً إدارية بتحديد القانون، مثل عقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة وعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة والعقود الخاصة بشغل الأملاك العامة، أما العقود الإدارية بطبيعتها فهي التي يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر نيته في الأخذ بأحكام القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(٢)، مثل عقود البيع والشراء والتي تبرمها جهة الإدارة.

وجهة الإدارة ليست ملزمة بإتباع أسلوب معين في إبرامها لعقودها سواء الإدارية أو المدنية، وإنما تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الأسلوب الذي تتعاقد به. ولكن أغلب القوانين واللوائح تلزم الإدارة بالالتجاء إلى أساليب محددة في الشراء في حالات معينة، حيث إنه إذا خالفت الإدارة ذلك، يكون قرارها قابلاً للطعن فيه بالإلغاء^(٣).

وبناءً على ما تقدم فإن العقود التي تبرمها الجهة الإدارية، سواء مع أشخاص عامة أخرى أو أشخاص خاصة ليست كلها عقوداً إدارية^(٤)، وهذه الأخيرة هي التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة تجد مبرراتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، حيث تتمتع الإدارة فيها بسلطات استثنائية لا مثيل لها في علاقات الأفراد في ظل القانون الخاص. وعلى الرغم من هذه السلطات الممنوحة للإدارة في هذا النوع من العقود، إلا أنه ليس لها مطلق الحرية في ذلك، إنما تنقيد بما تنص عليه القوانين والقرارات واللوائح بما يضمن حقوق المتعاقدين معها^(٥).

(١) د. إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨١، ص ٩.

(٢) د. محمد السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ص ١٠ وما بعدها.

(٣) د. عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٦٢، السنة ٦٦، أكتوبر ١٩٧٥، ص ٥٥٠.

(٤) د. سعاد الشراوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر، ص ٥.

(٥) د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، ص ١٣.

وإذا كانت نظرية العقود الإدارية تستمد بعض أحكامها من قواعد القانون الخاص، فإن أهم الأحكام هي من صنع القضاء الإداري، ومن ثم فإنها تتميز عن القواعد القانونية التي تحكم العقود في القانون الخاص.

وحيث إن العقود الإدارية تتصل بالمرفق العام، وتبرمها سلطة عامة لتسيير هذا المرفق، فلا بد إذاً من وجود تمييز بين المركز القانوني لطرفي العقد، حيث تتفوق الإدارة على الأفراد، وذلك بحكم مسؤوليتها عن تحقيق المصلحة العامة، وبذلك فإنها تتمتع بسلطات استثنائية وخطيرة تجاه المتعاقدين معها^(١)، وإن كان هذا لا يمنع من تمتع المتعاقد مع الإدارة ببعض الحقوق مثل تحقيق التوازن المالي للعقد وحقه في التعويض^(٢).

وبالتالي فإن قيام الإدارة بالإشراف على دوام سير وانتظام المرافق العامة بانتظام وباضطرار هو الذي يبرر سلطتها الاستثنائية، حيث يجوز لها أن تعدل في العقد لمواجهة ما قد يطرأ من ظروف أثناء تنفيذه، دون أن يحتج المتعاقد معها بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. كما أن للإدارة أن توقع الجزاءات على المتعاقد معها مباشرة دون حاجة للجوء إلى القضاء، كما أن لها أن تنتهي العقد في أي وقت دون أن يحتج المتعاقد معها بوجوب تنفيذه، ذلك أن شرط العقد شريعة المتعاقدين واحترام العقد يمنع الإدارة، في هذه الحالة، من الحفاظ على مبدأ دوام حسن سير المرفق العام، حيث تستطيع ممارسة سلطتها تجاه المتعاقد معها المتقاعس في أي وقت أخذاً باعتبار المصلحة العامة^(٣). ويستمد العقد الإداري قواعده، إما من نصوص تشريعية تنظم جانباً أو أكثر من جوانبه، وإما من أحكام القضاء الإداري^(٤).

ذلك أن نظام جزاءات العقد الإداري - والذي هو في مجموعه من صنع القضاء - أصبح اليوم يشكل نظرية لها مقومات وأصول تنفرد بها، حيث أصبحت للإدارة وسائل فعالة من خلال ذلك

(١) لقد تم استخدام عدة ألفاظ في البحث للدلالة على الفرد أو الشركة أو المؤسسة التي تتقدم للاشتراك في المناقصة أو للتعاقد مع الجهة الإدارية، ولكن تلك الألفاظ ذات مدلول واحد، وهذه الألفاظ هي (المورد أو المقاول، المتعاقد مع الإدارة، المتناقص).

(٢) د. أنور أحمد رسلان: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، العددان ٣ و ٤، السنة ٤٨، سبتمبر، ديسمبر ١٩٧٨، ١٩٨٠، ص ١.

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، دون ذكر سنة نشر، ٢٠٠٣، الكتاب الثاني، ص ١١.

(٤) يراجع في ذلك د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١٢.
(أشار إليه: د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ، المنازعات، في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٨).

النظام، تضمن بها تنفيذ العقد إذا عجز المتعاقد معها عن الوفاء بالتزاماته، وفي الوقت ذاته يقرر النظام للمتعاقد مع الإدارة ضمانات لحماية حقوقه في مواجهة سلطة الإدارة^(١).

ويفترق العقد الإداري عن العقد المدني في الأمور الآتية^(٢):

١ - العقد الإداري يتميز عن العقد المدني بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره وسد احتياجاته وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة بصده. بينما العقد المدني يستهدف طرفاه تحقيق نفع مادي ومصلحة شخصية.

٢ - تتبع في شأن العقد الإداري أساليب محددة نص عليها القانون، مثل المناقصة العامة أو المحدودة أو الممارسة أو الشراء المباشر أو المزايدة. وبالإضافة إلى ذلك يخضع إلى قواعد محددة يُنص عليها في دفاتر الشروط الملزمة للطرفين، بينما العقد المدني تحكمه بنود العقد المبرم بين الطرفين.

٣ - تتبع جهة الإدارة في العقد الإداري أساليب القانون العام وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. وقد تكون هذه الشروط مقررة لصالح الجهة الإدارية، وقد تكون في بعضها لصالح المتعاقد مع الإدارة كونه معاوناً لها. بينما في العقد المدني تسمو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتتساوى كفتي العقد.

٤ - مصالح جهة الإدارة في العقد الإداري تفوق وتعلو مصلحة المتعاقد معها، كون الإدارة مسئولة عن حسن سير وانتظام المرفق العام، وبالتالي لها سلطة الرقابة والتوجيه وتعديل العقد وإنهاءه في أي وقت، وتوقيع الجزاءات الإدارية والمالية دون حاجة للجوء إلى القضاء. بينما في العقد المدني تتساوى المصالح للطرفين ولايستطيع أي طرف اتخاذ أي إجراء غير منصوص عليه في العقد إلا بموافقة الطرف الآخر.

هذا وسوف نببحث في ماهية العقد الإداري، وذلك من خلال مباحث ثلاثة، وعلى النحو التالي:

المبحث الأول: فكرة العقد الإداري.

المبحث الثاني: العقد الإداري وفكرة الإذعان.

المبحث الثالث: الضمانات في العقد الإداري.

(١) د. عبدالمجيد الفياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٧٥، ص ٨.

(٢) د. أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٥.

المبحث الأول

فكرة العقد الإداري

يعتبر التعاقد إحدى الوسائل التي تمارس بها الإدارة العامة نشاطها، سواء كان هذا التعاقد بين الهيئات والمؤسسات الإدارية ذاتها أو بينها وبين الأفراد أو الشركات.

وعادة ما تكون العقود التي تبرمها الإدارة إما خاضعة لأحكام وقواعد القانون الخاص، وإما تكون خاضعة لأحكام وقواعد القانون العام.

ولكي يتصف العقد الذي تبرمه الإدارة بالصفة الإدارية يجب أن يكون متصلاً بمرفق عام، سواء لتنظيمه أو تسييره، ويجب أن تأخذ الإدارة فيه بأساليب القانون العام، وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(١).

ونظراً لقيام العقد الإداري على فكرة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية، في حالة تعارضهما، فإن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة سواء أثناء الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد أو عند إبرامه أو أثناء تنفيذه، بحيث لا يكون هناك توازن بين مصلحة طرفي العقد المعمول بها في مجال العقود المدنية^(٢).

والسلطات الواسعة التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وخروجها عن الروابط المألوفة في عقود القانون الخاص ضرورية في هذه الحالة، نظراً لاتصال هذه العقود الإدارية بتنظيم وتسيير المرافق العامة. ورغم ذلك فإن الإدارة لا تتمتع بحرية اختيار المتعاقد معها إنما تقتيد بمبدأ المساواة بين المتنافسين وتحقيق المصلحة المالية لها، من خلال نظام يكفل اختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معها من الناحية الفنية والمالية. كما أن العقد الإداري ينعقد بتوافق إرادة كل من الإدارة والمقاول أو المورد الذي رست عليه المناقصة، وبالتالي فهو عقد رضائي، وإن كانت الإدارة هي التي تستقل حقيقة بصياغة العقد ووضع شروطه سلفاً دون إشراك المتعاقد معها، إلا أن هذا لا يعني أن المقاولين أو الموردين يقبلون هذه الشروط دون أن يكونوا راضين عنها، ذلك أنهم يطعنون على هذه الشروط ويدرسونها ويبدون بشأنها ما يرون من استيضاحات للإدارة قبل تقديم عطاءاتهم أو أية تحفظات يرفقونها بهذه العطاءات^(٣).

(١) د. عبدالمجيد فياض، مرجع سابق، ص ٣.

(٢) د. عبدالعزيز عبدالمعز خليفة، مرجع سابق، ص ١.

(٣) د. جمال عثمان جبريل، د. إبراهيم محمد علي، العقود الإدارية (آثار العقد الإداري) وفقاً للقانون رقم (٩) لسنة

١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادر بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨، جامعة المنوفية (كلية الحقوق)

٢٠٠١ - ٢٠٠٢، ص ٥ وما بعدها.

وقد ذهبت المحكمة الكبرى المدنية بمملكة البحرين إلى أنه «..... وإذا كان يلزم لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الدولة أو ما إليها من الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تنظمها قواعد القانون الخاص، علاوة على أن يكون متصلاً بمرفق عام اتصالاً يتحقق به معنى المشاركة في تسييره فإن المحكمة تخلص من ذلك إلى أن العقد المبرم بين الطرفين هو من العقود الإدارية التي يجوز للمدعى عليها أن تنهيه بإرادتها المنفردة حتى قبل انتهاء مدته إذا اقتضت اعتبارات المصلحة العامة ذلك»^(١).

وطبقاً لحكم المحكمة الإدارية العليا في مصر فإن العقد الإداري هو «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص»^(٢).

إذن يمكن تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود المدنية ببعض الخصائص كالتالي:

الخصائص المميزة للعقد الإداري :

- ١ - أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.
- ٢ - أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، سواء من حيث التنظيم أو التسيير أو الإدارة أو الاستغلال أو المعاونة أو المساهمة فيه.
- ٣ - أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام، وذلك إما بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وإما بإشراك المتعاقد مباشرة في تنفيذ وتسيير المرفق العام ذاته.

ونعرض فيما يلي للمعايير الثلاثة المميزة للعقد الإداري بشيء من التفصيل:

(١) حكم المحكمة الكبرى المدنية (الغرفة الأولى) في الدعوى رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٩٥، المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة، إصدار دائرة الشئون القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م، ص ٤٨٨.
أنظر في ذات المعنى : حكم المحكمة الكبرى الإستئنافية في الدعوى رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٩٢ جلسة ١٩٩٢/١١/٢٥ المرجع السابق، ص ٦٩ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق جلسة (١٩٦٧/١٢/٣٠)، ٣٥٩/٤٨/١٣ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥، ص ٩١.
أنظر كذلك حكمها في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق بجلسته ١٩٦٨/٢/٢٤، وحكمها في الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ ق بجلسته ١٩٨٧/٢/٢١، وحكمها في الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق بجلسته ١٩٩٥/١/٢٤ (المرجع السابق ص ٩٤ وما بعدها).

١ - أن تكون الإدارة طرفاً في العقد:

يتمثل المعيار الأول المميز للعقد الإداري في ضرورة أن يكون أحد طرفي العقد أحد الأشخاص المعنوية العامة، ويعتبر من هذه الأشخاص: الدولة وما تشمله من وزارات ومصالح وإدارات تابعة لها، الهيئات والمؤسسات العامة، المجالس والهيئات التي تمارس جانباً من امتيازات السلطة العامة التي يضيف عليها القضاء صفة الشخص المعنوي العام، إضافة إلى المحافظات والمراكز والمدن والقرى والأحياء.

على أنه يثار هنا السؤال التالي: هل تنحصر الأشخاص المعنوية العامة في نطاق السلطة التنفيذية فقط؟ الإجابة بالنفي طبعاً، وذلك نظراً لوجود إدارات عامة داخل السلطة التشريعية والسلطة القضائية تمارس أعمالاً إدارية لاتندرج تحت الوظيفة التشريعية أو الوظيفة القضائية، ولذلك فإن هذه الإدارات تمارس ذات الأعمال التي تمارسها الأشخاص المعنوية في السلطة التنفيذية، وعليه فإن العقود التي تبرمها تلك الإدارات تأخذ صفة العقود الإدارية إذا ما توافرت فيها المعايير الأخرى المميزة للعقود الإدارية^(١).

ونظراً لكون العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة، فبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً، وفي الوقت ذاته فإن وجود الإدارة طرفاً في عقد ما، لا يسبغ عليه وصف العقد الإداري دون توافر الشرطين الآخرين^(٢).

تعاقد أحد الأفراد أو إحدى الشركات لمصلحة جهة الإدارة:

إذا ما تعاقد أحد الأفراد أو إحدى الشركات لمصلحة جهة الإدارة، فإن العقد المبرم يصدق عليه وصف العقد الإداري. وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أنه «متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري، إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري»^(٣).

(١) د. عبدالغني بسيوني عبدالله: النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ٥٢٩ وما بعدها.

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٢ وما بعدها.

أنظر في ذات المعنى: د. عزيزة الشريف: مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق بجلسة ١٩٦٧/٣/٧.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٩٩.

ويرى بعض الفقه أن تعاقد شخص من أشخاص القانون الخاص في الحالة المشار إليها ليس لحسابه الخاص إنما لكونه وكيلاً عن الشخص العام، كما أن آثار العقد لن تترتب في ذمة المتعاقد (الشخص الخاص) إنما تنصرف إلى ذمة الشخص العام (جهة الإدارة) الذي أبرم العقد لحسابه^(١). وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأن العقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً فيما لو اشتمل ذلك العقد على شروط استثنائية، وكان تعاقد أحد الطرفين لصالح الإدارة^(٢).

وطبقاً لنص المادة (٣) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، فقد أخضع المشرع البحريني الشركات المملوكة بالكامل للدولة لأحكامه، وبالتالي فإنها تتبع كافة الإجراءات المنصوص عليها في القانون ولائحته التنفيذية وهي بصدد توفير احتياجاتها من السلع أو الخدمات أو الإنشاءات. فهل يصدق على العقود التي تبرمها هذه الشركات وصف العقود الإدارية؟

إن العبرة في إضفاء وصف الطبيعة الإدارية على العقود التي تبرمها الشركات المشار إليها ليس بإخضاعها لقانون المناقصات، إنما بمدى توافر الشروط الثلاثة السابق الإشارة إليها، وهي توفر الشروط الاستثنائية واتصال العقد بالمرفق العام ووجود الإدارة كطرف في العقد. وبذلك فإنه إذا ما توافرت الشروط الاستثنائية وتعاقدت الشركات المشار إليها لصالح المرافق العامة التي تديرها ومن خلال جهة الإدارة التي تشرف عليها، فإنها تكون هنا بمثابة الجهات الإدارية التي تتعاقد باسم الدولة ولصالحها، وبذلك تستكمل توافر الشروط الثلاثة المطلوبة، وبالتالي تصبح العقود التي تبرمها تلك الشركات عقوداً إدارية، خاصة وإن المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها بجلسة ١٩٦٧/٣/٧ المشار إليه آنفاً^(٣)، قد اعتبرت العقد الذي يبرمه أحد الأفراد أو إحدى الشركات لصالح جهة الإدارة عقداً إدارياً بالرغم من أن ذلك الفرد لا علاقة له بالجهة الإدارية، وتلك الشركة ليست مملوكة بالكامل للدولة ولا علاقة لها بالمرفق العام.

عرفنا مما سبق بأن وجود الشخص المعنوي كطرف في العقد شرط ضروري لإضفاء صفة العقد الإداري عليه، ولكن هل توافر هذا المعيار فقط كافٍ لإقرار ذلك؟

إن العقد الإداري يتطلب توافر الشروط الثلاثة المنوه عنها مجتمعة، فإذا خلا العقد من أحدها فإننا لانكون بصدد عقد إداري، وعليه فلا بد من أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتصل العقد

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي القانونية، ٢٠٠٣، ص ٤٩٥.

(2) Mayras.Gr.Ar.P.252,13Dec.1963,syndicat des praticiens de l'art dentaire.

(مشار إليه في د. مصطفى عبدالمقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دراسة

في أحكام القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٨٦ وما بعدها.

(٣) أنظر سابقاً، ص ١٢.

بمرفق عام وأن يحتوي العقد على شروط استثنائية، ذلك أن الإدارة في إبرامها هذا العقد تكون بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات وسلطات معينة لا يتمتع بها المتعاقدون معها. وقد ذهبت إلى ذلك وأكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في أغلب أحكامها في هذا الشأن^(١).

ولما كان توافر معيار وجود الشخص المعنوي كطرف في العقد لا يكفي لوصف هذا العقد بالعقد الإداري، نعرض للمعيار الثاني من معايير تمييز العقد الإداري، وهو صلة العقد بالمرفق العام.

٢ - اتصال العقد الإداري بالمرفق العام:

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية المرفق العام بأنه ((كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها، لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام، وخدمة المصالح العامة في الدولة. والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام))^(٢). ويذهب جانب من الفقه في تعريف المرفق العام بأنه ((مشروع يعمل باضطراب وانتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين))^(٣). كما عرفه فقه آخر بأنه ((كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور))^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ ق بجلسة ١٩٨٧/٢/٢١، والطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق بجلسة ١٩٦٨/٢/٢٤، والطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ ق بجلسة ١٩٨٤/٢/١١، والطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق بجلسة ١٩٩٥/١/٢٤.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاما، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

أنظر حكمها كذلك في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢.

الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة المدنية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، الجزء (٤٩) من عام ١٩٩٣ - ١٩٩٧، إشراف حسن الفكهاني، د. نعيم عطية والمحامي عبدالمنعم بيومي، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، الدار العربية للموسوعات، ص ٦٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق الصادر بتاريخ ٢ يونيو ١٩٥٧.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني بمجلس الدولة، السنة ١١، أبريل ١٩٥٧ - سبتمبر ١٩٥٧، ص ٤٩٣.

(٣) د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ٢٠٠٧، ص ٣٦٨. أنظر كذلك د. جمال عباس أحمد عثمان: العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٦٧.

(٤) د. طعيمة الجرف: القانون الإداري، ص ٢٢١.

وأياً كان الأمر بشأن تحديد تعريف المرفق العام فإن شرط ارتباط العقد بالمرفق العام يُعتبر شرطاً ضرورياً لإضفاء صفة العقد الإداري على ذلك العقد. وقد قررت العديد من أحكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا بمصر ذلك المبدأ، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن " العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة، وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام^(١) ".

على أن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ليس له صورة محددة بذاتها، إذ قد يتصل العقد بتنظيم المرفق، أو استغلاله، أو تسييره، أو بالمعاونة في تسييره وإدارته عن طريق توريد مواد أو خدمات، أو غير ذلك من صور الاتصال^(٢).

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية المبدأ ذاته وقررت في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٣/٣١، وجاء فيه ^(١) "إن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص^(٣)".

= (مشار إليه في د. أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٦).

بينما يرى د. أحمد عثمان عياد أن للمرفق العام معنيين: الأول: عضوي، ويُقصد به المنظمة أو الهيئة الإدارية القائمة بالنشاط الذي يهدف إلى المصلحة العامة، والتي تكون طرفاً في العقد.

والثاني: موضوعي أو مادي، ويقصد به كل خدمة أو نشاط يهدف إلى إشباع حاجات عامة وتقوم به السلطات العامة أو تحت إشرافها في إطار نظام قانوني متميز.

ويأخذ كل من القضاء الفرنسي والمصري بالمعنى الموضوعي للمرفق العام.

د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٢، وحكمها في الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥.

(مشار إليهما في المستشار حمدي ياسين عكاشة: العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس)، منشأة المعارف بالإسكندرية بدون سنة نشر ، ص ٨ وما بعدها).

أنظر كذلك حكمها في الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١٣.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية، السنة ١٥، المكتب الفني بمجلس الدولة، أكتوبر ١٩٦١ - سبتمبر ١٩٦١، ص ٨٧.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب: مرجع سابق، ص ٤٩٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، أحمد سمير أبوشادي:

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، نوفمبر ١٩٥٥ - نوفمبر ١٩٦٥،

= الجزء الثاني، ص ١٣٤٧.

ومن المعلوم إن الإدارة تستطيع — رغم كونها قائمة على المرفق العام — أن تبرم عقوداً لاتعتبر عقوداً إدارية، وذلك إذا ما كانت هذه العقود لاتتصل بالمرفق أو بنشاطه أو بتسييره، حيث تكون هذه العقود عقوداً مدنية، ذلك أن مناط العقد الإداري — إلى جانب كون الإدارة أحد أطرافه — أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره، بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته، مراعاةً لوجه المصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة.

وإذا ما انقطعت الصلة ما بين العقد والمرفق العام فإنه يفقد صفته الإدارية ويصبح عقداً مدنياً، حتى ولو كان أحد طرفيه شخصاً عاماً، ولذلك يخرج عن نطاق العقود الإدارية تأجير إحدى الهيئات العامة قطعة أرض من أملاكها الخاصة لأحد الأفراد لإقامة مصنع عليها، تأسيساً على أن إبرام العقد بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً. ويتعين لاعتباره كذلك أن يبرم العقد شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يُظهر نيته في هذا العقد في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(١).

ومن الأحكام المتقدمة يتبين لنا أن تعاقدات جهة الإدارة لا تعتبر جميعها عقوداً إدارية، على الرغم من أنها (العقود) قد تشمل على شروط استثنائية، ولكن يتخلف شرط ثالث وهو اتصال هذا العقد بالمرفق العام أو بتسييره، ذلك أن الإدارة تستطيع أن تبرم عقوداً مدنية غير إدارية وفقاً لما تراه محققاً لمصلحتها في العدول عن العقود الإدارية إلى عقود القانون الخاص، وتتبع في شأن هذه العقود ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة، ذلك لأن هذه العقود غير متصلة بالمرفق العام سواء من حيث تنظيمه أو استخدامه، أو تسييره وبالتالي فإن عقود إيجار ملك من أملاك الإدارة الخاصة التي ليست لها علاقة بالمرفق الذي تديره، أو عقود الإدارة الخاصة باستغلال أموالها الخاصة، كعقود بيع ثمار

= أنظر كذلك حكمها في الطعن رقم ٢٣٨١ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٦/٥/١٩٩٣، المكتب الفني بمجلس الدولة، ص ٩٢٥، وسائط مدمجة، نشر المجموعة الدولية للمحاماة والاستشارات القانونية، والطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ ق بجلستها (١٩٨٧/٢/٢١) ٨٥٣/١٢٧/٣٢. مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٩٥.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٥٦٧ لسنة ١٣ ق جلسة ٢٣/١٠/١٩٦٠.

مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإداري، السنة ١٥، مرجع سابق، ص ٢٢.

حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٢٣٥ لسنة ١٣ ق جلسة ٢٢/٣/١٩٦٠.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ١٤، أكتوبر ١٩٥٩ - سبتمبر ١٩٦٠، ص ٢٥٦.

حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١١/٢/١٩٨٤.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٩٨.

الحقائق المملوكة للدولة ملكاً خاصاً والتي تتصرف فيها الإدارة على شاكلة الأفراد وفقاً للقانون المدني، ليست من العقود الإدارية.

وإذا ما كان شرط المرفق العام شرطاً لازماً وضرورياً لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة، فإنه يكفي في ذلك أن يؤخذ المرفق العام بأوسع معانيه دون تقيد في ذلك بنوع معين من المرافق العامة دون نوع آخر. والمعيار الأساسي لاستظهار قيام المرفق العام والاستدلال عليه هو نية السلطة العامة، باعتبار أنها تملك دون سواها إنشاء مرفق عام أو إطلاق تلك الصفة على نشاط قائم، وفقاً لما تراه من طبيعة النشاط ذاته وظروفه ومقتضياته، كاشتراط حصول المشروع على ترخيص أو موافقة من جهة الإدارة، أو خضوعه لمراقبة من قبلها، أو منح المتعاقد معها بعض امتيازات السلطة العامة مثل حق نزع الملكية للمنفعة العامة، أو شغل الأملاك العامة، أو الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم^(١).

وتعتبر فكرة المرفق العام في الوقت الحاضر هي أساس معظم قواعد القانون الإداري، فمما لا شك فيه أن مقتضيات سير المرافق العامة هي التي تبرر تلك القواعد المتميزة في القانون الإداري، والتي تخرج عن المألوف في قواعد القانون الخاص^(٢). وإن كان هناك جانب من الفقه يرى^(٣) بأن فكرة المرفق العام كمعيار موضوعي للعقد الإداري لاتصلح، نظراً لميوعتها وعدم تحديدها، خاصة بعد أن اتسع معناها حتى اختلط بفكرة المصلحة العامة، وأصبحت تعني أي نشاط يهدف إلى تحقيق منفعة عامة قد أصبحت متحققة في كل نشاط تقوم به الإدارة، ومن ثم لم تعد تصلح للكشف عن طبيعة العقود التي تبرمها الإدارة^(٤).

ويؤيد البعض ذلك الفقه ويرى بأن فكرة المرفق العام^(٥) وإن كانت شرطاً لازماً وضرورياً حتى يصبح العقد الذي تبرمه الإدارة إدارياً، إلا أنه شرط غير كاف، ذلك أن معيار المرفق العام، وإن قام قرينه في هذه الحالة، إلا إنها قرينة ليست قاطعة لايرد عليها استثناء^(٦).

(١) د. نبيل أحمد سعيد: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي، مجلة مجلس الدولة، السنوات من الثالثة عشرة إلى الخامسة عشرة، ١٩٦٦، ص ٣٤٦ وما بعدها.

وفي هذا الشأن ذهبت محكمة التمييز البحرينية إلى أنه (لما كان البين أن محل العقد المبرم بين الطاعنة والمطعون ضدها جزء من حديقة وهي من المنافع العامة ومن ثم لا يصح اعتباره عقد إجبار...) الطعن رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٦، مكتب فني (٧) جلسة ١٦/٦/١٩٩٦، مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، نشر المجموعة الدولية للمحاماة والاستشارات القانونية، أقراس مدمجة، ص ٣٠٣ وما بعدها.

(٢) د. عزيزة الشريف: مرجع سابق، ص ٤٧.

(٣) د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ٥٧ وما بعدها.

(٤) د. علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ٣٣.

بينما يرى البعض أنه ((المهما كان الشأن في خصوص المعيار الذي يقوم عليه القانون الإداري - فهو معيار السلطة أم معيار المرفق العام - فإن الذي لاشك فيه أن مبادئ القانون الإداري في الوقت الحاضر تقوم في كل من فرنسا ومصر، على أساس فكرة المرفق العام، ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم)) (١).

ونؤيد ما ذهب إليه هذا الفقه الأخير من قيام مبادئ القانون الإداري في الوقت الحاضر على أساس فكرة المرفق العام، ونضيف بأن هذا المعيار يعتبر من أهم معايير تميز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى، نظراً لقيام العقود الإدارية أساساً على فكرة المرفق العام، وسلطة الإدارة المميزة في تلك العقود ليست مطلقة إنما مقيدة بإتباع القانون واللوائح ولها ما يبررها، من حيث قيام الإدارة على ضمان حسن سير وانتظام ذلك المرفق، وتأثير ذلك على علاقة المتعاقد مع الإدارة كونه مساعداً ومعاوناً لها في تسيير المرفق العام، الأمر الذي يجعله يبذل أقصى جهد في سبيل تنفيذ التزاماته، تأسيساً على اتصال عقده بالمرفق العام مباشرة، إضافة إلى امتثاله للتوجيه والرقابة من قبلها، كون الاثنين يسعيان معاً إلى تحقيق مصلحة عامة، وفي المقابل تحترم جهة الإدارة العقد المبرم وتراعي حسن النية في تنفيذه، أي إنه بتبادل الالتزامات بين الطرفين تتحقق الأهداف المرجوة لخدمة المنتفعين بالمرفق العام.

هذا إضافة إلى أن معظم نظريات الفقه الفرنسي حاولت استبعاد فكرة الشروط الاستثنائية والإبقاء فقط على فكرة المرفق العام كمعيار وحيد لتمييز العقد الإداري (٢).

وتتمثل صور اتصال العقد بالمرفق العام، في اشتراك المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق العام مثل عقد الالتزام، وإشراك المتعاقد في تسيير المرفق العام مثل عقود التوريد وعقود النقل وعقود إيجار الخدمات، وأن يكون موضوع العقد تنفيذ هدف المرفق العام، وهذا في حالة التزام الإدارة - بنفسها - قبل الجمهور بتقديم سلعة أو خدمة معينة، وذلك بموجب عقود يبرمها المرفق العام مباشرة مع المنتفعين بخدماته، حيث إن هذه العقود الأخيرة تكون عقوداً إدارية إذا احتوت على شروط استثنائية وظهرت فيها الإدارة كسلطة عامة لا كفرد عادي. وهناك عقود إدارية بطبيعتها مثل عقد التزام أو امتياز المرفق العام، عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد استغلال الثروات الطبيعية والمناجم والمحاجر، عقود إيجارات كافتيريات أو مقاصف تابعة لإحدى الجهات الإدارية، وعقود تأدية خدمة لإحدى الجهات الإدارية (٣).

(١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٢) أشار إلى تلك النظريات د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ٢٨.

(٣) د. أحمد سلامة بدر: مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

ويرى جانب من الفقه أن تقدير مسألة مدى اتصال العقد بالمرفق العام هي مسألة موضوعية يراعيها القضاء الإداري في كل حالة على حدة، وإذا ما انقطعت صلة العقد بالمرفق العام اعتبر العقد عقداً خاصاً^(١).

وعلى الرغم مما تقدم فإن هناك جانباً آخر من الفقه يرى بأنه لا لزوم لشرط اتصال العقد بالمرفق العام، على اعتبار أن اشتراط أن تأخذ الإدارة في العقد بأساليب القانون العام (توافر الشروط الاستثنائية) يكاد يتضمن شرط المرفق العام ويغني عنه في معظم الأحوال، حيث إن الإدارة لا تلجأ إلى القانون العام إلا إذا تعلق العقد بالمرفق العام، كما أن التعلق بالمرفق العام في ذاته ليس دليلاً على الخضوع لأحكام القانون العام^(٢).

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي كفاية معيار المرفق العام دون حاجة لبحث شروط العقد^(٣). ويؤيد غالبية الفقه الفرنسي موقف قضاؤه السابق حيث في غالبية يميل إلى كفاية المرفق العام كمعيار للعقد الإداري، دون حاجة للبحث عن الشروط الاستثنائية في العقد، حيث يعتبر هذا الفقه وجود الشخص العام مفترضاً، وتواجد أي من المرفق العام أو الشروط الاستثنائية يكفي لصنع العقد بالصيغة الإدارية، أي لا يشترط توافرها معاً وذلك من خلال الصياغات التي يأخذ بها هذا الفقه^(٤).

= وفي هذا الشأن قررت محكمة التمييز البحرينية أنه^(٥) لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى أن العقد المبرم بين الطاعنة والمطعون ضده لاستغلال المقصف موضوع النزاع عقد إداري وليس عقد إيجار مما مؤداه عدم خضوعه للتجديد القانوني لعقود الإيجار بعد انتهاء مدتها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧٠ وكان البين من الأوراق أن العقد قد انتهى بانتهاء مدته في ١/٣١/١٩٩٥ طبقاً لشروطه بعد أن أخطرت الطاعنة المطعون ضده بعدم رغبتها في تجديده ، فإن يد المطعون ضده على المقصف بعد هذا التاريخ تكون بغير سند قانوني ويحق للطاعنة طلب إخلائه وتسليمه إليها^(٦) .

الطعن رقم ١٣ لسنة ١٩٩٧ مكتب فني (٨) جلسة ١٩٩٧/٥/٢٥. مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا، مرجع سابق ص ٢٨٢ وما بعدها .

- (١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٤.
- (٢) د. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٢.
- (٣) C.E.Ministre de l'agriculture c/consorts grimouard Gr.Ar.p.432.
- (أشار إليها د. مصطفى عبدالمقصود سليم: مرجع سابق ، ص ٥٨) .

(٤) ورد هذا الرأي في المرجع السابق، ص ٧٥

وفي عبارة مشابهة يقول الأستاذ ريفيرو، ص ١١٨.

II. faut bien comprendre que ces deux derniers éléments (L'objet du contrat et les clauses exorbitantes) sont alternatifs : un contrat coclu par une personne publique est administratif lors qu'il répond soit á la seconde des conditions lindiqueés.

وهو ذات التعبير الذي يستخدمه أندريه دي لوبانير فقرة ٨٠٢ ص ٣٩١.

La jurisprudence adopté un critère alternatif.

=

وهكذا يتضح بأن معيار المرفق العام يكفي وحده هو أو الشروط الاستثنائية لصبغ العقد بالصبغة الإدارية طبقاً لأحكام القضاء الإداري والفقهاء الفرنسيين، ولكن لا يكفي أحدهما فقط لو سُمِّ الصفة الإدارية على العقد طبقاً لأحكام القضاء الإداري وأغلب الفقهاء في مصر^(١).

وحيث إن العقد الإداري كما سبق بيانه يقوم على ثلاثة معايير تميزه عن غيره من العقود الأخرى، فإن كون الإدارة طرفاً في العقد واتصال هذا العقد بالمرفق العام ليسا كافيين لإسباغ الطبيعة الإدارية على ذلك العقد، لذلك يتوجب توافر المعيار الثالث وهو أخذُ الإدارة بأساليب القانون العام، أي تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهذا ما سوف يتم بحثه خلال السطور القادمة.

٣ - الأخذ بأساليب القانون العام (الشروط الاستثنائية):

هذا هو الشرط الثالث والأخير ضمن معايير تمييز العقود الإدارية، حيث كما سبق بيانه يلزم توافر الشروط الثلاثة مجتمعة حتى نكون بصدد عقد إداري.

وفي هذا الشأن أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أكثر من حكم لها ضرورة توافر الشروط الاستثنائية للتوصل إلى إثبات الصبغة الإدارية للعقد أو نفيها عنه. وفي ذلك ذهبنا إلى أن ((من المسلم به في فقه القانون الإداري أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لكي يصبح العقد إدارياً، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضاف على العقد تلك الصفة، وبهذه المثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية. ومن أمثلة الشروط الاستثنائية أن يتضمن العقد شروطاً تخول الجهة الإدارية الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها، وسلطة إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضا الطرف الآخر، كما أنه من أمثلة الشروط غير المألوفة حق الجهة الإدارية في تغيير طريقة التنفيذ، وحققها في توقيع العقوبات على المتعاقد معها دون حاجة إلى وقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء. وإذا لم يتضمن العقد شروطاً استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، إذ ينتمي عنه عندئذ وصف العقد الإداري))^(٢).

= (مشار إليها في المرجع السابق ، ص ٧٥) .

(١) د. عصمت عبدالله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٠٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤.

= مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق ، ص ٩٩.

وفي حكم آخر لها ذهب إلى أنه إذا خلا عقد إيجار العين موضوع المنازعة من أية أحكام استثنائية فإنه لا يمكن القول معها بتوافر صفة العقد الإداري فيه، ولابد وأن يكون عقداً مدنياً ومن ثم ينأى عن الاختصاص الولائي لمحاكم مجلس الدولة^(١).

ويتمثل الهدف من تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية في الرغبة في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة.

إضافة إلى أن صلة العقد بالمرفق العام لوحدها غير كافية لكي تجعل من عقود الإدارة عقوداً إدارية، ذلك أن الإدارة تستطيع إبرام العقود المدنية والإدارية، حيث تلجأ إلى وسائل القانون الخاص في بعض الأحوال مثل عقود الإيجارات العادية، ولذلك فإنها هنا لا تريد استخدام سلطاتها وامتيازاتها الممنوحة لها وفقاً للشروط الاستثنائية التي يتميز بها العقد الإداري، وبالتالي فإنها تتعاقد كشخص خاص، ومن هنا تأتي أهمية وجود الشروط الاستثنائية في العقد، بالإضافة إلى اتصاله بالمرفق العام ووجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد، حتى يمكن التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني. ولا يتطلب الأمر وجود عدد من الشروط الاستثنائية في العقد حتى يتسم بالطابع الإداري، بل قد يكون كذلك بوجود شرط استثنائي واحد غير مألوف في عقود الأفراد الخاصة^(٢).

مفهوم الشروط الاستثنائية:

عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية بأنها «الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة^(٣)»، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص^(٤).

وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي الشرط الاستثنائي بأنه الشرط الذي يكون هدفه منح الأطراف حقوقاً، أو يضع على عاتقهم التزامات، غريبة بطبيعتها عن الحقوق والالتزامات التي يمكن أن تكون مقبولة بحرية من قبل أي شخص في إطار القوانين المدنية والتجارية^(٥).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١١/٢/١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٢) د. محمد رفعت عبدالوهاب: مرجع سابق، ص ٤٩٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته ٢٥/٢/١٩٦٣، المجموعة، ص ١٢٢٥.

(٤) مشار إليه في د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٥) حكمها في الطعن رقم ١٥٠٩ لسنة ٧ ق جلسة (١٩٦٣/٥/٢٥).

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(5) C.E.20 october 1950,stein,Rec,p.505.

ويرى البعض من الفقه الفرنسي أنه من الصعب تحديد مفهوم الشرط الاستثنائي غير المألوف، وذلك بسبب تنوع وتشعب هذا الشرط، إضافة إلى أن إثبات تحقق هذا الشرط يتبع القضاء الإداري أحياناً، وأحياناً أخرى يتبع القضاء العادي، كما قد يتبع محكمة التنازع^(١).

فيما عرّف بعض الفقه المصري الشروط الاستثنائية بأنها شروط تطوي على عنصر السلطة العامة، وتعد أحد مظاهر تلك السلطة، ومن ثم فإن هذه الشروط يستحيل تحقيقها في عقود الأفراد، لأنها تستمد وجودها من وجود السلطة العامة في العقد. ويخضع تحديد الطبيعة الاستثنائية غير المألوفة لشروط العقد لتقدير القاضي^(٢). وذهب فقه آخر إلى أن الشروط الاستثنائية هي تلك التي تمنح امتيازات لا وجود لها في القانون الخاص للإدارة^(٣).

ونلاحظ مما سبق أن القضاء الفرنسي حدد مفهوماً واسعاً للشروط الاستثنائية، كما أن الفقه في فرنسا يرى صعوبة وضع تعريف محدد للشروط الاستثنائية. أما القضاء والفقه المصري فقد وضعوا عدة تعريفات للشروط الاستثنائية، وإن لم تتوحد في صياغة أو عبارات متماثلة، إلا إنها جميعها تلتقي في عدة نقاط نستطيع معها تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية ولو بصورة مبسطة.

وأياً كان تعريف الشروط الاستثنائية فإن معيار التفرقة بين العقد الإداري والعقد المدني يتحدد - بالإضافة إلى الشرطين المشار إليهما آنفاً - بمدى توافر هذه الشروط من عدمه، وتوافر هذه الشروط الاستثنائية يعني أن تتعامل الإدارة كسلطة عامة تملك القرار وتنفيذه مباشرة مع المتعاقد معها، حيث تتمتع في هذه الحالة بامتيازات تعلو الامتيازات الممنوحة للمتعاقد معها، بل تكون هذه الامتيازات غير مألوفة في العقود المدنية التي يتعامل فيها الأفراد بعضهم بعضاً، ومسألة اعتبار أن العقد يتضمن شروطاً استثنائية من عدمه، وما إذا كانت الشروط تعتبر استثنائية فعلاً أم لا هو من صلب اختصاص القاضي.

= (أشار إليه د. منصور محمد أحمد: العقود الإدارية، الجزء الأول، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ١٠٢).

(1) Lauren Richer, op.cit, p.23.

(مشار إليه في المرجع السابق، ص ١٠٢).

(٢) د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٥٣ وما بعدها.

(أشار إليه د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، مرجع سابق، ص ٣٨).

(٣) د. سعاد الشرقاوي: مرجع سابق، ص ١٥.

وبناءً على ذلك فليس كل عقد تعقده جهة الإدارة يصبح عقداً إدارياً حتى لو اتصل بالمرفق العام، ولكنه يكون كذلك إذا اتبعت فيه أساليب القانون العام وضمنته الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

ولكن هل تضمنين الشروط الاستثنائية في عقد الإدارة يُسبغ عليه الصفة الإدارية في جميع الأحوال؟

أجابت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك بقولها ^(١) «إنه ولئن كان عقد الإيجار المشار إليه أحد طرفيه هيئة عامة وقد انطوى على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود الإيجار، إلا أنه يقيناً لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وإنما يستهدف العقد أساساً استغلال الهيئة المؤجرة لأموالها، شأنها شأن الأفراد المالكين لعقارات، وانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعاً خاصاً» ^(١).

الصور الرئيسية للشروط الاستثنائية:

تختلف الشروط الاستثنائية من عقد إلى آخر، ولكن بصفة عامة يمكن رد هذه الشروط إلى مجموعتين رئيسيتين، هما:

- ١ - الشروط الاستثنائية بنص القانون.
 - ٢ - الشروط التي تحمل طابع القانون العام (غير المألوفة في عقود القانون الخاص).
- فبالنسبة للنوع الأول:** فهي أيضاً شروط غير مألوفة في مجال العقود المدنية نتيجة اتصافها بطابع السلطة العامة، سواء لأنها تمنح جهة الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها أو لأنها تعطي هذا المتعاقد بعض الامتيازات في مواجهة الغير.
- وتتمثل الشروط التي تعطي امتيازات للإدارة تجاه المتعاقد معها تلك التي تأتي في بداية طرح المناقصة أو الدعوة إليها، مثل شرط التزام المتناقص بعطائه منذ تقديمه حتى صدور قرار الإرساء وعدم جواز سحبه، وكذلك شروط مصادرة الضمان الابتدائي عند الانسحاب من المناقصة وفرض غرامات التأخير والتنفيذ على الحساب، أما تلك المقررة لصالح المتعاقد فتتمثل في حقه حضور جلسة فتح المظاريف وحقه في التظلم وحقه في معرفة تسبيب القرارات المختلفة.
- ويتضح هنا أن إرادة المتناقص مقيدة بمجرد تقديم عطائه، فلا يجوز له سحب عطائه بمجرد تقديمه وإلا تتم مصادرة التأمين الابتدائي المرفق بالعطاء ^(٢)، أما الإدارة فلها أن تلغي المناقصة أو

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٣٩٠ لسنة ٢٧ ق بجلسة ١٩/١١/١٩٨٣.

(أشار إليه د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ٢٥).

(٢) المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

لاتتعقد مع الفائز بالمناقصة حتى بعد صدور قرار الإرساء، حيث يجوز لسلطة الاعتماد عدم اعتماد قرار الإرساء وإلغاء المناقصة للمصلحة العامة.

وتظهر أغلب الشروط الاستثنائية التي تمنح جهة الإدارة امتيازات قبل المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد، ومنها حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، أو سلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضا الطرف المتعاقد معها، وحقها في تغيير طريقة تنفيذ العقد، وحقها في توقيع الجزاء على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته دون حاجة للجوء إلى القضاء، إضافة إلى سلطتها في التوجيه والرقابة طوال مدة تنفيذ العقد^(١).

أما الشروط التي تتضمن منح المتعاقد مع الإدارة سلطات معينة تجاه الغير، فإنها تتحقق عندما تقوم الإدارة بمنح المتعاقد معها سلطات محددة في مواجهة الغير الذي لا يكون طرفاً في العقد، وذلك لدواعي حسن التنفيذ، فعلى سبيل المثال، قد يمنح عقد التزام المرافق العامة المتعاقد مع الإدارة حق ممارسة بعض سلطات البوليس أو حق تحصيل رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق العام. وقد يمنح عقد الأشغال العامة المقاول المتعاقد مع الإدارة حق شغل بعض العقارات المملوكة ملكية خاصة دون توقف هذا على رضا أصحابها، وقد يخوله حق الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات في سبيل تنفيذ العقد مع الإدارة، وحق الاحتكار الفعلي الذي يحد من حرية الشركات المنافسة^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق بجلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، أنظر سابقاً، ص ٢٢، والطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق بجلسة ١٩٩٥/١/٢٤، أنظر سابقاً، ص ٢١.

وفي هذا الشأن ذهبت دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين إلى أن (طبيعة العقود الإدارية تعطي للإدارة سلطة في إنهاء هذه العقود سواء بسبب إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته أو بإنهاء هذه العقود دون أي خطأ من جانب المتعاقد معها ، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، وأساس هذه السلطة الأخيرة هو مقتضيات سير المرافق العامة، ولهذا فإنه أصبح من المسلم به فقهاً وقضاً أن الإدارة تتمتع بحق إنهاء عقودها دون حاجة إلى نص على ذلك في العقد، وسلطتها تقديرية لا يحدها إلا قيد الانحراف. مع حق المتعاقد معها في التعويض عما يلحق به من ضرر نتيجة إنهاء العقد بسبب المصلحة العامة.

فتوى رقم ٩٤ لسنة ٩٦ تاريخ ١٩٩٦/٢/٢٦ ، المختار من فتاوى دائرة الشئون القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م، ص ٢١٢

أنظر في ذلك: د. أحمد سلامة بدر: مرجع سابق، ص ٣٠.

وفي ذات المعنى: د. منصور محمد أحمد: مرجع سابق، ص ١١٤ وما بعدها.

(٢) د. عبدالله حنفي: العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٦٣.

وكل هذه السلطات الاستثنائية تُمنح في بعض أنواع العقود للمتعاقد مع الإدارة ولا يوجد لها مثال في عقود القانون الخاص، ذلك أن جهة الإدارة هي صاحبة هذه السلطات باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

أما النوع الثاني من الشروط وهي التي تحمل طابع القانون العام وغير مألوفة في عقود القانون الخاص، فهذه لا تنطوي على امتيازات عامة لجهة الإدارة، وبالتالي لو وردت في عقود القانون الخاص فإنها لا تبطلها، ولكن في جميع الأحوال تعتبر غير مألوفة بالنسبة لها^(١)، وهذه تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول:

شروط لا يمكن تفسيرها إلا في إطار مبادئ وقواعد القانون الإداري، مثل الشروط التي تحيل إلى النظرية العامة للعقود الإدارية، كالشروط التي تعطي للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق في إعادة التوازن المالي للعقد، والشروط المتعلقة بتعديل الثمن وفقاً لقواعد معينة في حالة تقلب الأسعار نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة.

وهذه الشروط تخضع لنظرية الظروف الطارئة التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي، وبالتالي لا يمكن تفسيرها إلا في مجال العقود الإدارية.

القسم الثاني:

عند الإحالة إلى دفاتر الشروط، (ودفاتر الشروط هي الدفاتر التي تعدها جهة الإدارة سلفاً بطريقة نمطية، والتي تحدد فيها الشروط الموحدة لفئات محددة من بنود العقود المختلفة، وتعتبر جزءاً من العقد الإداري في حالة الإحالة إليها)، بالإضافة إلى الشروط الخاصة التي يتم الاتفاق عليها بين جهة الإدارة والمتعاقد معها. وفي حالة ما إذا لم تتضمن هذه الدفاتر شروطاً استثنائية هل يُعتبر العقد المبرم طبقاً لها عقداً إدارياً أم لا؟ والرأي الراجح، والذي نؤيده، يذهب إلى أنه إذا ما كانت الشروط المنصوص عليها في تلك الدفاتر شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص يصبح العقد حينها عقداً إدارياً، باعتبار أن الإحالة على دفتر الشروط يجعلها (الشروط) جزءاً لا يتجزأ من العقد وكأنها وردت به صراحة.

أما إذا كانت الدفاتر المحال إليها لا تتضمن شروطاً غير مألوفة، فإنه ليس في الإحالة عليها ما يفيد قطعاً طبيعة العقد^(٢).

(١) د. منصور محمد أحمد: المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٩٥.

الشروط الخاصة بتحديد الاختصاص للقضاء الإداري:

بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج قد تتضمن بعض العقود فيها شرطاً يحدد الاختصاص للقضاء الإداري أو العادي في حالة نشوب نزاع بين الطرفين، فهل هذا الشرط كافٍ لتحديد طبيعة العقد؟

للإجابة على هذا السؤال نعرض للحالات الثلاثة التالية^(١):

١ - الحالة الأولى:

أن تكون طبيعة العقد واضحة ومتفقة مع جهة الاختصاص القضائي المختارة من قبل المتعاقدين، ومن ثم فلا توجد مشكلة هنا، حيث لا قيمة للشرط.

٢ - الحالة الثانية:

أن تكون طبيعة العقد واضحة ولكنها غير متفقة مع جهة الاختصاص القضائي المختارة من قبل المتعاقدين. وفي هذه الحالة أيضاً لن تكون هناك مشكلة ولا قيمة للشرط، حيث إن قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام، وسوف تفصل المحكمة المختصة بالموضوع دون اعتبار للشرط.

٣ - الحالة الثالثة:

أن تكون طبيعة العقد غير واضحة، كون الشروط الواردة فيه غير قاطعة على طبيعته، وهنا — فقط — تظهر فائدة الشرط، حيث يتم اللجوء إليه كدليل ترجيحي لتحديد طبيعة العقد، تبعاً لجهة القضاء المتفق عليها من قبل المتعاقدين، باعتبار أن هذا الشرط يكون كاشفاً للنية المشتركة للمتعاقدين في إخضاع العقد المبرم بينهما للقانون العام أو للقانون الخاص. ولكن القضاء الفرنسي ينتهي إلى أن شرط الاختصاص لا يمكن أن يؤثر لوحده على طبيعة العقد، ولكنه قد يكشف عن هذه الطبيعة، ذلك أن الاختصاص من النظام العام ولا تستطيع الإدارة تعديل قواعد الاختصاص^(٢).

الشروط المرتبطة بالمصلحة العامة:

توجد هناك مجموعة من الشروط لها طابع إداري لا يمكن فهمها إلا بالرجوع إلى اعتبارات المصلحة العامة، ومنها تلك التي تضمنتها عقود النقل المبرمة في زمن الحرب وفقاً للأوضاع التي

(١) د. سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٩٦.

انظر في ذات المعنى :

د. منصور محمد أحمد: مرجع سابق، ص ١٢٦ ومابعد.

د. جمال عباس أحمد: مرجع سابق، ص ٨٣ ومابعد.

(٢) أشار إلى ذلك : د. سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٩٦.

تقتضيها اعتبارات الدفاع الوطني في فرنسا^(١)، كما تعد من قبيل هذه الشروط تلك التي تفرض التزامات على المتعاقد لصالح الجمهور^(٢).

ويرى جانب من الفقه أن الشروط الاستثنائية هي المعيار الحقيقي لتمييز عقود الإدارة الإدارية عن عقودها المدنية، فهذا المعيار يرتكز أساساً على فكرة السلطة العامة التي تعتبر الشروط الاستثنائية مظهراً من مظاهرها في مجال العقود الإدارية^(٣).

كما يرى جانب آخر من الفقه ضرورة اقتران الشروط الاستثنائية بمعيار المرفق العام لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود، وليس فقط الارتكان إلى معيار الشروط الاستثنائية وحده، لأن ذلك من المصلحة العامة ولأن وسائل القانون العام المنطوية على عنصر السلطات إنما تقررت نزولاً على مقتضيات سير المرافق العامة^(٤).

ومن جانبنا نرى بأن الشروط الاستثنائية هي تلك الامتيازات والصلاحيات المقررة لكل من جهة الإدارة والمتعاقد معها (بالنسبة لصلاته بالغير) سواء أكانت منظمة بقانون أو وفق المبادئ العامة للقانون الإداري والتي لا تتوافر عادة في عقود القانون الخاص نظراً لطبيعتها الخاصة المرتبطة بالمحافظة على حسن سير وانتظام المرفق العام.

ومن أنواع العقود التي تبرمها الإدارة :

- ١ - عقد امتياز المرفق العام.
- ٢ - عقد الأشغال العامة.
- ٣ - عقد التوريد.
- ٤ - عقد النقل.
- ٥ - عقد تقديم المساعدة أو المساهمة في مشروع عام.
- ٦ - عقد القرض العام.
- ٧ - عقد التوظيف أو العمل.
- ٨ - عقد التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة.
- ٩ - عقد الخدمات الاستشارية.

(١) د. ثورية لعيوني: معيار تميز العقد الإداري، ١٩٨٧، ص ٣٢٣.

(أشار إليه د. منصور محمد أحمد: المرجع السابق، ص ١٢٨).

(٢) د. عمر حلمي: معيار تميز العقد الإداري، ١٩٩٣، ص ١٨٣.

(أشار إليه د. جمال عباس أحمد: مرجع سابق، ص ٨٤).

(٣) د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ٩٣.

(٤) د. سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص ١٠٤.

١٠ - عقد التصنيع.

١١ - عقد التأمين.

١٣ - عقد شراء وبيع العقارات والمنقولات.

وإذا ما كانت الإدارة تظهر من خلال العقد الإداري في وضع ممتاز، وتكون ذات سلطات أعلى من تلك السلطات الممنوحة للمتعاقد معها، فإن العقد بهذه الصورة يثير جدلاً حول مدى اعتباره من عقود الإذعان من عدمه. وهذا ما سوف يتم بحثه من خلال المبحث التالي.

المبحث الثاني

العقد الإداري وفكرة الإذعان

تستند فكرة الإذعان في العقد المدني في إحدى صورها إلى وجود (شروط جائزة) في العقد، فعقد الإذعان في القانون المدني يقوم على أساس الانفراد التام من جانب أحد الطرفين بوضع كافة بنود العقد الرئيسية والثانوية، ولا يكون أمام الطرف المذعن سوى التسليم بهذه البنود بحالتها أو رفضها^(١)، وفي الحالة الأخيرة لا يمكنه الرفض كون السلع والخدمات ضرورية ولازمة له، وبالتالي لا يستطيع رفض تلك البنود.

ومثل ذلك عقود شركات النور والماء والغاز والهاتف والنقل، وعقود شركات التأمين بأنواعه، وعقود العمل في الصناعات الكبرى، حيث إن القبول في هذه العقود هو إذعان، حيث يعرض الموجب إيجابه في شكل بات نهائي لا يقبل المناقشة فيه، ولا يمكن للطرف الآخر إلا القبول بذلك، إذ لاغنى له عن التعاقد، فهو محتاج إلى النور والماء والغاز والهاتف، وعليه فأن إحدى سمات عقود الإذعان تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. أما السمة الأخرى فتتمثل في احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، والسمة الأخيرة لعقود الإذعان تتمثل في صدور الإيجاب من الموجب إلى الناس كافة وبشروط موحدة، وعلى نحو مستمر ومتواصل أي لمدة غير محددة^(٢).

أما الوضع بالنسبة للعقد الإداري، فالأمر مختلف، إذ إن العقد الإداري يمكن أن يأخذ ولو من حيث الشكل صورة عقد الإذعان، من حيث انفراد جهة الإدارة بوضع شروط التعاقد ودون أن يناقشها الطرف الآخر (المقاول أو المورد)، إلا أن الإذعان في هذا العقد لا يشكل إلا تدعيماً لمركز الجهة الإدارية المتعاقدة وإلزام المتعاقد معها بأن يقبل خضوعه للبنود التي وضعتها، وهذا مشروط باحترام قاعدة حسن النية التي يلتزم بها جميع الأطراف^(٣).

والعقود الإدارية وإن اتفقت مع غيرها في أنها تنشئ بين الأطراف حقوقاً والتزامات متبادلة، إلا أن عدم مساواة طرفي العقد وسمو سلطة الإدارة على سلطة المتعاقد معها هو أمر مسلم به، بل إن

(1) Aubert.J.L.,p.278.

(أشار إليه د. مهند مختار: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ٦٦).

(٢) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٣، طبعة منقحة للمستشار أحمد مدحت المراغي ص ١٩١ وما بعدها.

(٣) د. جمال عثمان، ود. إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

عدم المساواة هذه هي السمة المميزة للعقد الإداري ذاته، ذلك أن تواجد الإدارة في مواجهة الفرد ليس لكونها مجرد طرف ذي شأن في العقد، وإنما لأنها تمثل مصالح الجمهور^(١).

ويرى بعض الفقه^(٢) بأن قيام الإدارة بتحرير دفاتر الشروط مقدماً وقبول المتعاقد مع الإدارة لهذه الشروط، كما هي دون مناقشة ضرورة تحتملها احترام الإدارة في التعاقد لقواعد مقررة في التشريعات واللوائح الإدارية لا تستطيع الخروج عليها، وهذه الدفاتر لا تقيد حرية المتعاقد مع الإدارة فحسب، ولكنها مفروضة على الإدارة أيضاً إلى حد كبير. والفرق بين عقود الإذعان في القانون الخاص والقانون العام، أن دفاتر الشروط وإن كانت الإدارة هي التي تستقل بتحريرها مقدماً، إلا أنها في حقيقة الأمر ملزمة بتلك الشروط ولا تستطيع أن تعدل فيها أو تتحرر منها، وهذا بعكس عقود الإذعان التي يفرضها الطرف الأقوى على الطرف الأضعف بمطلق حريته^(٣).

(١) د. عبدالمجيد الفياض: مرجع سابق، ص ٧.

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٠٩.

ويرى د. محمد سعيد أمين^(٤) أن العقود الإدارية تقترب من عقود الإذعان ولكن ليس بشكل مطلق، حيث يلاحظ أن المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري لا يوجد في مثل ظروف الطرف المذعن قبل التعاقد في عقود الإذعان، فالحاجة الماسة إلى التعاقد والتي تعد السمة الأساسية لتلك العقود في القانون الخاص لا مثيل لها في العقود الإدارية، فالمتعاقد مع الإدارة يملك الخيار في التعاقد أو عدم التعاقد معها، مع علمه سلفاً بالقيود التي يفرضها التشريعات واللوائح على الإدارة في معرض إبرامها لعقودها، كما أنه يستطيع في نفس الوقت أن يفضل التعاقد مع أي فرد آخر تحت مظلة القانون الخاص^(٥).

د. محمد سعيد حسين أمين، دراسة مقارنة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٠٣ وما بعدها.

ويرى الدكتور محمد ماهر أبو العينين بأن^(٦) المتعاقد مع الإدارة إنما يدعى إلى هذا التعاقد وتعرض عليه الشروط الخاصة بالعطاءات، وله كامل الحرية والاختيار في أن يقبلها ويتقدم على أساسها، أو يرفضها فلا يتقدم بعطاء، (وأن المتعاقد مع الإدارة هو الذي يبدأ بالإرادة الأولى في العقد وهي الإيجاب، إذ إن تقدمه بالعطاء هو الذي يكون الإيجاب، كان معنى ذلك أن الشروط الخاصة بالتعاقد، هي شروط مقبولة من المتعاقد، وتقدمه بعطاءه بعد فحصها ودراستها، يجعل إرادته قائمة، ورضاه متوفراً، وتعتبر الشروط الموضوعية كأنها مقدمة منه^(٧)).

د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، الكتاب الأول، ص ١٨٤ وما بعدها.

أما د. عبد الحميد الشواربي فيرى بأن فكرة الإذعان في القانون المدني، إذ تستند إلى وجود شروط جائرة في العقد، فإن هذه الفكرة لا تتسق مع طبيعة العقود الإدارية، وبما تتميز به من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ولكن فقهاً آخر يرى أن العقد الإداري عقد مزدوج الطبيعة فيما يتعلق ببنوده، فمن هذه البنود ما هو ذو جانب تنظيمي حيث تدرج هذه البنود في أي عقد إداري تبرمه الجهة الإدارية، ومنها الجانب الآخر المتعلق بالبنود الخاصة، والتي لا تنطبق إلا على عملية معينة بذاتها دون أن تدرج في كافة العقود الإدارية^(١).

وفضلاً عن ذلك فإن الشروط الخاصة التي تقوم الجهة الإدارية بوضعها منفردة في الوثائق ذات العلاقة بمناقصة بذاتها لا تشكل بنود عقد إذعان، إذ إنها مؤقتة وليست دائمة كما هو الحال في بنود عقد الإذعان، وفي هذه الحالة، فإن الهدف من وراء إبرام العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على حسن سير وانتظام المرفق العام.

ويضيف ذات الفقه بأن الإيجاب في العقد الإداري يقدم من جانب الشخص المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي فلا تملى وتفرض عليه الشروط كاملة كما هو الحال في عقد الإذعان، ويتضح ذلك التفسير في المشتريات الحكومية طبقاً لقوانين المناقصات، حيث إن المورد أو المقاول هو الذي ينفرد بوضع ما يتناسب مع ظروفه وقدراته من بنود في عطائه المقدم للمناقصة، ثم يترك المجال للجهة الإدارية لقبول أو رفض ذلك العطاء وفقاً للضوابط والقواعد المعمول بها في هذا الشأن، بينما أن طبيعة عقد الإذعان يتسم بأنه لا يقوم على أساس الاعتبار الشخصي، بخلاف العقود الإدارية التي تجعل من المتعاقد معها شريكاً لها في تنفيذ المشروعات، ولذلك من المتوجب أن تتوافر فيه الضمانات المهنية والفنية الكافية. وفي هذا الشأن قررت محكمة القضاء الإداري المصرية المصرية^(٢) أن عقود الإذعان تتميز باجتماع شخصات ثلاثة، الأول: وقد تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات، والثاني:

= إضافة إلى ذلك فإن تلك الفكرة (الإذعان) تعني بحماية الطرف الأضعف، حيث إنها تقصد الشخص الذي تضطره الظروف إلى القبول بدون مناقشة الإيجاب الذي يعرض عليه، وهذا لا ينطبق على القبول الذي يصدر ممن يريد التعاقد مع الإدارة.

وينتهي د. الشواربي إلى القول بأن^(٣) الفكرة الإذعان في العقود الإدارية معنى يختلف تماماً عنه في العقود المدنية، وهو معنى خاص يقوم على أن العقود الإدارية - من حيث الشكل - تأخذ شكل عقود الإذعان عندما تنفرد جهة الإدارة بوضع شروط سلفاً، وبدون أن يناقشها عند وضعها المتعاقد المنتظر، وعلى أن الإذعان فيها لا يعني إلا تدعيم مركز الجهة الإدارية المتعاقدة وإلزام المتعاقد معها بأن يقبل خضوعه لقانونها، وهذا مشروط باحترام قاعدة حسن النية التي تلتزم بها الجهة الإدارية، كما يلتزم بها المتعاقد معها، وأن الشروط التي تنفرد بوضعها الجهة الإدارية ليست إلا مرادفاً لاعتبار أن للعقد طبيعة إدارية^(٤).

د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ١٣٤ وما بعدها.

(١) د. مهند مختار، مرجع سابق، ص ٧٧ وما بعدها.

احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، والثالث: يوجبه عرض الانتفاع بهذه السلع أو الجمهور بشروط مماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة^(١).

إلا أن هناك جانبا آخر من الفقه يرى عكس ذلك ويعتبر العقود الإدارية قريبة من عقود الإذعان، حيث يرى بعض الفقه الفرنسي أن محتوى العقد الإداري يحدد بشكل انفرادي من جانب الإدارة، والمتعاقد مع الإدارة لا يمكنه إلا أن يقبل الشروط التعاقدية المعدة سلفاً من جانب الإدارة كاملة كما هي أو يرفضها كاملة، وهذا ما يجعل العقد الإداري يقترب من عقد الإذعان في القانون الخاص^(٢).

ويقرر فقه فرنسي آخر صراحة أن التحرير الانفرادي لشروط العقد الإداري يعطي هذه العقود طبيعة عقود الإذعان، ذلك أن إرادة السلطة الإدارية تظل دائماً لها مطلق الحرية في وضع مقترحاتها وطبيعتها وحجم تعاقداتها المطلوبة، بالمقابل فإن إرادة المتعاقد معها تقبل الإذعان لمقترحات الإدارة التعاقدية^(٣).

أما في مصر فهناك اتجاه يرى أن وضع شروط العقد مقدماً من جانب الإدارة وحدها لا ينفي عن تلك العقود طبيعتها العقدية وإن كان يلحقها بعقود الإذعان^(٤).

(١) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٣١٧، ١٠ ق، ١٩٥٧/٣/٣، ٢٣٧/١٦٣/١١.

(٢) ولا تتوفر في العقد موضوع النزاع، والذي التزم المدعى عليه بمقتضاه بالتدريس مدة خمس سنوات التالية مباشرة لإتمام دراسته بمعهد المعلمين بالزيتون، هذه الخصائص الثلاثة مجتمعة، لأن التعليم بعد الحصول على شهادة توجيهية ليس مقصوراً على هذا المعهد دون غيره، فالطالب يمكنه أن يختار بكامل حريته الالتحاق بأية مدرسة أو معهد أو كلية وهي كثيرة ومتعددة، وأن يسلك طريق التعليم الذي يرضيه ويتفق مع ميوله ودراسته، وليس هناك ما يرغمه إطلاقاً على الالتحاق بمعهد المدرسين دون أن تكون له في ذلك رغبة خاصة. وعلى ذلك فإن النصوص الواردة في التعهد المبرم بين المدعين والمدعى عليه الأول والتي تلزمه بالتدريس خمس سنوات تالية مباشرة لإتمام الدراسة بالمعهد وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الوزارة عما صرفته عليه من نفقات التعليم إنما هي نصوص استثنائية تحدد طبيعة العقد وهو أنه من العقود الإدارية، ولا تعتبر بالتالي شروطاً إذعانية بالمعنى المفهوم في نطاق القانون الخاص^(٢).

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ١١، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

(2) Bonnard,R,La Passation des marches publiques, R.D.P.1943, 1943,P152 .

(أشار إليه د. مهند مختار، مرجع سابق، ص ٧٢)

(3) Béneit.P,op.cit,p606 .

(أشار إليه د. مهند مختار، مرجع سابق، ص ٧٢).

(٤) د. ثروت بدوي، ود. عبدالحميد كمال حشيش، ود. سعاد الشرقاوي.

أشار إلى ذلك د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ١٠٦٠.

كما أن هناك بعض الفقه، يرى بأن العقود الإدارية في إبرامها وتنفيذها تعتبر في مرتبة وسطى مابين عقود الإذعان والعقود الرضائية، حيث ذهب هذا الفقه إلى عدم تأييد إرجاع العقود الإدارية إلى فكرة عقود الإذعان بذات عناصرها الموجودة في القانون الخاص، ولكن من ناحية أخرى سلطات الإدارة غير المألوفة في القانون الخاص تؤثر في صيرورة العقد الإداري عقداً رضائياً خالصاً، إلا أنه في ذات الوقت يملك المتعاقد مع الإدارة جزء يسير من الحرية قياساً بانعدام الحرية في عقود الإذعان، حيث أنه هو الذي يقدم إجابته وفق ما يراه محققاً صالحه، إضافة إلى أنه يستطيع أن يضمن عطائه بعض التحفظات التي لا تخل بالشروط والمواصفات والتي يدخل بسببها في مفاوضات مع جهة الإدارة إذا ما كان سعر عطائه هو الأقل بين العطاءات^(١).

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فإنه لايجرد العقد الإداري من طبيعته التعاقدية^(٢)، بل هناك العديد من الأحكام القضائية التي تعزز مبدأ العقد كتعبير عن إرادة المتعاقدين المتبادلة، وفي الوقت ذاته فإن هذا لن يمنع المجلس من أن ينظر إلى العقد الإداري على أنه من نمط عقود الإذعان^(٣).

ويتبنى القضاء المصري موقفاً مقارباً لموقف القضاء الفرنسي حيث يميل إلى عدم اعتبار العقد الإداري من قبيل عقود الإذعان، وذلك باعتبار المتعاقد مع الإدارة وإن كان ليس في ذات المرتبة مع جهة الإدارة، لكن لإرادته دوراً هاماً في حرية الاختيار والموازنة ما بين القبول والرفض، ويصل إلى درجة إبداء تحفظات على شروط الإدارة في حالات معينة، وفي هذا الصدد قررت محكمة القضاء الإداري المصرية ((.... إذا كانت جهة الإدارة تستقل حقيقة في صياغة العقد الإداري ووضع شروطه سلفاً، وبغير إشراك المتعاقد المنتظر في شيء من ذلك معها، إلا أن ذلك لايعني أن الأفراد يقبلون هذه الشروط أو يرتبطون بها دون أن يكونوا راضين عنها وراغبين فيها، وذلك لأنهم يطلعون على هذه الشروط ويدرسونها، ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات يرفقونها بعطاءاتهم، ومن ثم فإنه إذا تعاقد، فإن التعاقد يتم وهو على علم تام بظروف العقد والنتائج المترتبة عليه، فثمة قبول حقيقي تتوافر فيه عناصر التعاقد والإرادة المشتركة للمتعاقدين))^(٤).

وبعد أن تم عرض آراء الفقه والقضاء بالنسبة لمدى اعتبار العقود الإدارية من عقود الإذعان من عدمه، نرى أن العقود الإدارية لايمكن اعتبارها من عقود الإذعان، وإن كانت في

(١) د. محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، ص ١٠٦٥.

(2) Laubadéré et Delvetvé et Moderne, Traité des contrats, op.cit, p70.

(مشار إليه في د. مهند مختار: المرجع السابق، ص ٧٣).

(3) C.E, 19-6-1948, cousin, Rec, p254.

(مشار إليه في المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها).

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم (٩٨٣) لسنة ٧ ق، ١٩٥٧/٦/٣٠.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ١١، مرجع سابق، ص ٦٠٧.

ظاهرها توحى بذلك، لكنها في جوهرها وفي طبيعتها الفنية الخاصة التي تختلف كلية عن العقود المبرمة في ظل القانون الخاص، نلاحظ بأنها ليست كذلك. ونميل مع الرأي القائل بعدم اعتبار العقود الإدارية من عقود الإذعان، وذلك نظراً لقوة وواقعية المسوغات التي ساققتها محكمة القضاء الإداري المصرية والفقه المصري التي وردت الإشارة إليها آنفاً في هذا الشأن ونحيل إليها منعاً للتكرار.

أما وقد تم الانتهاء إلى أن العقد الإداري ليس عقد إذعان، فإنه يحق لجهة الإدارة باعتبارها طرفاً عقدياً في عقد ذي طبيعة خاصة، أن تحصل على الضمانات اللازمة للحفاظ على المال العام المعهود إليها بالمحافظة عليه وإدارته، باعتبار أن الهدف هو المصلحة العامة، لذلك يجب أن تكون الضمانات فاعلة للحفاظ عليه.

وعليه فإن الصلاحيات الواسعة الممنوحة لجهة الإدارة وهي في سبيل إتمام تعاقداتها طبقاً للقانون العام، ما هي إلا ضمانات تساعد على أداء دورها الخطير تجاه المجتمع والدولة. وفي الوقت ذاته فإن هناك ضمانات مقررّة لصالح المتعاقد مع الإدارة، ومن خلال المبحث التالي سوف نعرض للضمانات في العقد الإداري .

المبحث الثالث

الضمانات في العقد الإداري

إن مصادر تمويل المشاريع الحكومية بشتى أنواعها، سواء كانت اعتمادات في الموازنة العامة أو قروضاً أو مساهمات أو منحاً أو إعانات، كلها في النهاية أموال عامة^(١)، تؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر على الدولة، من الناحية الاقتصادية أو حتى الناحية السياسية.

لذلك فإن السياسة العامة في أي بلد - حفاظاً على تلك الأموال العامة - لا بد أن تحرص على استغلال هذه الأموال الاستغلال السليم وتوجه نحو الاستفادة العظمى منها، من خلال تنفيذ المشروعات بكفاءة واقتصاد وفاعلية، والحصول على عائد كبير بتكلفة قليلة. ولهذا فإن أغلب الدول قبل الإقدام على إنشاء أي مشروع لا بد من أن تقوم بتخطيطه التخطيط السليم والإعداد له جيداً، مرفقاً ذلك بإجراء دراسات الجدوى وتحديد التكاليف التقديرية له، ومن ثم اعتماد هذه التكاليف.

حرص التشريعات على وضع ضمانات لصالح الإدارة:

أغلب التشريعات تحرص على توفير ضمانات لإجراءات المشتريات الحكومية وذلك نظراً للتكلفة العالية لهذه المشتريات سواء أكانت خدمات أو سلعاً أو إنشاءات، إضافة إلى تمكين جهة الإدارة من القيام بدورها كجهة مسئولة عن حسن سير وانتظام المرفق العام واستمراره في تقديم خدماته للجمهور، ناهيك عن الحصول على الكفاءة الفنية العالية في تنفيذ تلك المشتريات، سواء في مرحلة ما قبل البدء في الإجراءات أو أثناءها أو حتى بعد التعاقد، نتيجة إخلال المورد أو المقاول بالتزاماته، أو التأكد من سلامة التنفيذ أو ضمان العيوب الخفية، إضافة إلى أن ذلك يمثل حماية للحقوق المالية للدولة، من خلال الإبقاء على أموال محددة في يد جهة الإدارة، تشكل تعويضاً عن إخلال المورد أو المقاول بالتزاماته تجاهها، وإن كانت هذه الأموال لا تغطي في بعض الأحوال كافة الخسائر، إنما تساعد جهة الإدارة على استكمال الإجراءات أو تنفيذ الأعمال غير المنجزة، كما يمكن لجهة الإدارة الرجوع على المورد أو المقاول المخل بالتزاماته بالتعويض، في حالة عدم جبر تلك الأموال السائلة للخسائر التي تكبدتها جهة الإدارة، وبالإضافة إلى هذه الضمانات المالية، هناك ضمانات إجرائية أو إدارية قررها المشرع حماية لجهة الإدارة ذاتها والمورد أو المقاول أيضاً^(٢).

والضمانات المقررة في التشريعات لصالح جهة الإدارة لا تشكل في رأي بعض الفقه - وبحق - عقوبات أو جزاءات ضد المورد أو المقاول أو الحد من صلاحياته وتقييده، وإنما تشكل

(١) د. عادل أحمد حشيش: أصول الفن المالي للاقتصاد العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٩، ص ٤١٥.

(أشار إليه د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ٩).

(٢) د. عبدالرؤوف جابر: المرجع السابق، ص ١٢.

حماية للمشروع موضوع العملية من خلال الحصول على التنفيذ الأكفأ والأدق المحقق للهدف من الشراء، والتقليل من فرص الاختلال في المشروع ذاته مستقبلاً نتيجة التنفيذ السيئ. كما أن الضمانات الأخرى المقررة لصالح الموردين أو المقاولين من خلال إتباع جهة الإدارة للإجراءات المنصوص عليها في القانون واللوائح وإعمال مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة، وإن كانت تمثل قدراً من القيود المفروضة على جهة الإدارة، إلا أنها في الوقت ذاته تشكل ضماناً لجهة الإدارة عينها من خلال حسن تطبيقها للقانون واللوائح^(١)، الأمر الذي يؤدي إلى اطمئنان الموردين والمقاولين إلى سلامة الإجراءات وشفافيتها، ومن ثم إقبالهم على المشاركة في المناقصة وتقديم أسعار تنافسية وخدمات مميزة ومواصفات فنية عالية تصب جميعها في صالح جهة الإدارة.

أهمية تضمين التشريعات ضمانات لصالح الإدارة:

تعتبر فكرة الضمان في القانون الخاص عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد، على عكس فكرة التأمينات التي تعبر عن نظام قانوني محدد له وسائله وسماته الخاصة. ولذلك فإن التأمينات تعد نوعاً من الضمانات، حيث إن هذه الأخيرة أوسع وأشمل من الأولى^(٢).

وتحظى الضمانات بصفة عامة، مسماة وغير مسماة، في كافة العلاقات التعاقدية بأهمية كبيرة في العصر الحديث، لما توفره من أمان للدائنين وتقليل من المخاطر في استيفائهم لحقوقهم. وقد عنت التشريعات المختلفة بتقنين نوع من الضمانات في العلاقات والارتباطات التعاقدية، وهو ما يُعرف بالتأمينات المسماة كال كفالة والرهن الرسمي والحيازي والاختصاص والامتياز، إلا أنه لما كانت التأمينات آفة البيان قد أنشئت كنوع مستقل يقوم حول أنظمة أساسية تضاف إلى رابطة الالتزام، ولاتعد بحال من الأحوال أثراً لهذه الرابطة، فهي تنشأ من مصدر مستقل عن مصدر رابطة الالتزام التي تعمل على ضمان الوفاء بها، أي تنشأ عن الاتفاق أو القضاء أو القانون، ولذلك فإن تلك الضمانات لاتعد ضماناً فاعلة في مجال التعاقدات الإدارية، وهو الأمر الذي دعا إلى فسخ المجال لوسائل أخرى للضمان في العقود الإدارية، تتميز عن التأمينات السابقة التي يقصر أعمالها في مجال القانون الخاص حيث ينبغي أن تكون الضمانات الخاصة بالعقود الإدارية متفقة مع طبيعة هذه العقود التي تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ومن هذه الضمانات، حق الإدارة في تعديل العقد لمواجهة ما يطرأ من ظروف أثناء التنفيذ، وحققها في التوجيه والرقابة على أداء المورد أو المقاول، إضافة إلى إيقاعها الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها المقصر مباشرة ودون حاجة لأن تلجأ إلى

(١) د. عبدالرؤوف جابر، مرجع سابق، ص ١٢.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد: الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، در الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الثالثة،

٢٠٠٦، ص ١٤ وما بعدها.

القضاء، وحققها كذلك أن تحصل ما تعتقد أنه يستحق لها من مبالغ مالية تعد من ديون المتعاقد معها من أموال لديها أو لدى أي من الجهات الأخرى، كما أن لها أن تنهي العقد في أي وقت دون أن يحتج المتعاقد معها بوجوب تنفيذه، إضافة إلى أنه لا يجوز أن يدفع هذا الأخير بعدم تنفيذ التزامه إذا لم تفِ الجهة الإدارية بالتزاماتها تجاهه^(١).

الضمانات المقررة لصالح المتعاقد مع الإدارة:

وما تقدم ليعني أن مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد قد أوجد فقط ضمانات للجهة الإدارية، بل منح أيضاً للمتعاقد مع الإدارة العديد من الضمانات، على اعتبار أن هذا المتعاقد هو معاون لجهة الإدارة في الحفاظ على حسن سير المرفق العام، وإن توقفه أو تعثره في تنفيذ التزاماته سوف يكون له بلاشك تأثير خطير على المرفق العام واستمرارية أدائه لدوره تجاه الجمهور ومن ثم تأثر المصلحة العامة بشكل عام، لذلك فإنه عادة ما تتضمن قوانين المناقصات والمشتريات الحكومية أحكاماً تضمن المساواة بين المتعاقدين وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص، إضافة إلى شفافية إجراءات الشراء المختلفة، وكذلك إضافة مدد إلى مدة تنفيذ العقد الإداري إذا ما تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته نتيجة ظروف خارجة عن إرادته، وتعويضه عند إطالة مدة العقد بصرف فارق الأسعار إذا ما تصادف ارتفاعها أثناء فترة التأخير، أو حصول ارتفاع مفاجئ في الأسعار أثناء تنفيذ العقد، حيث تدخل هذه في نطاق الحفاظ على اقتصاديات العقد الإداري. ولما كانت التزامات المتعاقد مع الإدارة تتسم بالمرونة، فلذلك كان من المتوجب أن تتسم حقوقه بتلك المرونة أيضاً^(٢)، نظراً للارتباط الوثيق بين التزاماته وحقوقه، ووفقاً لذلك فقد ابتدع الفقه والقضاء الإداري ضمانات حق التوازن المالي للعقد، والتي أفرزت العديد من النظريات التي تكفل للمتعاقد مع الإدارة العديد من الضمانات، كنظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير.

وهذه النظريات تحقق قدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة. وأساس هذه النظريات هو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، إضافة إلى ما تشكله هذه العدالة من مصلحة للمرفق العام ذاته، إذ تعين المتعاقد مع الإدارة على القيام بتنفيذ التزاماته على أكمل وجه وفي الوقت المحدد، إضافة إلى أنه يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة^(٣).

(١) د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٤٠ وما بعدها.

أنظر كذلك في ذات المعنى:

د. جمال عباس أحمد: مرجع سابق، ص ٣٥٩ وما بعدها.

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٤١٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٤١٤.

والصفوة فيما تقدم أنه إذا كان يمكن تقسيم الضمانات التي تكفل تنفيذ العقود الخاصة إلى ضمانات مسماة كالتأمينات العينية والشخصية، وضمانات غير مسماة أفرزتها رابطة الالتزام وأضحت لصيقة بها، فإن الفقه والقضاء الإداري، ومن واقع مبدأ العمل على دوام سير المرفق العام بانتظام وباضطراد الذي يهيمن على تنفيذ العقد الإداري، قد حرصا على منح طرفي التعاقد، الإدارة والمتعاقد معها، ضمانات غير مسماة تكفل تحقيق المصلحة العامة. والقول بمنح الطرفين ضمانات لايعني المساواة بينهما، حيث تتمتع الإدارة بطبيعة الحال بضمانات تفوق تلك الضمانات الممنوحة للمتعاقد معها، نظراً للعبء الملقى على عاتق الإدارة من حيث قيامها على حسن سير المرافق العامة ومسئوليتها الكبيرة تجاه الجمهور. ومن واقع الحال فإن المصلحة العامة تقدم دائماً على المصلحة الشخصية للمتعاقد مع الإدارة، بشرط عدم التعسف في ذلك من قبل الإدارة.

تقييد حرية الإدارة في التعاقد:

على الرغم من أن الإدارة تتمتع بامتيازات وصلاحيات وهي بصدد إبرامها للعقد الإداري مع المقاول أو المورد الفائز بالمناقصة موضوع العقد، إلا أن حريتها في تلك الامتيازات والصلاحيات ليست مطلقة ومجردة من أية قيود، إذ يتوجب عليها إتباع الأحكام المنصوص عليها في الدستور وفي القوانين والقرارات والأنظمة المختلفة التي تنظم عملية التعاقد، سواء ما كان سابقاً على طرح المشروع في المناقصة كتوافر الاعتماد المالي والحصول على الإذن بالشراء وضرورة طلب الاستشارة في بعض الأحوال، أو ما كان يدخل فيها ضمن الإجراءات التي تسبق إبرام العقد، كالإعلان عن المناقصة وتوفير المنافسة العادلة والتأهيل المسبق للموردين والمقاولين، وإتباع كافة الإجراءات المنصوص عليها في قانون المناقصات والمزايدات، خاصة فيما يتعلق باختيار العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، إضافة إلى ما تنص عليه أغلب القوانين الحديثة من ضرورة فتح مظاريف العطاءات في جلسات علنية بحضور مندوبين من الشركات والمؤسسات المشاركة في المناقصة، وكذلك حق المورد أو المقاول في التقدم بطلبات إعادة النظر أو التظلم إلى جهة الإدارة أو الجهة المعنية بالتقييم والإرساء، وحق المقاولين والموردين في الاطلاع على سجلات الشراء^(١). كما أن هناك بعض التعاقدات تتطلب موافقة البرلمان المسبقة قبل إبرامها مثل عقود القروض وعقود التزام استثمار الموارد الطبيعية أو

(١) أنظر في ذلك المواد أرقام (٢٩، ٥٦، ٥٧) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني، والمادة (٩) من اللائحة التنفيذية للقانون الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢.

قبل صدور القانون المشار إليه كانت المشتريات الحكومية تتم من خلال نظام المناقصات العامة المعدل ، القسم الفرعي رقم ١٦-٨ وفق الإصدار السابع لأنظمة الدليل المالي الموحد الصادر بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطني بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٣٠.

المرافق العامة^(١)، أو في بعض البلدان موافقة مجلس الوزراء أو المحافظ إذا ما تجاوزت قيمة العقد مبلغاً محدداً سلفاً في القانون^(٢).

وفي بعض الدول يكون البت في المناقصات والإرساء عن طريق لجنة مركزية^(٣) أو مجلس للمناقصات^(٤)، لضمان الحيادية ودرء الشبهات عن المسؤولين بالجهات المشتريّة خاصة فيما يتعلق بقرارات الإرساء.

ويتضح لنا من العرض السابق أن العقد الإداري يتمتع بخصائص تميزه عن العقود الخاصة، وهذه الخصائص الذاتية للعقد الإداري تفرض توافر ضمانات خاصة له، سواء في الإجراءات السابقة على إبرامه أو في تنفيذه، الهدف منها هو الحفاظ على المال العام بالدرجة الأولى وحسن تنفيذ العقد طبقاً لما تم الاتفاق عليه، ومنها ما هو مقرر لجهة الإدارة وآخر مقرر للمتعاقد معها لضمان استمراره في تنفيذ التزاماته المقررة بالعقد وصولاً للهدف الأسمى وهو الحفاظ على سير وانتظام المرفق العام.

ومن أمثلة تلك الضمانات:

- أسلوب المناقصة العامة كأصل عام لشراء السلع أو الإنشاءات أو الخدمات وما يتضمنه من مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة.
- الإرساء على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً.
- سلطة الإدارة في عدم إتمام العقد.
- سلطة الإدارة في الاستبعاد والحرمان من المشاركة في المناقصة.
- وجوب تقديم التأمين الابتدائي والتأمين النهائي.
- سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.
- سلطة الإدارة في تعديل العقد.
- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها.
- سلطة الإدارة في التنفيذ على حساب المورد أو المقاول.
- سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

(١) المادتان (١٠٨، ١١٧) من دستور مملكة البحرين.

(٢) المادة (٧) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

(٣) المادة (١) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة (دولة الكويت).

(٤) المادة (٨) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني.

المادة (٢) من قانون نظام المناقصات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٦ بإصدار قانون ونظام المناقصات الحكومية.

- حق المقابل أو المورد في حضور جلسة فتح المظاريف.
- حق المقابل أو المورد في معرفة سبب عدم فوز عطائه بالمناقصة.
- حق المقابل أو المورد في الحصول على المقابل.
- حق المقابل أو المورد في التعويضات.
- نظرية الظروف الطارئة، ونظرية فعل الأمير، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفصل الثاني

المناقصة العامة والأحكام التي تخضع لها

تمهيد وتقسيم:

قبل البدء في عرض الأحكام التي تخضع لها المناقصة العامة لابد أولاً من الوقوف على تعريف المناقصة العامة، حيث عرف المشرع البحريني المناقصة العامة في المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية بأنها «مجموعة الإجراءات المعلن عنها وفقاً للأوضاع المبينة في هذا القانون، بقصد الوصول إلى أفضل عطاء، وتكون إما محلية يعلن عنها في مملكة البحرين أو دولية يعلن عنها في المملكة والخارج».

وإلى ذات المعنى ذهب المشرع العماني^(١) والإماراتي^(٢) والقطري^(٣) والسوري^(٤) والصيني^(٥) والبولندي^(٦) والباكستاني^(٧) والفرنسي^(٨) والسنغافوري^(٩).

وعلى الرغم من أن أساليب الشراء متنوعة، إلا أن المناقصة العامة تعتبر أهم تلك الأساليب من ناحية تحقيق غاية الإدارة من العملية المطروحة، من حيث الحصول على أسعار تنافسية وعروض عدة تستطيع الإدارة من خلالها الوقوف على أفضلها من الناحية الفنية وأقلها سعراً، وفي الوقت ذاته تتيح الفرصة لكافة المقاولين والموردين المختصين بالنشاط موضوع المناقصة من التقدم بعطاءاتهم في ظل الإجراءات الشفافة المتبعة فيها.

وفي هذا الصدد قررت المحكمة الإدارية العليا بجمهورية مصر العربية أنه «كمبدأ أصيل يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة، والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا في حالات معينة وفي

(١) المادة (٣) من نظام المناقصات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٦.

(٢) المادة (٦) من القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة.

(٣) المادة (٣) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

(٤) المادة (٧) من نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٢٢٨) بتاريخ

١٩٦٩/٩/٢٣.

(5) GOVERNMENT PROCUREMENT ACT, 27 May, 1998, Art(18).

<http://www.pcc.gov.tw/content/purchase/gov/purchaselaw/government-procu>.

(6) PUBLIC PROCUREMENT LAW, 29 Jan, 2001, Art(40/1).

<http://www.sigmaweb.org/datoecd/52/53/3501/5461.pdf>

(7) PUBLIC PROCUREMENT RULES, 2004, Art(21).

[http://www.pakistan.gov.pk/divisions/science and technology research division/media - /public-procurement-rules-2004.htm](http://www.pakistan.gov.pk/divisions/science%20and%20technology%20research%20division/media%20-%20public%20procurement%20rules%202004.htm).lm,jhy3opi54opi54r ct

(8) PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS CODE.895+1updated ,2005,Art(40).

<http://195.83.177.9/upi.pdf/code-28.pdf>

(9) GOVERNMENT PUBLIC PROCUREMENT Law, Art(4).

<http://statutes.agc.gov.sg/non-versien/cgi-bin/cgi-proc-proc.toc.pi>

أضيق الحدود، طبقاً للأوضاع والشروط المرسومة قانوناً، ذلك لأن المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة»^(١).

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن «المشرع وضع أصلاً عاماً يتم بمقتضاه اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقود شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل، فالزم الجهة الإدارية بالالتجاء إلى أسلوب المناقصة العامة. واستثناء من ذلك أجاز المشرع اللجوء إلى الطرق الأخرى إذا توافرت الشروط والأوضاع المقررة قانوناً»^(٢).

أما القضاء الفرنسي فقد قرر في أكثر من قضية أن المناقصة (أو المزايدة) لفظ أو اصطلاح واحد، يُستخدم للدلالة على الأحكام المتعلقة بهذين الأسلوبين من أساليب الشراء، والتي من خلالهما تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها^(٣).

ويرى بعض الفقه المصري بأنه «إذا كانت طريقة المناقصة العامة أو المزايدة العامة هي الأصل، فإن المشرع مراعاة للظروف، قد وضع بجوارها طرقاً تكميلية تتمثل في الممارسة والاتفاق المباشر، كما أنه لدواعي المرونة والفاعلية، لم يُخضع المناقصات والمزايدات العامة لأسلوب واحد بل نوع في الأسلوب». كما يرى ذات الفقه بأن «المناقصة (أو المزايدة) هي طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها»^(٤).

(١) المحكمة الإدارية العليا، حكم ٢٨٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤ (مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٠٧).

- وطبقت محكمة القضاء الإداري ذات المبدأ في حكمها في الدعوى رقم ١٣٠٣٧ سنة ٨ ق بجلية ١٨ نوفمبر ١٩٥٦ (المجموعة الحادية عشرة، ص ٣٦)، أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٥٦ بتاريخ ١٩٩٣/١١/٢٧، (مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، المرجع السابق، ص ٢١١).

(٣) أشار إليه د. السلال سعيد الهويدي: مرجع سابق، ص ٥٦.

- وقررت المحكمة الاتحادية بدولة الإمارات العربية المتحدة أنه «من الأصول المقررة في شأن إبرام العقود الإدارية إن المناقصة طريق تسلكه الإدارة لتختار بمقتضاها أفضل من يتقدم للتعاقد معها، بتغليب مصلحة المرفق العام المالية مقرونة بالمصلحة الفنية التي تبدو في اختيار الأفضل كفاءة وحسن سمعة» (المرجع السابق ص ٥٦).

(٤) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

=

أنظر في ذات المعنى:

أما بعض الفقه الفرنسي فقد عرف المناقصة بأنها ((إجراء قائم على أرضية المنافسة، والإرساء غير المفاوض لعقود الشراء العام، والذي يستند في نفس الوقت على معيار وحيد للاختيار هو السعر))^(١).

ويرى جانب من الفقه البلجيكي أن المناقصة هي ((إجراء انفرادي، وسابق على إبرام العقد، والذي يجيز للإدارة أن تلجأ إلى التعاون الاتفاقي مع مشروع خاص في سبيل تسيير المرفق العام، وذلك ضمن أشكال وصيغ قانونية وتنظيمية قائمة على الدعوة إلى المنافسة التي تكون من حيث المبدأ لا محدودة ولا مقيدة، وبما يؤدي إلى إرساء المناقصة على صاحب العرض الأقل سعراً بشكل مألوف، مع الإشارة إلى عدم اكتمال الرابطة التعاقدية مع المتنافس الذي رست عليه المناقصة إلا مع صدور اعتماد السلطة الإدارية المختصة، طبقاً للقوانين النافذة))^(٢).

ولم يشأ المشرع البحريني أن يخرج عن المسار الذي اتبعته أغلب التشريعات بشأن المناقصات العامة، كأساس لعملية توفير متطلبات الجهات الإدارية من سلع وإنشاءات، بينما قرر استخدام أسلوب طلب تقديم الاقتراحات المنصوص عليه في قانون (اليونسترال) كوسيلة أساسية لشراء وتوفير الخدمات، بينما أجاز المشرع اللجوء إلى استخدام الوسائل الأخرى بقرار مسبب من مجلس المناقصات، حيث نصت المادة (٤) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية على أنه ((يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات بأسلوب المناقصة العامة، ومع ذلك يجوز للجهة المشتريّة بقرار مسبب من مجلس المناقصات التعاقد بأحد الأساليب الآتية:

- أ - المناقصة على مرحلتين.
- ب - المناقصة المحدودة.
- ج - التفاوض التنافسي (الممارسة).
- د - الشراء المباشر (الشراء من مصدر واحد).
- هـ - طلب تقديم اقتراحات.

= د. سعاد الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٢٦٣.
د. إبراهيم الفياض: مرجع سابق، ص ٧٦.
د. عاطف سعدي محمد: عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، ٢٠٠٥، ص ١٦٤.
د. محمود محمد علي صبره: إعداد وصياغة العقود الحكومية بالعربية والإنجليزية، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤، ص ٥٠ وما بعدها.
د. محمد ماهر أبو العينين: مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(1) Guibal.M,Mémento,of,cit,p22.

أشار إليه د. مهدي مختار نوح: مرجع سابق، ص ٣٦٥.
(٢) فلام: مطوّل في العقود، الجزء الأول، ص ٢٩٩ (مشار إليه في المرجع السابق) ص ٣٦٥.

ويكون التعاقد بشأن الخدمات عن طريق طلب تقديم الاقتراحات، ومع ذلك يجوز بقرار من المجلس التعاقد بشأنها بإحدى الأساليب السابقة.

وتسري على الأساليب المنصوص عليها في هذه المادة، القواعد والشروط والأحكام والإجراءات الخاصة بالمناقصات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون).

وما يحسب هنا للمشرع البحريني أنه استلزم صدور قرار مسبب من المجلس في حالة لجوء الجهة المشتريّة إلى إتباع أي أسلوب آخر من أساليب الشراء بخلاف المناقصة العامة، إضافة إلى النص على الحالات الموجبة لإتباع تلك الأساليب، نظراً لكون ذلك استثناءً على الأصل العام وفيه شيء من الخطورة، قد يؤدي إلى عكس ما تغياه المشرع من تقييد حرية الإدارة في إبرام العقود عن غير طريق المناقصة العامة.

ونقترح في هذا الصدد على المشرع البحريني السماح للجهات المشتريّة الخاضعة للقانون بالتعاقد في حدود مبلغ معين دون الرجوع إلى مجلس المناقصات، بشرط أن تتم مراعاة المبادئ العامة للمناقصات العامة وسائر أساليب الشراء الأخرى خاصة من حيث المساواة وتكافؤ الفرص والعلانية.

حيث أن الحياة العملية ورتبها السريع والظروف العاجلة تتطلب في بعض الأحوال سرعة اتخاذ إجراءات الشراء خاصة في حدود مبالغ تعد بسيطة نسبياً لا تتناسب مع طول الإجراءات العادية.

وذلك على غرار ما ورد في المادة (٤) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ التي أجازت للجهة الحكومية الشراء في حدود خمسة آلاف دينار كويتي دون الرجوع إلى لجنة المناقصات المركزية.

وكذلك ما ورد في المادة (٨) من قانون المناقصات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٤/٨٦) والتي سمحت للوزارات والجهات الحكومية الأخرى طرح مناقصات وإسناد قرارات الإرساء مباشرة بالنسبة للعقود والأعمال في حدود (١٠٠.٠٠٠) مائة ألف ريال عماني، على أن تتم موافاة المجلس بتحاليل المناقصة وقرار إسنادها للعلم.

وما ورد أيضاً في المادة (١/٦٢) من قانون تنظيم المناقصات القطري الصادر بالقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ التي منحت الجهة الحكومية حرية التعاقد بطريق الممارسة أو التعاقد المباشر في حدود (٢٠٠.٠٠٠) مائتي ألف ريال.

ومن خلال التشريعات المختلفة وأحكام وفتاوى مجلس الدولة المصري وآراء الفقهاء في تحديد وشرح أسلوب المناقصة العامة كأحد أساليب تعاقد الإدارة مع الأفراد أو المؤسسات أو الشركات، يُلاحظ بأن هناك شبه اتفاق على اعتبار المناقصة العامة هي الأسلوب الأصيل والأهم في

شراء وتوفير احتياجات جهة الإدارة، نتيجة لما توفره من ضمان حرية المشاركة وحرية التنافس في المشتريات الحكومية، ومن ثم الحصول على العديد من خيارات الأسعار والمواصفات.

وإذا كان السعر هو المعيار الوحيد الذي يُعول عليه في اتخاذ قرار الإرساء، فإن ذلك كان كإجراء تقليدي عندما كانت المناقصة تقوم بصفة رئيسية على الاعتبار المالي البحت، من حيث المحافظة على مصلحة الدولة من الناحية المالية دون النظر إلى الجودة والكفاءة، أما في عصرنا الحاضر ونتيجة للتطور الحاصل في شتى مجالات الحياة، فضلاً عما أفرزته التعاقدات التي تمت بناءً على السعر فقط من خسائر فادحة، نتيجة لعدم توافر الكفاءة الفنية المطلوبة في العطاءات قليلة السعر التي يتم الإرساء عليها، فإن أغلب التشريعات الحديثة تُقرن معيار السعر الأقل بمعيار آخر هو ضرورة توافر الشروط والمواصفات الفنية المطلوبة في العطاء الفائق بالمناقصة، وبالتالي فقد أصبح العطاء الفائز، هو العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً^(١).

وفي هذا الشأن قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين بأن السعر الأقل الموضح على شاشة العرض أثناء فتح المظاريف لا يعني بالضرورة أن مقدمه هو الفائز بالمناقصة، ولا يعني بأن مجلس المناقصات قد اتخذ قراراً بذلك - حيث إن القرار النهائي بالإرساء يصدر من المجلس بعد مراجعته وتدقيقه للتقييم الذي تجريه الجهة المشتريّة أو قيامه بإعادة التقييم - وعندها يفوز بالمناقصة العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً^(٢).

والشروط هنا تعني مختلف القواعد والمتطلبات سواء الواجب توافرها في المتقدم للمناقصة، من حيث الأهلية والسمعة والوضع المالي والخبرة، أو ما يتعلق بالمواصفات الفنية المطلوبة وشروط المناقصة الأخرى.

وإن المناقصة العامة وما يحكمها من إجراءات، ومشاركة عدد كبير من المتنافسين في تقديم الأسعار وفي تقديم الخدمة الأفضل والمواصفات الأكمل تعتبر أكبر ضمان لجهة الإدارة، خاصة عندما تتم وفق إجراءات سليمة حماية للمال العام، وذلك إذا ما تم تقديم الخدمات أو توريد السلع أو إقامة المنشآت وفق الشروط والمواصفات الموضوعية، سواء من حيث الوقت أو السعر أو الكفاءة أو الجودة المطلوبة. ومن غير شك فإن إتباع أسلوب المناقصة العامة يعد ضماناً للموردين والمقاولين من ناحية أخرى من حيث العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة .

وتوفر المناقصة العامة ضمانات غير مالية وكذلك ضمانات مالية، وذلك من خلال حماية المرفق العام ذاته، وأمواله، وأطراف التعاقد، والغير. والمحوران الأساسيان للضمانات هما أولاً:

(١) د. جابر جاد نصار: المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسترال)، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٦٧) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢ (غير منشور).

الحفاظ على الأموال العامة وتحقيق الوفرة المالي، وثانياً: تحقيق الغاية الجوهرية من المشروع ضمن المدة والقيمة المتفق عليها، وفق الإجراءات والقواعد القانونية والمواصفات الفنية المطلوبة.

ويرى بعض الفقه أن معيار تكافؤ الفرص والمنافسة العادلة والمساواة بين الموردين والمقاولين محور هام وضروري يجب إعماله من بين الضمانات^(١).

وتتمثل الضمانات غير المالية في إتباع إجراءات أسلوب المناقصة العامة طبقاً للقانون، وكذلك عملية إبرام العقد وتنفيذه، وتسلم المشروع أو الخدمة أو السلعة، وإذا ما كانت هناك فترة صيانة، والضمان الإنشائي بالنسبة للإنشاءات، أما الضمانات المالية فتتمثل في اعتمادات الموازنة العامة والتمويل وأنواع الضمانات (ابتدائي، نهائي)، ضمان الدفعة الواحدة إن وجدت، والتأمين على الأشغال والحجوزات المالية، وغرامة التأخير، وأجهزة ومعدات المقاول في الموقع، والحسم المالي^(٢).

ولم تعد الدول حالياً تنتظر إلى المصالح المالية فقط، بل إلى المصالح الإدارية لمرافقها العامة، ومصلحة الإدارة تتمثل في عدم كون السعر سبباً في عدم تنفيذ العملية التنفيذ السليم وفق الأسس الفنية المطلوبة.

وفي هذا السياق نجد أن المشرع البحريني وضع نصب عينه كل الاعتبارات السابقة وهو بصدد إعداد قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة رقم (٣٥) منه على أنه «..... ويجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، بعد توحيد أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات»^(٣). حيث إنه من خلال هذا النص أولى المشرع البحريني موضوع أفضلية الشروط بما تحمله من معنى واسع أهمية قصوى تفوق أهمية السعر، حيث تم تقديمها على السعر في صياغة النص المشار إليه، نتيجة لما تمثله الشروط الأفضل من ضمانة لجهة الإدارة، من حيث التنفيذ السليم والدقيق للموضوع محل المناقصة.

ونظراً لما تمثله المناقصة العامة من أهمية في توفير متطلبات جهة الإدارة من سلع أو خدمات أو إنشاءات بأقل الأسعار، إضافة إلى ما تمثله إجراءاتها من ضمانة، سواء لجهة الإدارة أو للمتعاقد، فسوف نعرض على أهم المبادئ التي تحكم المناقصات العامة، وبما يخدم موضوع البحث.

ومن هذا المنطلق سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، كالتالي:

المبحث الأول: العلانية.

المبحث الثاني: المساواة بين المتنافسين.

المبحث الثالث: حرية المنافسة.

(١) د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢) د. عبدالرؤوف جابر، مرجع سابق، ص ١٣، ٢٦.

المبحث الأول

العلانية

إن المناقصة العامة كأسلوب من أساليب تعاقد الإدارة، تمر بعدة مراحل، حرصت أغلب التشريعات على تحديدها، سواء ما تعلق منها بالإجراءات التمهيدية مثل حصر الاحتياجات، والحصول على الإذن المالي، والموافقات والتراخيص، وتحديد التكلفة التقديرية، مروراً بالإعلان عن المناقصة ومن ثم بقية إجراءات الفتح والبيت في العطاءات وانتهاءً بقرار الإرساء^(١).

ولكن هل الإعلان عن المناقصة هو فقط الذي يمثل مبدأ العلانية في المناقصات العامة؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن ((مبدأ علانية المناقصة يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة الواجب توافرها في إجراءات المناقصة العامة، إذ إنه يبين الإجراءات والشروط التي يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس على أساسها))^(٢)، أي إن أصحاب هذا الرأي قصرُوا مبدأ العلانية على الإعلان فقط .

بينما يرى جانب آخر من الفقه - وبحق - أن الإعلان عن المناقصة ((لا يعدو أن يكون أحد عناصر مبدأ العلانية، وأحد وسائل وضع هذا المبدأ موضع التطبيق))^(٣).

ويرى أنصار هذا الرأي بأن العلانية في المناقصة العامة تتمثل في الإعلان ونشر الإجراءات وتسبب القرارات.

ونؤيد هذا الرأي الأخير نظراً لما يمثله من حقيقة لمعنى اصطلاح العلانية، خاصة في مجال المناقصات العامة، حيث يتسع هذا المعنى ليشمل مختلف الإجراءات التي تقوم بها جهة الإدارة، وهي في سبيل توفير احتياجاتها من السلع والخدمات والإنشاءات. والإعلان هو فقط دعوة توجه لمن يرغب في الاشتراك في المناقصة ولاتحقق به العلانية المنشودة في كافة إجراءات الشراء، مثل تسبب القرارات الصادرة من اللجان المختلفة وكذلك نشر هذه القرارات.

وسوف يتم بحث عناصر العلانية المشار إليها بشيء من التفصيل من خلال مطالب ثلاثة، وعلى النحو التالي:

(١) د. محمد أحمد عبدالنعميم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٢.

(٢) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٤٣.

أنظر كذلك: د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

(٣) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٠٥.

- أنظر في ذات المعنى د. سعاد الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٢٧١.

المطلب الأول: الإعلان عن المناقصة العامة.

المطلب الثاني: نشر القرارات.

المطلب الثالث: تسبيب القرارات.

المطلب الأول

الإعلان عن المناقصة العامة

أهمية الإعلان عن المناقصة العامة:

يعتبر الإعلان عن المناقصة العامة إجراءً هاماً وضرورياً من إجراءاتها، نظراً لما يوفره من ضمان فرص متساوية للمقاولين والموردين الراغبين في الدخول في المناقصة، إضافة إلى ما يوفره الإعلان من تنافس بين هؤلاء، مما يؤدي إلى تخفيض السعر الذي ينعكس بدوره على المصلحة العامة للدولة، وهذا التنافس لا يتأتى إلا إذا علم أولئك المقاولون أو الموردون بحاجة الإدارة إلى التعاقد^(١).

كما أن الإعلان من ناحية أخرى يجعل الإدارة بمنأى عن الشك أو الانتقاد من حيث قصر الاشتراك في مشترياتها على فئة محددة من المتعاقدين^(٢).

وإذا ما كانت المناقصة العامة - كأحد أساليب إبرام العقد الإداري - تهدف إلى تعاقد جهة الإدارة مع صاحب أفضل العروض من ناحية الشروط والسعر، فإن الإعلان عن هذه المناقصة سوف يعمل بلاشك على تحقيق ذلك الهدف الذي تسعى إليه الإدارة نتيجة الأخذ بأسلوب المناقصة العامة لإبرام العقد الإداري^(٣). ولأن غاية الإدارة من ذلك هو تحقيق المصلحة العامة وليست المصلحة الشخصية، فإنها تحرص على إعلان أكبر عدد ممكن من الأفراد والشركات برغبتها في التعاقد، إضافة إلى أن القانون قد اهتم بتنظيم الأحكام المتعلقة بالإعلان عن المناقصة العامة، للتأكد من وجود منافسة حقيقية لتقديم الأفضل وعدم المحاباة أو تفضيل مقاولين أو موردين معينين للتعاقد مع الإدارة^(٤).

ويمثل الإعلان ضماناً أساسية لإعلام كل من يهمهم الاشتراك في المناقصات في الوقت المناسب^(٥).

(١) حول الإعلان السابق على المناقصة في التشريع الفرنسي راجع :

Laurent Richer : Droit des contrats administratifs, 4e edition, L.G.D.J. 2004, no 602 ets., p.417 ets.

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

أنظر كذلك في ذات الموضوع:

- د. مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والقانون المقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧١.

- د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: مرجع سابق، ص ٢٢٢.

- د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٨٠.

(٣) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٤٣.

(٤) د. عبدالله حنفي: مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٥) د. عبدالغني بسيوني عبدالله: مرجع سابق، ص ٥٤٢.

الإجراءات التي تسبق الإعلان عن المناقصة العامة:

ومما لا شك فيه إن إجراءات الإعلان عن المناقصة العامة لا بد وأن تسبقها عملية أخرى لا تقل أهمية عنها، وهي عملية إعداد كراسة الشروط والمواصفات ذات العلاقة بموضوع المناقصة، بحيث تكون هذه الشروط والمواصفات موحدة ومعلومة للجميع، حتى يمكن مقارنة العروض المقدمة وفق معايير ثابتة^(١). وعادة ما يحيل الإعلان عن المناقصة إلى كراسة الشروط والمواصفات والتي تحتوي على كافة التفاصيل الفنية للسلع أو للخدمات أو للإنشاءات المطلوبة، إضافة إلى الشروط الأساسية الأخرى، سواء المتعلقة بالمقاول أو المورد أو ما يتعلق منها بإجراءات الشراء ذاتها، مثل مراعاة تفضيل المنتج الوطني، واستخراج التراخيص المطلوبة وجواز تجزئة الشراء على أكثر من مورد^(٢)، وغيرها من الشروط الأخرى التي ترى جهة الإدارة ضرورة إدراجها في الكراسة. وتعتبر كراسة الشروط جزءاً لا يتجزأ من العقد، كما تمثل الشروط والمواصفات الواردة بها أساساً للتعاقد بين الإدارة ومقدم العطاء، حتى ولو لم يتم النص على ذلك في العقد المبرم بين الإدارة وصاحب العطاء الفائز^(٣). وعادة ما يتم وضع المواصفات من قبل لجان ذات خبرة بموضوع المناقصة، على أن يتم ذلك بصورة دقيقة ومفصلة وحيادية لتفضل منتجاً على آخر، حتى تسهل عملية تقييم العطاءات وتتم معاملة كافة المقاولين أو الموردين على قدر المساواة.

وفي هذا الصدد فإن المشرع البحريني حرص على تأكيد ذلك في قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، حيث نصت المادة (٢١) منه على أنه «يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون قبل طرح عملية شراء السلع أو الإنشاءات أو الخدمات في مناقصة عامة أن تقوم بوضع مواصفات فنية دقيقة تراعي في إعدادها المعايير التي تحددها اللائحة التنفيذية ...».

كما نصت المادة (٢٢) من ذات القانون على أنه «تتولى وضع المواصفات في كل جهة من الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، لجنة ذات خبرة بالسلع أو الإنشاءات أو الخدمات المطلوبة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية».

ونصت المادة (٣٦) من اللائحة التنفيذية للقانون ذاته والصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ على أنه «يجب على الجهات الخاضعة لأحكام القانون قبل طرح عملية توريد السلع أو الإنشاءات أو الخدمات في مناقصة عامة، أن تقوم بوضع مواصفات فنية دقيقة تراعي في إعدادها المعايير الآتية:

(١) د. عبدالله الوهيبي: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بدون دار نشر،

الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ١١١ وما بعدها.

(٢) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٥٩.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ١٠ ق، جلسة (١٩٦٧/١٢/٢) - ١٦٦/٢٥/١٣ (مجموعة

المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً (مرجع سابق، ص ٢٠٢).

أ - ألا يدرج في وثائق التأهيل أو المناقصة كل ما من شأنه أن يؤدي إلى التمييز وإعاقة المنافسة العادلة، سواء في المواصفات أو الخرائط أو الرسوم أو التصميمات التي تحدد التقنية أو النوعية للسلع أو الإنشاءات أو الخدمات المطلوبة.

ب - أن تستند المواصفات والخرائط والرسوم والتصاميم والشروط أو وصف السلع أو الإنشاءات أو الخدمات على الخصائص التقنية والنوعية الموضوعية، دون الإشارة إلى أنواع أو ماركات أو علامات تجارية معينة، إلا في الحالات الخاصة، وبشرط أن تكون مسببة وأن تدرج عبارة (أو ما يعادلها).

ج - استخدام السمات والاشتراطات والرموز والمصطلحات القياسية، ذات الصلة بالخصائص التقنية والنوعية - إذا كانت متوفرة - للسلع أو الإنشاءات أو الخدمات، في وضع المواصفات والخرائط والرسوم والتصاميم.

د - استخدام مصطلحات تجارية موحدة في صياغة أحكام وشروط العقد المراد إبرامه^(١).

وأجازت المادة (٣٧) من اللائحة ذاتها للجنة التي تضع المواصفات أن تستعين بالفنيين من الجهات الأخرى الخاضعة للقانون أو بالمكاتب الاستشارية بمملكة البحرين أو في خارجها عند الضرورة، كما أوجبت المادة ذاتها على اللجنة أن تراعي اتساق تلك المواصفات مع طبيعة الإنتاج المحلي كلما أمكن ذلك، وأن تكون مطابقة للمواصفات القياسية البحرينية^(١).

ومن هذه النصوص يتضح مدى حرص المشرع البحريني على العمل بمبدأ الشفافية والمساواة بين المقاولين والموردين، وتوفير فرص متكافئة للمشاركة في المناقصات التي تطرحها الجهات الحكومية المختلفة، وهذا بحد ذاته يُعد ضماناً للمقاولين والموردين تحقق اطمئنانهم على سلامة وعدالة ووضوح الشروط والمواصفات، الأمر الذي يحفزهم على الاشتراك في المناقصات الحكومية وتقديم أفضل الأسعار والشروط، وهذا بدوره ينعكس على توفير الخيارات الكثيرة لجهة الإدارة، سواء من حيث الشروط أو الأسعار، وما يؤدي بالتالي إلى اختيار صاحب العطاء الذي يقدم أفضل الخدمات وبأقل الأسعار، وبما يعود على الدولة بالوفّر المالي نتيجة لكثرة المقاولين والموردين المشتركين في المناقصة وتنافسهم لتقديم أقل الأسعار.

وعلى الرغم من ذلك فإنه من الضروري تفعيل نص الفقرة (ب) من المادة (١٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، بشأن قيام مجلس المناقصات باعتماد المواصفات الفنية التي تقدمها الجهات الخاضعة للقانون، ومراجعة وثائق المناقصات قبل طرح المناقصة أو توجيه الدعوات، حيث إن لجنة اعتماد المواصفات الفنية المشكلة بقرار رئيس مجلس المناقصات، والتي

(١) قرر مجلس المناقصات بجلسته رقم (٥٧) المنعقدة بتاريخ ٢٤/٣/٢٠٠٤ ضرورة أن تكون المواصفات الفنية واضحة ودقيقة ومفصلة، حتى يتسنى للشركات والمؤسسات المعنية المشاركة فيها بصورة أكبر، وبالتالي وجوب تفصيل المواصفات وتوضيحها وإعادة طرح المناقصة من جديد. (غير منشور)

يعاد تشكيلها كل سنتين من المفترض أن تأخذ على عاتقها تلك المهمة، ولا يخفى على أحد مدى أهمية مراجعة واعتماد المواصفات الفنية ووثائق المناقصة بصفة عامة من قبل المجلس في التقليل من الأخطاء التي قد تصاحب المواصفات أو الشروط. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى منع أية تجاوزات من قبل الجهات المشترية، التي تتمثل في جعل تلك المواصفات أو الشروط تتماشى مع منتج معين أو مورد أو مقاول بالذات مما يُخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

وهذه الخطوة سوف تساعد بلاشك على التقليل من طلبات إعادة النظر والتظلمات التي تأخذ الكثير من وقت المجلس، وفي الوقت ذاته ستكون تلك الخطوة، ضماناً أخرى للموردين والمقاولين، من حيث اطمئنانهم إلى عملية وضع المواصفات وعموميتها ومن ثم إبعاد الشبهات عن المعنيين بوضع تلك المواصفات بالجهات المشترية.

ولذلك لا بد من أن يضم الجهاز الفني لمجلس المناقصات طاقات فنية ذات خبرة في مختلف التخصصات ذات الأهمية، مثل الإنشاءات والكهرباء والحاسب الآلي والصيدلة والدراسات الاستشارية التخصصية الأخرى، حتى يتم الاستعانة بهم في مراجعة المواصفات الفنية وشروط المناقصات بصفة عامة، سواء من قبل لجنة اعتماد المواصفات أو من قبل المجلس ذاته. وعملية استقطاب تلك الكفاءات والطاقات تتطلب منح مجلس المناقصات الاستقلال المالي والإداري التام وعدم تقييده بالأنظمة المعمول بها بشأن الرواتب الحكومية والإجراءات الوظيفية الأخرى.

ومن ناحية أخرى لا بد من تحديد معايير الجودة للمشتريات الحكومية من خلال قوائم يتم الالتزام بها من قبل موظفي المشتريات وواضعي المواصفات الفنية من الاستشاريين.

وقد نهج المشرع البحريني وهو بصدد وضع قانون المناقصات والمشتريات - نهج لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) فيما تضمنه هذا القانون النموذجي لشراء السلع والإنشاءات والخدمات من أحكام، حيث يقابل نص المادة (٣٦) من القانون البحريني، ما ورد بنص المادة (١٦) من قانون (اليونسترال) تحت عنوان القواعد المتعلقة بوصف السلع أو الإنشاءات أو الخدمات^(١)، واشتملت بعض التشريعات على الفكرة الأساسية المتمثلة في ضرورة توفير معاملة عادلة

(١) اليونسترال هي لجان الأمم المتحدة ذات العلاقة بقانون التجارة الدولية وذات تخصصات مختلفة، ومنها اللجنة المعنية بشراء البضائع والإنشاءات والخدمات التي وضعت قانون نموذجي لعملية الشراء الحكومي عام ١٩٩٤.

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law

Uncitral Model Law on Procurement of Goods, Construction and services

تنص المادة (١٦) من قانون (اليونسترال) النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي في فقرتها الثانية على أن ^(١) يستند أي من المواصفات والخرائط والرسوم والتصاميم والشروط، أو وصف السلع أو الإنشاءات أو الخدمات، بقدر الإمكان، إلى الخصائص التقنية والنوعية الموضوعية ذات الصلة بالسلع أو الإنشاءات أو الخدمات المراد اشتراؤها، ولا يذكر أي اشتراط أو إشارة بشأن علامة تجارية معينة أو اسم أو براءة أو تصميم أو نوع أو أصل محدد أو منتج معين إلا إذا لم تكن هناك طريقة أخرى دقيقة أو واضحة بما يكفي =

لجميع المتنافسين دون تفرقة بينهم من خلال جعل المواصفات عامة وعدم تقييدها بماركة محددة^(١).

وبعد انتهاء جهة الإدارة من إعداد شروط ومواصفات المناقصة المطلوب طرحها وفق الإجراءات المحددة قانوناً ولائحياً، يتوجب - تحقيقاً لمبادئ الشفافية والمساواة العادلة - أن تعلن لكافة المقاولين والموردين عن رغبتها في التعاقد، وذلك حتى يتسنى لمن يرغب منهم في المشاركة في المناقصة الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات الفنية، ومن ثم دراستها وإعداد عطاءه بناءً على ذلك. ومن ثم فإن الإعلان عن المناقصة يزيل الشك عن جهة الإدارة من قصر تعاقداتها على طائفة محددة من المتنافسين، بحجة إنهم وحدهم الذين تقدموا للمنافسة^(٢).

التكليف القانوني للإعلان عن المناقصة العامة :

يرى جانب من الفقه إن الإعلان عن المناقصة ما هو إلا دعوة للتعاقد وليس إيجاباً من طرف جهة الإدارة، حيث يتمثل الإيجاب بالعطاء الذي يتقدم به صاحبه نتيجة استجابته لتلك الدعوة، ومن ثم

= لوصف خصائص السلع أو الإنشاءات أو الخدمات المراد اشتراؤها، وشريطة أن تدرج عبارة مثل (أو ما يعادلها)).

- كما تنص المادة (١٦) من قانون المشتريات الحكومية في الصين الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢٧ على :
Technical specifications laying down " the characteristics of the products or services to be procured , such as quality performance, safety, dimension, symbol, terminology, packaging ,marking and labeling or the process and methods for there production and assessment procedures prescribed by the entity, shall not be prepared, adopted/or applied with a view to, or with the effect of, creating unnecessary obstacles to competition, there shall be no requirement or reference to a particular trademark or trade name ,patent, design/or type, specific source of origin, producer or supplier, unless there is no sufficient precise or intelligible way of describing the procurement requirements and provided that words such as " or equivalent" are included in the tender documentation.

<http://www.pcc.gov.tw/content/purchase/govpurchaselaw/government-procu>.

(1) Pakistan: public procurement rules,2004.ART(10).

<http://www.pakistan.gov.Rk/divisions/science and technology research-division/media/public-procurement-rules-2004.htm> .

Virginia public procurement Act, July 2006,Art(2.2-4315).

<http://www.eva.state.va.us/dps/mamuals/docs/vppa.htm>.

Ireland public procurement-1994 Edition: Art(501,502).

<http://www.Fpp.ie/pdf/green 20%Book.pdf>.

- نظام المناقصات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٦ ، المادة (١٣).

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

د. عبدالفتاح صبري أبو الليل، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

إذا لقي هذا الإيجاب قبولاً من قبل جهة الإدارة بصدور قرار اعتماد الإرساء وتبليغ صاحب العطاء به ينعقد العقد^(١).

وهناك جانب آخر من الفقه^(٢) يرى بأن الإعلان ليس إيجاباً وفي الوقت ذاته ليس دعوة للتعاقد، إنما هو التزام على جهة الإدارة مصدره القانون، وأن تقديم العطاء من قبل المورد أو المقاول هو الآخر مصدره القانون.

وأخيراً ذهب جانب من الفقه إلى أنه وإن كان الإعلان التزاماً مصدره القانون، إلا أن التقدم بالعطاء ليس مصدره القانون، إنما يعد إيجاباً من قبل المورد أو المقاول بإرادته المنفردة يلتزم بموجبه بالبقاء عليه حتى تصدر جهة الإدارة قرارها النهائي باعتماد قرار الإرساء حيث ينعقد العقد^(٣).

والباحث يقدر كافة الآراء التي طُرحت في تفسير طبيعة الإعلان عن المناقصة، إلا أنه يؤيد الرأي الذي ذهب إلى أن الإعلان هو دعوة للتعاقد وليس وعداً بالتعاقد، حيث إن هذا الأخير يفرض التزاماً على الواعد للوفاء بوعده بقبول الموعود له، بينما الإدارة في المناقصات العامة تستطيع في أي وقت أن تلغي المناقصة لاعتبارات المصلحة العامة، وتستطيع سلطة الاعتماد عدم إتمام التعاقد، وبالتالي لا يمكن القبول بمقولة إن الإعلان عن المناقصة هو وعد بالتعاقد، كما أنه لا يمكن اعتباره كذلك لأنه لو أن جميع المتناقصين تقدموا بعطاءاتهم فيجب على الإدارة قبولها جميعاً، وهذا أمر غير متصور أبداً. وفي ذات الوقت لا يخل هذا التفسير بكون الإعلان منظم بقانون.

أما تقدم المتناقص بعطاءه فهو إيجاب منه، وإذا لقي قبولاً من قبل جهة الإدارة وصدر قرار الإرساء وتم اعتماده وتبليغه به فإن العقد ينعقد، وبقاء المتناقص على عطائه طوال مدة سريانه مصدره

(١) د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١١٧.

- د. محمد ماهر أبو العنين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، بدون دار نشر، ٢٠٠٣، ص ٣٦٨.

- أنظر كذلك د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٤٢.

- د. محمود محمد صبره: مرجع سابق، ص ٦٠.

- د. حسن محمد هند، د. محمد علي حسن: الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٤، ص ١١٥.

(٢) د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٩٣.

(٣) د. محمد عبدالله حمود: النظام القانوني لإبرام العقد الإداري عن طريق تقنية المناقصات (دراسة مقارنة بين التشريعين الإماراتي والبحريني)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، كلية الحقوق، العدد الأول، ٢٠٠٥، ص ٩١.
أنظر كذلك: د. عبدالحكيم أحمد محمد عثمان: المناقصات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٨٣ وما بعدها.

القانون وليس الإرادة المنفردة له^(١)، ذلك أن الموجب تقدم بعطائه طبقاً للقانون وشروط المناقصة على أساس أن يلتزم بإيجابه إلى حين صدور قرار الإرساء حتى تتم إجراءات المناقصة بالجدية المطلوبة. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ((طرح مناقصة توريد أشياء على أساس الشروط الواردة في قائمة الاشتراطات لا يعتبر إيجاباً في صحيح القانون، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد، أما الإيجاب فهو ما يصدر ممن تقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه، ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن يملكها))^(٢).

وفي السياق ذاته قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن ((الإعلان عن المناقصة مجرد دعوة للتعاقد، بينما يعتبر العطاء إيجاباً والترسية قبولاً))^(٣). كما جرى إفتاء مجلس الدولة المصري على ((إن الإعلان لا يخرج عن كونه دعوة من الإدارة إلى التعاقد، وإن التقدم بالعطاءات هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده القبول))^(٤).

فاعلية الإعلان:

ونظراً للأهمية الكبيرة لمبدأ العلانية في إجراءات المناقصات عموماً والمناقصة العامة على وجه الخصوص، فقد أولى المشرع البحريني هذا الأمر عناية خاصة، تمثلت في ما احتوته النصوص المنظمة لإجراءات الإعلان عن المناقصة، وجلسات فتح المظاريف ونشر قرارات الإرساء وتسببها، وحق المقاولين أو الموردين في الاطلاع على محتويات سجل الشراء بما فيها ملخص عملية تقييم العطاءات، وكذلك حق المورد أو المقاول في التقدم بطلب إعادة النظر في أي إجراء من الإجراءات السابقة على صدور قرار الإرساء، إضافة إلى التقدم بطلب التظلم من القرارات التي تصدر سواء من مجلس المناقصات أو من الجهة المشتري.

(١) يذهب د. أحمد عثمان عياد إلى أن (الأساس القانوني للالتزام المتقدم الراسي عليه العطاء بالبقاء على إيجابه حتى يتم اعتماد المناقصة هو إرادته المنفردة أيضاً)، مرجع سابق، ص ١٣٤.

د. عبدالحكيم أحمد محمد عثمان: مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) الطعن رقم (١٠٥) لسنة ٥٠، جلسة ١٩٨٥/١/٧، س ٣٩، ص ١٩٨٤.

(أشار إليه د. محمود محمد صبره: المرجع السابق، ص ٦٠).

(٣) الطعن رقم ٣٣٦٣ لسنة ٣٦ ق عليا، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣١، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء (٤٩)، مرجع سابق، ص ٨٦.

- حكم سابق لها في الطعن ٣٣٣، لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ (١٣/٢٥/١٦٦).

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٧٠ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٩٩/١/٦، ملف ٣٤٧/١/٥٤.

رقم الصفحة ٢، مجموعة المكتب الفني، وسائط مدمجة للمجموعة الدولية للمحاماة والاستشارات القانونية، مرجع سابق.

وقد نصت المادة (٢٣) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أنه (يتم الإعلان عن المناقصة العامة في جريدة أو جريدتين يوميتين محليتين أو بحسب ما يراه المجلس. ويجب أن يتضمن الإعلان بوجه خاص موضوع المناقصة، والجهة المشتري، وطريقة الحصول على الوثائق، والسلع أو الإنشاءات أو الخدمات المطلوبة، ومبلغ الضمان الابتدائي، وقيمة وثائق المناقصة، ومكان تقديم العطاءات، والموعد النهائي لتقديمها، وأية بيانات أخرى يراها المجلس ضرورية لصالح العمل).

ويتم الإعلان عن المناقصة الدولية في مملكة البحرين والخارج باللغتين العربية والانجليزية، كما يُطلب من سفارات الدول الأجنبية أو قنصلياتها في مملكة البحرين بحسب الأحوال، إخطار المشتغلين بنوع النشاط في تلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة.

وفي جميع الأحوال يجوز للمجلس الإعلان في وسائل الإعلام الأخرى واسعة الانتشار. على أنه في المناقصات التي تجاوز قيمتها ١٠٠٠٠٠٠٠ (مليون) دينار بحريني يجب بالإضافة إلى ما تقدم أن يكون الإعلان أيضاً في الجريدة الرسمية^(١).

ونُهج المشرع البحريني في شأن هذا النص، نهج المشرع المصري وفق ما ورد بنص المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨^(١).

(١) تنص المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه (يتم الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار.

ويجب أن يبين في الإعلان الجهة التي تقدم إليها العطاءات، وآخر موعد لتقديمها الصنف أو العمل المطلوب، ومبلغ التأمين المؤقت، ونسبة التأمين النهائي، وثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها، وأية بيانات أخرى تراها الجهة الإدارية ضرورية لصالح العمل.

ويتم الإعلان عن المناقصات الخارجية في مصر والخارج باللغتين العربية والانجليزية، كما يُطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة.

ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد^(٢).

- أما المشرع الكويتي فإنه في المادة (١٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ قرر أن يكون النشر عن المناقصة في الجريدة الرسمية، ولصق الإعلانات الخاصة بها في مقر لجنة المناقصات المركزية. ونرى أن النشر في الجريدة الرسمية دون الجرائد اليومية لا يحقق العلانية المطلوبة، نظراً لمحدودية قرائنها نتيجة لقلّة تداولها بنفس تداول الجرائد اليومية، كما أن لصق إعلانات المناقصة في مقر لجنة المناقصات المركزية من الناحية العملية أمر فيه شيء من الصعوبة على المقاولين أو الموردين. كذلك يلاحظ أن المشرع الكويتي لم يتطرق للمناقصات الدولية (الخارجية) وكيفية تحديد إجراءات النشر عنها.

إلا أنه يلاحظ في هذا السياق وجود بعض الفروقات البسيطة المتمثلة في الآتي:

- إن المشرع البحريني لم يستلزم أن يتم النشر مرتين، إنما قصره على مرة واحدة، كما جعل النشر في جريدة أو جريدتين محليتين، وفي الوقت ذاته ترك الأمر لمجلس المناقصات بشأن تقرير ما يراه حول عدد مرات النشر وعدد الجرائد التي يُنشر فيها الإعلان. وأن هذه الخطوة تعتبر جيدة إذا ما نظرنا إلى التطور السريع الحاصل في شتى مجالات الحياة، وخاصة وسائل الإعلام المختلفة، حيث إنه إذا كان النشر يتحقق اليوم عن طريق جريدة أو اثنتين، فإن الأمر ليس كذلك بعد عدة سنوات عندما يزداد عدد الجرائد اليومية، إذ قد يتطلب الوضع لكي يتحقق العلم بالإعلان أن يتم من خلال النشر في أغلب الجرائد اليومية (مثلاً)، وبالتالي فإنه في ظل المادة (٢٣) المشار إليها لاحتاج الأمر إلى تدخل المشرع مرة أخرى ليعدل المادة، بل الأمر متاح لمجلس المناقصات بأن يقرر ما يراه في هذا الشأن بقرار يصدر منه.

كما أنه وللزيادة في العلانية والشفافية قرر المشرع البحريني أن يتم النشر في الجريدة الرسمية إذا ما تجاوزت قيمة المناقصة ١٠٠٠.٠٠٠ ر (مليون) دينار بحريني.

ولكن ما يؤخذ على المشرع البحريني في المادة (٢٣) والمصري في المادة (٢١) بشأن الإعلان عن المناقصات الخارجية (الدولية)، إن كلا النصين لم يوضحا أساليب النشر الواجب إتباعها في الخارج، ذلك أن الإخطار بصيغة الإعلان فقط لا تُغني عن نشر التفاصيل، كما أن تحديد المقاولين أو الموردين المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة من قِبَل سفاراتهم هو أمر في غاية الصعوبة، ولذلك كان من المتوجب أن تتضمن المادتان المشار إليهما آنفاً، طريقة أكثر تفصيلاً وسهولة لنشر الإعلان في الخارج.

أما ما يحسب لكل من المشرعين البحريني والمصري في هذا الشأن، أن كلا منهما أجاز أن يكون النشر في وسائل الإعلام الأخرى واسعة الانتشار، مما يدخل فيها طبعاً التلفزيون والإنترنت وغيرها من الوسائل الحديثة.

= وفي المادة (١٨) من نظام المناقصات العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٦ فإن الإعلان يكون بالنشر في الصحف وباقي الوسائل المتاحة في السلطة وباللغتين العربية والانجليزية، على أنه في المناقصات التي تجاوز قيمتها نصف مليون ريال عماني يتعين أن يكون النشر في الجريدة الرسمية أيضاً. ويتضح من نص المادة أعلاه بأن المشرع العماني لم يتطرق أيضاً للمناقصة الدولية (الخارجية) ولم يرتب لها آلية معينة للنشر.

وفي هذا السياق أناط المشرع البحريني بمجلس المناقصات تحديد المدة التي يتم خلالها التقدم بالعطاءات من تاريخ الإعلان عن المناقصة^(١)، وذلك مراعاة لظروف كل مناقصة على حدة، إضافة إلى ما يشكله التقيد بموعد محدد بموجب نص قانوني أو لائح من مشاكل عملية وقانونية قد تنشأ نتيجة تقصير أو إطالة ذلك الموعد، وفي الوقت ذاته أجاز للمجلس مد تلك المدة بناءً على طلب من الجهة المشتريّة أو عدد من أصحاب العطاءات يحدده المجلس، بشرط ألا تزيد هذه المدة على تسعين يوماً.

أما المشرع المصري فإنه قرر بأن لا تقل مدة تقديم العطاءات عن ثلاثين يوماً، وأجاز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة إلى عشرين يوماً^(٢).

وبالتالي فإن المشرع المصري قد حدد المدة اللازمة لتقديم العطاءات في الأحوال العادية بأن لا تقل عن ثلاثين يوماً واستثناءً عشرين يوماً بموافقة السلطة المختصة، ولم يترك مجالاً للجهة المشتريّة لإنقاص المدة إلى الحد الذي تراه محققاً للمصلحة العامة في حالة الاستعجال، وليكن في حدود أسبوع (مثلاً).

كما لم يُجزِ المشرع المصري مد المدة المشار إليها بناءً على طلب عدد من أصحاب العطاءات، كما قرر ذلك المشرع البحريني، حيث قد يرى عدد كبير من المناقصين ضرورة تمديد الفترة التي يتم خلالها تقديم عطاءاتهم، حتى يتسنى لهم إعداد عطاءاتهم بالصورة المطلوبة التي تستجيب للشروط والمواصفات المدرجة في وثائق المناقصة، وهذا إجراء لا يُخل بمبدأ المنافسة بين المناقصين طالما تم مد المدة بناءً على طلب عدد كبير منهم، ولما يحن بعد موعد فتح العطاءات، إضافة إلى ما يمثله ذلك من الحصول على أكبر عدد من العطاءات وفق الشروط والمواصفات وبأسعار تنافسية.

ونظراً لأهمية الإعلان كعنصر من عناصر تحقيق العلانية وإتاحة الفرصة لأكثر عدد ممكن من المقاولين أو الموردين للدخول في المناقصة، فقد حرص مجلس المناقصات بمملكة البحرين على أن يكون الإعلان عن المناقصات العامة موحدًا، قدر الإمكان، فقد أصدر المجلس التعميم رقم (٣) لسنة

(١) تنص المادة (٢٥) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني على أنه «يحدد المجلس المدة اللازمة لتقديم العطاءات وذلك من تاريخ الإعلان عن المناقصة، ويجوز للمجلس بناءً على طلب الجهة المشتريّة أو بناءً على طلب عدد من أصحاب العطاءات - يحدده حسب أهمية كل مناقصة - مد هذه المدة بشرط ألا تزيد على تسعين يوماً».

(٢) تنص المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على أنه «تحدد مدة ثلاثين يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة من تاريخ أول إعلان في الصحف اليومية، ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً».

٢٠٠٤ بشأن الإجراءات الواجب إتباعها للإعلان عن المناقصات العامة، حيث نص على ضرورة توافر المعلومات التالية (على الأقل) في الإعلان:

- موضوع المناقصة.
 - الجهة المشترية.
 - طريقة الحصول على الوثائق.
 - مبلغ وشكل التأمين الابتدائي.
 - قيمة وثائق المناقصة.
 - مكان تقديم العطاءات والموعّد النهائي لتقديمها.
 - توافر شهادة البحّنة.
 - توافر سجل تجاري شامل لنشاط موضوع المناقصة.
 - وجوب تدوين السعر الإجمالي للعطاء على الاستمارة المخصصة لذلك.
- كما أرفق مع التعميم المشار إليه الشكل النموذجي للإعلان، والذي أصبح حالياً هو النهج الذي تسير عليه الجهات الإدارية الخاضعة لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية.

الآثار المترتبة على عدم الإعلان:

جميع التشريعات التي اطلعنا عليها والتي تم الاستعانة بها في هذا البحث لم تقرر صراحة الآثار المترتبة على عدم الإعلان عن المناقصة العامة، إلا أن هناك بعضاً من الفتاوى والآراء الفقهية المصرية في هذا الصدد. ومنها :

فتوى اللجنة الثانية بمجلس الدولة المصري التي ذهبت إلى أن ((مخالفة بعض إجراءات وضوابط النشر/ الإعلان عن المناقصة العامة تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الإدارة والأفراد معا وقصد منها كفالة احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة وهي العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين المتنافسين للوصول إلى أنسب الأسعار والعروض ، بحيث يترتب على إغفال جهة الإدارة لهذه الشكليات الجوهرية بطلان الإعلان بدون حاجة إلى نص صريح يقضي بذلك ، وكذلك إغفال الإدارة تحديد ميعاد المهلة المحددة أو قيامها بتقصير هذا الميعاد ((١)).

(١) فتوى رقم ١٢٢ للجنة الثانية بمجلس الدولة، جلسة ١٩٨٨/١/٣١ ملف فتوى الإسكان ٨٦٠/٢٩/٣١ (أشار إليها د. جابر جاد نصار ، مرجع سابق ص ٥٤).

كما ذهبت فتوى المالية إلى أن ((عدم الإعلان عن العملية في صحيفة أو صحيفتين واسعة الانتشار تعد مخالفة جوهرية لايرد عليها التصحيح إلا بإعادة الإجراءات مرة أخرى بل وانتهت إلى أن عدم مراعاة ذلك يترتب عليه بطلان العقد))^(١).

وفي هذا الشأن ذهب جانب من الفقه إلى أن ((الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان ملزمة للإدارة ، ومن ثم يتعين عليها الالتزام بما ورد بها من إجراءات وعدد مرات النشر والمدد المذكورة فيه ، ويترتب على مخالفة ذلك بطلان المناقصة))^(٢).

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك قاعدة أصولية مستقرة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري وهي أنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا شاب الإجراء عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، فإذا ثبت أن عدم النشر عن المناقصة لم يؤد إلى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد عند تقديم عطاءاتهم فإنه لا يتم تقرير بطلان الإجراء ، وعلى ذلك فإذا ثبت تقدم عدد من الشركات الموردة يتفق مع العدد المعتاد والمقرر لدخول مثل هذه المناقصة بالرغم من عدم إتمام إجراءات النشر عنها فيمكن التجاوز عن مخالفة النشر عن المناقصة العامة في الوقائع المصرية مادامت لم تؤثر في عدد العطاءات المقدمة في المناقصة^(٣).

ويؤيد جانب من الفقه ذلك الاتجاه ويذهب إلى أنه إذا كانت مخالفات الإعلان لم تؤثر على إجراءات المناقصة أو عدد المتقدمين لها فإنه يمكن التغاضي عن هذه المخالفات باعتبارها مخالفات غير جوهرية لا تؤثر في موضوع الإجراء^(٤).

وقد علق جانب من الفقه على إفتاء وأحكام مجلس الدولة في هذا الشأن بالقول إنه فرق بين بطلان الإجراء أو القرار الصادر بالإرساء نتيجة وجود بطلان في الإجراءات السابقة على التعاقد وبين عملية التعاقد في حد ذاتها ، فمثلا إذا كان هناك قصور في النشر أو الإعلان ترتب عليه بطلان إجراءات إرساء العطاء ، فإن بطلان قرار الإرساء لا يمس العقد بحسبان أن العقد منفصل عن الإجراءات السابقة عليه وهي نتيجة قد تبدو غير منطقية أمام مابني على باطل فهو باطل، إلا أن استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين مع الجهة الإدارية هي السبب المؤدي إلى إتباع هذا المفهوم وكل مافي الأمر أن الإجراء الباطل إذا تسبب في ضرر لأحد المتقدمين للتعاقد يجوز للمتضرر المطالبة بالتعويض^(٥).

(١) فتوى المالية رقم ٩٠ في ٢١/١/٢٠٠٢ ملف ١٣٨١/١/٢ (أشار إليها المستشار فتحي عطية السيد ، مرجع سابق ص ١٨٦ .

(٢) د. سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ص ٢٤٨ ومابعدھا .

(٣) فتوى اللجنة الثانية بجلسة ١٩٨٩/٩/١١ ملف ٢٦/١/٦٧ (أشار إليها محمد ماهر ابوالعينين ، الكتاب الأول، مرجع سابق ص ٣٦٥

(٤) د. جابر جاد نصار : مرجع سابق ص ٥٥ .

(٥) د. محمد ماهر ابوالعينين : الكتاب الأول، مرجع سابق ص ٣٦٤ .

وفي هذا الشأن ذهبت إدارة الفتوى لوزارات العمل والأوقاف والشئون الاجتماعية إلى أن مخالفة إجراءات الإعلان عن المناقصة العامة يجعل قرار الإرساء باطلاً إلا أن ذلك لا يؤثر على صحة العقد الذي تم بناء عليه^(١).

وإذا كان الإعلان قد تم بحثه على الوجه السابق كعنصر من عناصر العلانية في المناقصات العامة، فإن نشر القرارات ذات العلاقة بإجراءات المناقصة لا تقل أهمية عن الإعلان. وسوف يتم بحث ذلك بشيء من التفصيل من خلال المطلب القادم.

(١) فتواها رقم ٥١٢ في ١٧/٨/١٩٨٥ ملف رقم ١٤/١/٦٧. مشار إليها في د. محمد ماهر أبوالعينين: الكتاب الأول، المرجع السابق ص ٣٦٤.

المطلب الثاني

نشر القرارات

أهمية نشر القرارات المتعلقة بإجراءات المناقصة العامة:

تعتبر عملية نشر القرارات في مختلف مراحل المناقصة عنصراً هاماً من عناصر مبدأ العلانية، إذ يتضح من خلاله مدى تقيد الإدارة بالواجبات والأحكام التي نص عليها القانون واللوائح والقرارات المنظمة لعملية الشراء، وفي الوقت ذاته يحقق الشفافية المطلوبة في الإجراءات المختلفة للمنافسة، بما يجعل المتنافسين مطمئنين إلى حسن سير هذه الإجراءات ونزاهتها، وبالتالي تشجيعهم على المشاركة في المشتريات الحكومية وتقديمهم لأسعار تنافسية، كما سبق وأن بينا، بما يعود بالنفع أخيراً على المصلحة العامة للدولة.

نشر القرارات طبقاً للقانون البحريني:

وقد فرض المشرع البحريني على مجلس المناقصات أو اللجان التي يكلفها بفتح مظاريف العطاءات، السماح لأصحاب العطاءات أو مندوبيهم بحضور جلسات فتح العطاءات، وأن يتم إعلان اسم كل صاحب عطاء يُفتح عطاؤه وقيمة هذا العطاء، على أن تدون نتائج فتح المظاريف في محضر يتم التوقيع عليه من قبل أعضاء المجلس أو اللجنة حسب الأحوال^(١)، وبالإضافة إلى ذلك فإن المشرع البحريني استلزم في عجز المادة (٣٧) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية أن يتم الإعلان عن جميع قرارات الإرساء شهرياً في الجريدة الرسمية.

كذلك أوجب المشرع البحريني في المادة (٦٤) من القانون المشار إليه إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة العامة أو المناقصة على مرحلتين أو المناقصة المحدودة أو الممارسة أو طلب عروض الأسعار أو طلب تقديم الاقتراحات أو بإلغاء أي منها أو باستبعاد العطاءات، في لوحة تخصص لهذا الغرض في مكان ظاهر للجميع، وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، كما أوجب إخطار مقدمي العطاءات بخطابات مسجلة مصحوبة بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بعطاءاتهم.

ونهج المشرع البحريني في هذه المادة نهج المشرع المصري وفق ما جاء بالمادة (٤٠) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨^(٢).

(١) تنص المادة (٢٩) من قانون المناقصات والمشتريات البحريني على أن ((يقوم المجلس أو أية لجان يكلفها، بفتح مظاريف العطاءات في المكان والزمان المحددين في وثائق المناقصة أو في الموعد النهائي في حالة المد، وذلك في حضور أصحاب العطاءات أو مندوبيهم، على أن يتم إعلان اسم وعنوان كل صاحب عطاء بفتح عطاؤه وقيمة العطاء ...)).

(٢) تنص المادة (٤٠) من قانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه ((تعلن أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة أو الممارسة المحدودة أو المزايدة وإلغاء أي منها وباستبعاد العطاءات، في لوحة =

وإضافة إلى تلك المواد من قانون المناقصات والمشتريات البحريني، فإن اللائحة التنفيذية للقانون تضمنت أيضاً مبدأ نشر القرارات وذلك بالنسبة للتأهيل المسبق للموردين والمقاولين من خلال نصي المادتين (٢٧) و(٢٩)^(١).

ولم يكتف المشرع البحريني بالنسبة لتقرير مبدأ العلانية عند ذلك الحد، بل ذهب إلى أبعد من ذلك عندما أتاح الفرصة لأي شخص - وفقاً لنص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية المشار إليها - الاطلاع على محتويات سجل الشراء الواردة في البندين (أ) و(ب) من اللائحة التنفيذية للقانون، والذين يتضمنان وصفاً موجزاً للسلع أو الإنشاءات أو الخدمات المراد شراؤها، وأسماء وعناوين الموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات أو عروضاً أو اقتراحات أو عروض أسعار، واسم وعنوان المورد أو المقاول الذي أبرم العقد معه. كما أتاح الفرصة للموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات الاطلاع على محتويات السجل المنصوص عليها في البنود من (ج) حتى (ز) و(ك) من المادة (٨) المشار إليها، سواء تم الإرساء أو لم تؤد الإجراءات إلى إبرام العقد، والبنود المشار إليها هي:

ج - المعلومات المتعلقة بأهلية أو عدم أهلية الموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات أو عروضاً أو عروض أسعار.

د - أساس تحديد قيمة كل عطاء أو اقتراح أو عرض أسعار وقيمة العقد وملخص لساتر الأحكام والشروط الرئيسية لكل منها.

هـ - ملخصاً لتقييم العطاءات أو العروض أو الاقتراحات أو عروض الأسعار وأسس ومعايير المقارنة بينها.

و - إذا رُفِضت جميع العطاءات أو العروض أو الاقتراحات أو عروض الأسعار، يُدرج بيان عن هذا الرفض والأسباب الداعية إليه.

= إعلانات تخصص لهذا الغرض، وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، وتحدد السلطة المختصة لها مكاناً ظاهراً

للكافة، كما يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء).

(١) تنص المادة (٢٧) من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أنه ((يلتزم المجلس بإبلاغ كل من يشارك من الموردين أو المقاولين في إجراءات التأهيل أو إعادة التأهيل المسبق بما يتخذه من قرارات بشأن قبول أو رفض طلباتهم)).

- كما تنص المادة (٢٩) من القانون ذاته على أنه ((تعلن أسباب القرارات الخاصة بالتأهيل المسبق، أيضاً كان نوعها، في لوحة تخصص لهذا الغرض في مكان ظاهر للجميع يحدده المجلس، وذلك لمدة سبعة أيام لكل قرار، ويخطر بذلك الموردون أو المقاولون المشاركون في التأهيل المسبق بخطابات مسجلة بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بطلب التأهيل)).

ز - إذا استُخدمت إجراءات شراء تتطوي على أساليب شراء أخرى غير أسلوب المناقصة العامة، ولم تؤد هذه الإجراءات إلى إبرام العقد، يُدرج بيان عن ذلك وعن الأسباب الداعية إليه.

ك - ملخصاً لأية بيانات لتوضيح وثائق التأهيل أو وثائق المناقصة، والردود على أية طلبات بشأنها، وملخصاً لأية تعديلات على هذه الوثائق^(١).

وعلى الرغم من أن المشرع البحريني قد حذا حذو قانون (اليونسترال) النموذجي^(٢) بشأن الأحكام الواردة في المادة (٩) من اللائحة التنفيذية المشار إليها،

إلا أن إتاحة الفرصة لأي شخص للاطلاع على سجل إجراءات الشراء وما يحويه من معلومات تخص الموردين والمقاولين المشاركين، كالأسماء والعناوين وغير ذلك من المعلومات، أمر غير مفضل نظراً لما قد يشكله ذلك من حساسية للموردين أو المقاولين، ورغبتهم في بقاء مشاركتهم في المناقصات الحكومية بعيداً عن الكافة، إضافة إلى ما قد يؤدي إليه ذلك من تدخل ذلك الشخص الذي اطلع على السجل بطريقة أو بأخرى، للتأثير على الجهة الإدارية عن طريق إيصال معلومات مضللة بحق أحد المقاولين أو الموردين المشاركين بالمناقصة بغرض تصفية حسابات بينه وبين هذا المقاول أو المورد.

ولذلك فإن من الأفضل أن يكتفي المشرع البحريني بالسماح للمقاولين والموردين من المشاركين في المناقصة بالاطلاع على سجل إجراءات الشراء، إضافة إلى الأجهزة الرقابية بالدولة وفقاً ما ورد بالبندين (ب) ، (ج) من المادة (٩) من اللائحة التنفيذية.

(١) تنص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات على أنه (يكون الاطلاع على بيانات السجل وفقاً للآتي:

أ - يجوز لأي شخص، بناء على طلب يقدمه إلى المجلس، الاطلاع على محتويات السجل المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و(ب) من المادة السابقة، وذلك بعد انتهاء إجراءات الشراء ، سواء تمت الترسية أو لم تؤد الإجراءات إلى إبرام العقد.

ب - يجوز للموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات، الاطلاع على محتويات السجل المنصوص عليها في الفقرات من (ج) حتى (ز) و(ك) من المادة السابقة، سواء تمت الترسية أو لم تؤد الإجراءات إلى إبرام العقد.

ج - يجوز للأجهزة الرقابية في الدولة الاطلاع على بيانات السجل، وفقاً للأنظمة المعمول بها في تلك الأجهزة^(٣).

(٢) المادة (١١) من قانون (اليونسترال) النموذجي لشراء السلع والإنشاءات والخدمات.

- كما أن تقنين عقود الشراء الفرنسي ألزم الجهة الإدارية بإعلان نتائج إبرام العقد، بما فيها إعلان الإرساء وكذلك منح لكل شخص طبيعي أو اعتباري، فرنسي أو أجنبي، الحق في طلب الاطلاع على الوثائق التعاقدية للجماعات المحلية، حتى ولو لم تكن له مصلحة في ذلك (المواد ٣٨، ٤٢، ٢٥٤).

(أشار إليه د. عاطف سعد محمد: مرجع سابق، ص ٢٠٦).

ولا يخفى على أحد أن أي قرار ينبغي تحقيق المصلحة العامة يجب أن يكون مسبباً تسبباً سائغاً
يبرره، وهذا ما سنعرض له من خلال العنصر الثالث والأخير من عناصر العلانية.

المطلب الثالث

تسبب القرارات

أهمية تسبب القرارات المتعلقة بإجراءات المناقصة العامة :

يعتبر تسبب القرارات الصادرة بشأن الإجراءات المختلفة لمراحل المناقصة العامة، العنصر الثالث والمكمل لعناصر مبدأ العلانية، وذلك نظراً لما تمثله عملية تسبب القرارات من تبرير صادق لموجبات اتخاذ القرار، يتحقق من خلاله علم كافة وخاصة الموردين والمقاولين المشاركين في المناقصة، بالأسباب التي جعلت جهة الإدارة تتخذ أيّاً من تلك القرارات ، إضافة إلى ما يشكله ذلك من سهولة بسط الرقابة القضائية على تصرفاتها، الأمر الذي يجعلها (جهة الإدارة) تتوخى الحذر والدقة في اتخاذ أي إجراء أو قرار، نتيجة علمها بأن إجراءاتها وقراراتها تلك هي محل رقابة من كافة^(١).

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه ((يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون، وبين وجوب قيام القرار الإداري على سبب يبرره كركن من أركان وجوده وترتيب آثاره - إذا ما أوجب القانون على الإدارة تسبب قرارها فعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وإلا كان معيباً بعيب شكلي - إذا لم يوجب القانون تسبب القرار فلا يلزم الإدارة ذلك - القرار الإداري سواء أكان لازماً تسببه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون - ذلك كركن من أركان وجوده ونفاذه))^(٢).

وجرى قضاء المحكمة ذاتها على أنه ((فيما يتعلق بأسباب القرار الإداري إنه كلما ألزم المشرع صراحة في القوانين واللوائح جهة الإدارة بتسبب قراراتها وجب ذكر هذه الأسباب التي بني عليها القرار واضحة جلية، حتى إذا ما وجد صاحب الشأن مقنعاً تقبلها، وإلا كان له أن يمارس حقه في التقاضي ويسلك الطريق الذي رسمه القانون))^(٣).

وقد حرص المشرع البحريني على أن تكون قرارات الجهة المشتريّة (جهة الإدارة) ومجلس المناقصات مسببة، وذلك في أكثر من موقع ضمن مواد قانون المناقصات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، حيث نصت المادة (٣٦) من القانون على أنه ((تلغى المناقصة بقرار مسبب من المجلس، إذا استغني عنها نهائياً بناءً على طلب الجهة المشتريّة، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، على أن يُخطر جميع أصحاب العطاءات المشاركين في المناقصة بذلك)).

(١) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٢) طعن رقم ٣٤٧١ لسنة ٣٢ ق، جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٩ (الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، الجزء ٣٥) من عام ١٩٨٥ حتى عام ١٩٩٣، إشراف د. نعيم عطية، أ. حسن الفكهاني، دار العربية للموسوعات، مرجع سابق، ص ٩٩٤.

(٣) طعن رقم ١٥١٣ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٧ (المرجع السابق، ص ٩٩٩).

كما نصت المادة (٦٤) من القانون ذاته على وجوب إعلان أسباب القرارات المتعلقة بإرساء المناقصات وقرارات الإرساء عموماً في مختلف أساليب الشراء في لوحة في مكان ظاهر للجميع، إضافة إلى إخطار مقدمي العطاءات بخطابات مسجلة.

وتوافق المشرع البحريني في هذه المادة مع ما شرعه المشرع المصري في المادة (٤٠) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي.

وحرص المشرع البحريني أيضاً على إعلان أسباب القرارات الخاصة بالتأهيل المسبق أياً كان نوعها، وفقاً لما ورد بالمادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، إضافة إلى إلزامه الجهة المشتريّة في المادة (٨٦) من اللائحة ذاتها بإخطار المورد بأسباب رفض صنف أو أكثر من السلع الموردة^(١).

ونتيجة لما سبق فإن العلانية، كمبدأ من المبادئ الهامة التي تقوم عليها المناقصة العامة، من الأمور الواجب مراعاتها في مختلف الإجراءات ذات العلاقة بالشراء الحكومي، ويجب على جهة الإدارة أن تحرص أشد الحرص على التقيد بما هو منصوص عليه في هذا الشأن، سواء في القانون أو القرارات أو اللوائح.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن جزاء عدم احترام جهة الإدارة قواعد العلانية هو البطلان، معتبراً أن المناقصة في هذه الحالة معيبة في مبدئها نفسه^(٢)، كما أن بعض الفقه يرى أن مخالفة الالتزام بالإعلان عن القرارات وتسببها، خاصة تلك التي نص القانون على إعلانها وتسببها، يوصف هذه القرارات بعيب الشكل^(٣).

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه ((تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة ... فهذه المبادئ هي التي تظلل المناقصات جميعها وتحيطها بسياج من الضمانات يمنع العبث في إجراءاتها والتلاعب في نتائجها، فإذا حُجبت هذه

(١) تنص المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات على أنه ((تعلن أسباب القرارات الخاصة بالتأهيل المسبق، أياً كان نوعها في لوحة تخصص لهذا الغرض في مكان ظاهر للجميع يحدده المجلس، وذلك لمدة سبعة أيام لكل قرار، ويخطر بذلك الموردون أو المقاولون المشاركون في التأهيل المسبق بخطابات مسجلة بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بطلب التأهيل)).

- كما تنص المادة (٨٦) من ذات اللائحة على أنه ((إذا رفضت الجهة المشتريّة صنفاً أو أكثر من السلع الموردة، أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات، يخطر المورد بأسباب الرفض وبضرورة سحب الأصناف المرفوضة وتوريد الصنف المطابق، وذلك كله وفقاً للأحكام المنصوص عليها في العقد)).

(2) C.E : 7-7-1982, commune de guidil/CC/Mme cometet, R.D.P.

(أشار إليه في د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٠٨).

(٣) د. مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص ٥٢٥.

المبادئ عن مناقصة من المناقصات التي تطرحها الجهات الإدارية فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة في نتائجها بعد أن غابت عنها المبادئ التي تحكمها والضمانات التي تكفل صحتها وسلامتها (((١).

وحيث إن الإعلان عن المناقصة كإجراء وحيد لا يتحقق به العلانية، لذلك سوف نعرض أيضاً لمبدأ المساواة بين المتنافسين، من خلال المبحث التالي.

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥٠٠ بتاريخ ١٩/٦/١٩٩٣ جلسة (١٩٩٣/٥/٢).
(مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، المرجع السابق، ص ٢٧١).

المبحث الثاني

المساواة بين المتنافسين

أساس مبدأ المساواة في المناقصة العامة:

إن مبدأ المساواة بين المتنافسين في المناقصات العامة يستند في الأساس إلى أن كافة المتقدمين بطلباتهم في المناقصة يكونون على قدم المساواة بعضهم بعضاً، بمعنى أن أي واحد منهم يستطيع التقدم للاشتراك في المناقصة دون اعتراض من جهة الإدارة، ما لم يمنع ذلك أي مانع قانوني أو لائحي، كما لا يجوز للإدارة أن تميز بين أي واحد منهم تمييزاً غير مشروع^(١)، وعلى الإدارة أن تضمن المساواة بين المتقدمين للمنافسة متى تماثلت شروطهم^(٢).

وتعتبر المساواة من المبادئ المؤدية لتحقيق الإنصاف لجوانب الحياة المختلفة، واطمئنان الناس، واستقرار المجتمع. وهذا المبدأ من المبادئ التي تنص عليها الدساتير بصفة عامة^(٣). والمساواة هي عدم التمييز بين أفراد المجتمع إذا كانوا يقعون ضمن أفراد فئة واحدة وذوي مراكز قانونية متماثلة، مثل فئة الموردين، فئة المقاولين، فئة المهندسين. ويشكل الإخلال بمبدأ المساواة مخالفة دستورية تستوجب إلغاء القرار المخالف^(٤).

وما يجب مراعاته هنا أن مبدأ المساواة يعتبر من المبادئ الواجب مراعاتها في مختلف إجراءات المناقصة حتى تمام انتهاء العقد.

ومن غير شك فإن تحقيق هذا المبدأ يعد ضماناً نحو حصول الإدارة على أداء أفضل لتنفيذ مشروعاتها ومختلف مشترياتها، حيث إن اطمئنان الموردين والمقاولين إلى عدالة الإجراءات ونزاهتها وسلامة القرارات الصادرة بشأنها، يجعلهم يقدمون على المشاركة في المناقصة والتنافس لتقديم الأسعار التنافسية، التي تكون أخيراً ضماناً لجهة الإدارة أيضاً في الحصول على أقل هذه الأسعار وأفضل الشروط والمواصفات، بما يعود بالنفع والفائدة على الدولة ككل.

وسوف نتناول هذا المبدأ الهام من خلال مطلبين، وفقاً للآتي:

المطلب الأول: المساواة كمبدأ دستوري.

المطلب الثاني: إعمال مبدأ المساواة في المناقصات العامة.

(١) د. سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٢) د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٨٣.

أنظر كذلك: د. عبدالغني بسيوني عبدالله: مرجع سابق، ص ٥٤٣.

(٣) حول مبدأ المساواة بين المتنافسين في الفقه الفرنسي راجع :

GLOZZOT: L'utilites de critère additionnels dans la passation des marches publics par apples D]offers,AJDA,2004,p.1471 ets.

(٤) د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ٧٢.

المطلب الأول

المساواة كمبدأ دستوري

مبدأ المساواة وأهميته:

إن مبدأ المساواة من المبادئ الهامة والراسخة ضمن المواثيق الدولية، وخاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان، حيث تنص المادة (٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨، على أن «لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما بسبب تمييز العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي، سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر».

وإعمال مبدأ المساواة لا يتأتى إلا في مناخ ديمقراطي، ومن خلال حماية تكفل ضمانات فعالة لحقوق الإنسان. حيث يتوجب ألا يقتصر نشاط السلطة على حماية الأفراد وإقرار الأمن وسلامة المعاملات فحسب، بل يتوجب أن يتعدى نشاطها ذلك، ليصل إلى إزالة الفوارق بين طبقة الشعب، وتحريره من العوز والمرض والجهل، ورفع مستواه الاجتماعي والاقتصادي، وتوفير معاملة عادلة للجميع^(١).

والمساواة بين الناس تعتبر من الأصول العامة، ذلك أن الناس جميعاً خُلِقُوا من نفس واحدة، ويشتركون في الصفة الإنسانية عينها، وفي الحصانة والكرامة ذاتها، التي يقرها القرآن الكريم للإنسان في قوله تعالى «يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكرٍ وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا. إن أكرمكم عند الله أتقاكم. إن الله عليم خبير»^(٢). وهذا مما يدل على أن الدين الإسلامي حرص على إعمال مبدأ المساواة بين الناس، لما في هذا المبدأ من تكريم للإنسان وتحريره من العبودية للطواغيت، وترتيب حقه ودوره في المجتمع، وفي الوقت ذاته هو حماية للسلطات الحاكمة ذاتها وصيانة لنظامها، حيث إن التزامها بمبدأ المساواة وحرصها على تطبيقه في الحياة اليومية للشعب يوفر لها ضماناً في مواجهة تملل السلطة التشريعية أو سخط الشعب.

والأنظمة الناجحة في عصرنا الحاضر هي تلك التي تحكم مجتمعاتها بمبادئ المساواة السياسية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية، والحرية الفكرية، والملكية الخاصة، على الرغم من اختلاف طبقات تلك المجتمعات، باعتبار أن الشعب هو العنصر الهام ضمن عناصر الدولة، وهو مصدر السلطات في الأنظمة التي تأخذ بالديمقراطية الحققة^(٣).

(١) د. شحاته أبوزيد شحاته، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، بدون دار نشر، ٢٠٠١، ص ١١.

(٢) سورة الحجرات، الآية (١٣).

(٣) د. صالح ياسر، بعض إشكاليات المجتمع المدني والمجتمع السياسي والديمقراطي، الخميس، ٢٠٠٦/٩/٢١.

<http://www.a.oacadmey.org/wesime-articles/library-29060308-396.html>

التأكيد على مبدأ المساواة في الدساتير:

وإذا ما عرجنا على بعض الدساتير العربية والأجنبية، سوف نجدها تتضمن العديد من الأحكام التي تقرر المساواة في مجالات مختلفة.

فالدستور البحريني المعدل والصادر في ١٤ فبراير ٢٠٠٢، اشتمل على الكثير من مبادئ المساواة وفي عدة مجالات، وخاصة ما ورد في المادة (٤) منه والتي تنص على «العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وتُقى بين المواطنين، والمساواة والأمن والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة»^(١).

ودستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١، اشتمل كذلك على الأحكام التي تقرر مبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص بين المواطنين في أكثر من مادة، وخاصة المادة (٨) التي جرى نصها على أن «تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين»، والمادة (٤٠) التي نصت على أن «المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة»^(٢).

وتنص المادة (٧) من دستور دولة الكويت على أن «العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وتُقى بين المواطنين»، كما تنص المادة (٨) من الدستور ذاته على أن «تصون الدولة دعائم المجتمع وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص»^(٣).

(١) أنظر المواد (٥، ٨، ٩، ١٠، ١٣، ١٥، ١٦، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣، ٢٧) من الدستور ذاته التي تناولت المساواة والعدالة في ميادين الحياة المختلفة، وتحقيق الضمان الاجتماعي للمواطنين عموماً، والرعاية الصحية، وحماية الملكية الخاصة والعدالة الاجتماعية كأساس للاقتصاد الوطني، وحق المواطنين في العمل وتوفير الفرص لهم، وتحقيق العدالة الاجتماعية بينهم، وهم سواء في تولي الوظائف وفقاً للقانون، إضافة لسواسية المواطنين أمام القانون في الحقوق والواجبات، وألا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، وكفالة الحرية الشخصية وحرية الضمير وحرية القيام بشعائر الأديان والمواكب والاجتماعات الدينية، وكفالة حريات الرأي والبحث العلمي، وحرية الصحافة والطباعة والنشر، طبقاً للشروط والأوضاع التي بينها القانون، إضافة إلى حرية تكوين النقابات والجمعيات وفقاً للقانون، وضمان حق التقاضي.

(٢) أنظر المواد (١٣، ١٤، ١٦، ١٧، ١٨، ٢٣) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١، والتي كفلت حق العمل وتولي الوظائف العامة وعدالة التوزيع وكفالة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية.

[www. amanjordan.org/c1egypt.htm](http://www.amanjordan.org/c1egypt.htm).

(٣) دستور دولة الكويت الصادر في ١١ نوفمبر ١٩٦١.

[www. amanjordan.org/c3kuwait.htm](http://www.amanjordan.org/c3kuwait.htm).

كما اشتملت دساتير الدول، سواء العربية منها أو الأجنبية، على مبدأ المساواة بين المواطنين، نظراً لكونه المبدأ الأساسي الواجب مراعاته من قِبَل الأنظمة المختلفة تحقيقاً لأسس الديمقراطية الحديثة^(١).

ومن المسلم به أن المساواة هي أساس للعديد من القيم، حيث إنها أساس القاعدة القانونية وأساس مبدأ الشرعية وأساس العدل، وإذا لم يُحترم مبدأ المساواة تنهوى في المجتمع قيم كثيرة. وأهمية المساواة تكمن في أنها تشيع في نفوس الناس الأمن والاطمئنان وعدم الخوف على حقوقهم ومصالحهم، وهذا بدوره يؤدي إلى تعميق الشعور بالولاء للوطن والذود عنه والحفاظ على كرامته، فضلاً عن أنه إذا أُهْدِر مبدأ المساواة سوف تبرز الفتنة بين أفراد المجتمع وتتحطم آمالهم في الحصول على حقوقهم وحرياتهم داخل المجتمع، مما يُخشى معه أن ينعكس ذلك سلباً على ولائهم تجاه وطنهم.

ولذلك فإن مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق العامة على اختلافها يعد ركيزة أساسية للحقوق والحريات، وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة

(١) دستور دولة قطر الصادر في ٢٠٠٤/٦/٨ - المادة (١٨).

www.mofa.gov.qa/details.cfm?

- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في ١٩٧١/٧/١٨ - المادة (١٤).

www.emasc.com/content.nsp?Contentid

- المملكة العربية السعودية، المادة (٨) من نظام الحكم الصادر في ١٤١٢/٨/٢٧ هـ.

www.intekhabat.org/look/dastour/saudia.doc.

- دستور سلطنة عمان الصادر في ١٩٩٦/١١/٦ - المادة (٩).

<http://ar.wikisource.org/wiki/>

- دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٥٣ - المادة (٦).

www.amannet.net/look/haqi/laws/jordanian.constitution.htm.

- دستور الجمهورية العربية السورية لعام ١٩٧٣ - المادة (٣/٢٥).

www.parliament.gov.sy/ar/law.php.

- دستور الجمهورية اللبنانية الصادر في ١٩٢٦/٥/٢٢

<http://www.amanjordan.org/c2lebanon.htm>.

France: constitution of 23 May1959.Art(13).

<http://www.assemblee-nationale.fr/English/8ab.asp>.

Germany: constitution of 23May1949.Art(3).

<http://www.psr.keele.ac.uk/docs/german.htm>.

Italy: constitution of 22May.Art(3).

http://www.servat.unibe.ch/law/icl/it_oooo_.html.

Japan: constitution of 3Nov.1946.Art(14).

<http://www.solon.org/constitutions/japan/English/english-constitution.html>.

Malaysia: constitution of 27August,1957.Art(8).

<http://en.wikisource.org/wiki/constitution-of-Malaysia>.

صور التمييز التي تتال منها أو تقيد ممارستها، ويعد وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق جميعها، إضافة إلى تحقيق العدل في المجتمع.

وفي مختلف النظم الحديثة لا تُرسى قواعد الديمقراطية إلا بضمان المساواة بين جميع المواطنين، حتى يتسنى لهم التأثير على القرارات ذات الشأن في حياتهم، وحماية حقوق المواطنين وإعمال مبادئ المساواة من خلال النص عليها في الدساتير أو التشريعات الأخرى، إنما يتم من خلال تفعيل تلك النصوص وتطبيقها على أرض الواقع.

والمساواة يجب أن تشمل الحقوق والواجبات أمام القانون، وعدم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو العقيدة أو النوع.

ومبدأ المساواة لا يؤخذ على إطلاقه، إنما يتحقق لكافة الأشخاص الذين يتواجدون في ظروف وأوضاع متماثلة، حيث إنه لا يؤدي لضمان معاملة جميع المواطنين نفس المعاملة، ولكنه يؤدي لمعاملة الأشخاص المتواجدين في الأوضاع والمراكز المتماثلة المعاملة نفسها، وبالتالي فإن المساواة لا تنكر الاختلافات القائمة بين الأفراد في المواهب والقدرات^(١)، حيث إن المساواة تعتبر أمراً نسبياً وليست مطلقة.

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن مقتضى المساواة الطبيعية بين المواطنين كفالة القانون عدم التمييز بين أصحاب المراكز المتماثلة في الحقوق^(٢).

وكمثال على ذلك مساواة الناس أمام المرافق العامة، من حيث الاستفادة من الخدمات التي تقدمها هذه المرافق، حيث قد تشترط بعض هذه المرافق شروطاً محددة يلزم توافرها للمستفيدين من هذه الخدمات، وفي هذه الحالة تقدم الخدمة لمن تنطبق عليه الشروط فقط، وهنا يظل مبدأ المساواة فاعلاً، ولا يمكن القول بعكس ذلك، بشرط أن تقدم الخدمة المطلوبة لجميع من تنطبق عليهم الشروط وليس فقط لفئة محددة منهم.

وكمثال آخر مساواة الموردين والمقاولين من حيث تقديمهم بعطاءاتهم في المناقصات والمشتريات الحكومية، إذا ما توافرت فيهم الشروط المحددة في الإعلان عن المناقصة أو في الدعوة إلى المناقصة، حيث قد تشترط بعض الجهات الإدارية مثلاً في المورد أو المقاول الذي يجوز له التقدم

(١) د. مجدي مدحت النهري: مرجع سابق، ص ١٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٣٩ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، الجزء ٣٥ من عام ١٩٨٥ - ١٩٩٣، إشراف د. نعيم عطية، أ. حسن الفكهاني: الدار العربية للموسوعات، ص ٣٢٨ وما بعدها.
وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ٢٨٤٣ لسنة ٢٩ ق، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها.

للمناقصة خبرة لمدة محددة في العملية موضوع المناقصة، وبالتالي فإن لجهة الإدارة الحق في استبعاد كل من لا تتوفر فيه هذه الخبرة، دون أن يعتبر ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة.

وخلاصة ما تقدم هو حرص المشرع على وضع مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص موضع التنفيذ في كافة مناحي الحياة، وإذا كان ذلك يثير مشكلات عديدة عندما يتعلق الإخلال بهذا المبدأ بحقوق شخصية للأفراد، فالسؤال الذي يطرح نفسه: ما وضع ذلك المبدأ بالنسبة للعقود الإدارية والتي تتعلق بالأموال العامة، والتي تستهدف تحقيق المصلحة العامة؟ ذلك ما سوف نجيب عليه من خلال مطلب التالي.

المطلب الثاني

إعمال مبدأ المساواة في المناقصات العامة

من المتعارف عليه في مجال الاقتصاد أن ضمان المساواة عند تنافس المنتجين يساعد على تقديم الأسعار التنافسية، وذلك من خلال الحرص على تقليل تكاليف الإنتاج قدر الإمكان. وفي ظل المساواة يتنافس المنتجون أيضاً نحو البقاء والاستمرار في مجال سوق الإنتاج، من خلال مواكبة الطرق التقنية الحديثة في كافة مراحل عملية الإنتاج. وإضافة إلى كل ذلك فإن الدولة ومن خلال إعمالها لمبدأ المساواة في مشترياتها المختلفة تستطيع الحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات لتسيير مرافقها المختلفة بأقل الأسعار.

وعلى هذا الأساس لايجوز للإدارة أن تقبل أي عطاء لا تتوفر فيه الشروط والمواصفات المطلوبة، أو إذا تم تقديمه بعد الميعاد، أو لم يستوفِ المستندات الجوهرية المطلوبة، أو إذا لم يُرفَقَ به الضمان الابتدائي كاملاً، إضافة إلى عدم جواز دخول الإدارة في مفاوضات مباشرة مع أحد المتقدمين بعطاءاتهم دون الآخرين، ما لم يكن عطاؤه هو العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً، وفي الحدود والضوابط التي ينص عليها القانون^(١).

وفي الوقت ذاته لا يحق للإدارة أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين، بحيث تمنعهم أو تحد من مشاركتهم في المناقصة، ذلك أن فلسفة المناقصة تكمن في فكرة المساواة بين المتنافسين على أساس مبدأ حرية المنافسة^(٢).

ويرى جانب من الفقه بأن ((المساواة بين المتنافسين إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم إلى المناقصة أو المزايدة دون تمييز بين واحد وآخر، وذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر))^(٣).

(١) المادة (١٦) من قانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ (الملغى) كانت تنص على أنه ((لايجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطائه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان، كما يجوز للجهة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات النزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق ...)).

إلا أن القانون الجديد رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ قد خلا من النص المشار إليه آنفاً.

كما أن القانون البحريني في المادة (٣٣) منه قد حظر مفاوضة صاحب العطاء.

(٢) د. سعاد الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٣) د. محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون سنة نشر، ص ٥٢.

ويرى جانب آخر من الفقه^(١) بأن مفاد المساواة هو ((أن تُساوي الإدارة بين المتقدمين للتعاقّد، ومن ثم لايجوز لها أن تخلق نوعاً من التمييز بين المتقدمين، أو أن تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة دون البعض الآخر، أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين)). وعلى الرغم من ذلك فإن هناك بعض أنواع من المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدد من المقاولين أو الموردين مثل المناقصات المحدودة، أو المناقصات المحلية التي يقتصر الاشتراك فيها على مقاولي أو موردي المحافظة أو المدينة.

موقف التشريعات من إعمال مبدأ المساواة في مجال المشتريات الحكومية:

جرم المشرع الفرنسي في المادة (٤٣٢) من قانون العقوبات رقم ٩٥/١٢٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ أي أسلوب من جانب رجل الإدارة، من شأنه منح أفضلية غير مبررة شرعاً لأحد المتنافسين دون غيره في معرض إبرام عقد توريد، وذلك بشكل مخالف للقوانين واللوائح المنظمة لمبدأ المساواة^(٢).

كما أن المشرع المصري حرص على تضمين قانون المناقصات والمزايدات الحالي مبدأ المساواة وذلك وفق نص المادة (٢) الذي جرى على أنه ((تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة.....)).

والمشرع البحريني قرر مبدأ المساواة بين المقاولين والموردين في أكثر من موقع ضمن أحكام قانون المناقصات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، فقد جاء في الفقرة (د) من المادة الثانية ضمن أهداف القانون ((تعزيز النزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة لجميع الموردين والمقاولين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص)).

وحرصاً من المشرع على تقرير مبدأ المساواة بين الموردين والمقاولين، جاءت الفقرة الأخيرة من المادة (٣٤) من القانون ذاته لتقرر عدم جواز دخول الجهة المشتريّة في مفاوضات مع أي مورد أو مقاول بشأن عطائه، وذلك نظراً لما يشكله التفاوض مع المورد أو المقاول من إخلال بمبدأ المساواة بين الموردين والمقاولين.

وهذا الحكم منصوص عليه أيضاً في قانون (اليونسترال) النموذجي^(٣).

(١) د. عبدالله حنفي: مرجع سابق، ص ٢٠١.

(2) Dominique legouge: la Meilleure offre dans les marches publics. Les editions d'organisation, 1997, p.143.

(أشار إليه د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٠١).

(٣) تنص المادة (٣٥) من قانون (اليونسترال) النموذجي على أنه ((لايجوز أن تجرى أية مفاوضات بين الجهة المشتريّة وأي مورد أو مقاول بشأن عطاء قدمه المورد أو المقاول)).

ونصت الفقرة الثالثة من المادة (٣٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني على أنه «يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، بعد توحيد أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات ...».

كما نصت المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية للقانون ذاته الصادرة بالمرسوم رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ على أنه «يلتزم المجلس بإبلاغ كل من يشارك من الموردين أو المقاولين في إجراءات التأهيل أو إعادة التأهيل المسبق بما يتخذه من قرارات بشأن قبول أو رفض طلباتهم».

أما المادة (٣٨) من اللائحة ذاتها فقد أناطت بالجهة المشتريّة تبليغ جميع الموردين أو المقاولين المشاركين في المناقصة بشأن الإيضاحات التي تقدمها لمورد أو مقاول نتيجة تساؤلاته حول ما ورد في شروط أو وثائق المناقصة الأخرى.

وألزم المشرع الجهة المشتريّة في المادتين (٣٩) و(٤٠) من اللائحة التنفيذية بضرورة إرسال أية تعديلات على وثائق المناقصة إلى كافة الموردين أو المقاولين الذين اشتركوا وثائق المناقصة، إضافة إلى حقهم في الحصول على نسخة من محضر أي اجتماع تعقده الجهة المشتريّة مع أي عدد من الموردين أو المقاولين بشأن أية استيضاحات عن المناقصة.

وفي المادة (٥٢) من اللائحة أيضاً أجاز المشرع للجهة التي تتولى تقييم العطاءات الطلب من الموردين أو المقاولين بيانات عن عطاءاتهم، وتستوضح ما خفي من أمور فنية، لكن دون إخلال بتكافؤ الفرص والمساواة بين أصحاب العطاءات، ودون تغيير في أية مسألة جوهرية في العطاء - بما في ذلك السعر - قد تؤدي إلى تحويل العطاء غير المقبول إلى عطاء مقبول.

ونرى أيضاً بأن المساواة قد تتحقق من خلال ما قرره المشرع البحريني في المادة (٥٦) من القانون المشار إليه، من حق أي مورد أو مقاول في التقدم بطلب إعادة النظر في أي إجراء من إجراءات المناقصة أو قرار يتعلق بها قبل نفاذ العقد، خلال عشرة أيام من تاريخ العلم بالإجراء أو القرار، بالنسبة للمناقصات المحلية، وعشرين يوماً بالنسبة للمناقصات الدولية، على أن يتم إصدار القرار من قبل الجهة التي يقدم إليها الطلب خلال ثلاثين يوماً، وعلى أن يكون القرار الصادر بالرفض مسبباً.

هذا إضافة إلى ما قرره المشرع في المادة (٥٧) من القانون ذاته من حق المورد أو المقاول في التظلم إلى مجلس المناقصات، إذا استحال تقديم طلب إعادة النظر أو قبوله بسبب نفاذ العقد، أو إذا صدر قرار برفض طلب إعادة النظر صراحة أو ضمناً، أو إذا صدر أي قرار أو إجراء بشأن المناقصة، ولم يعلم به المورد أو المقاول إلا بعد نفاذ العقد، على أن يقدم التظلم خلال عشرة أيام من تاريخ العلم بالقرار بالنسبة للمناقصات المحلية وعشرين يوماً بالنسبة للمناقصات الدولية. والأحكام التي تضمنتها المادتان (٥٦) و(٥٧) منصوص عليها ضمن أحكام المواد من (٥٢) حتى (٥٧) من قانون (اليونسترال) النموذجي.

وما يؤخذ على المشرع البحريني هنا أنه ربط سريان الفترة التي يجوز خلالها التقدم بطلب إعادة النظر أو التظلم، بعلم المقاول أو المورد بالإجراء أو القرار، ذلك أن عبارة (من تاريخ العلم بالإجراء أو القرار) عبارة فضفاضة وتتسع كثيراً لتمتد إلى شهور، وهذا بلاشك يؤثر على حسن سير إجراءات المناقصات واستقرار المعاملات والأوضاع. ولو أن المشرع البحريني أضاف لهذه العبارة قيداً محدداً على النحو الذي ورد بالمادة (٥٤) من قانون (اليونسترال) النموذجي، كأن يورد عبارة (أو من الوقت الذي كان ينبغي عليه أن يكون فيه على علم بذلك الإجراء أو القرار أيهما أسبق)، أو أن يتم ربط العلم بالإجراء أو بالقرار اعتباراً من تاريخ نشر الإجراء أو القرار في اللوحة المخصصة للنشر في مجلس المناقصات، لكان ذلك أفضل من الناحية العملية، حفاظاً على استقرار الأوضاع والمعاملات، عبر تحديد الفترة التي يتم خلالها التقدم بطلب إعادة النظر أو التظلم بصورة أدق.

وأخيراً فإن المشرع البحريني قرر صراحة في نص المادة (٦٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات جواز تقديم الطعن أمام المحكمة المختصة في أي إجراء أو قرار نهائي يصدر في حق من له مصلحة في المناقصة، عملاً بأحكام القانون أو لائحته التنفيذية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم به. وهنا أيضاً تثور ذات الملاحظة التي سقناها آنفاً بشأن تاريخ تحديد العلم بالقرار.

الاستثناءات التي ترد على مبدأ المساواة:

على الرغم من أهمية مبدأ المساواة في المناقصات العامة وحرص المشرعين على تضمينه القوانين والقرارات واللوائح، إلا أن هناك بعض الاستثناءات التي قد ترد عليه نتيجة عدة اعتبارات. ومن هذه الاستثناءات^(١):

- ١ - منح الأفضلية للمنتجات الوطنية.
- ٢ - قصر المناقصة على موردين أو مقاولين محليين أو محددين بالنسبة للمناقصة المحلية أو المحدودة.
- ٣ - التأهيل (أي وجوب توافر كافة شروط التأهيل للقيام بالأعمال خاصة سبق القيام بأعمال مشابهة، أو المقدرة المالية والفنية).
- ٤ - منع بعض الموردين أو المقاولين من الاشتراك في المناقصة كعقوبة.
- ٥ - منع الموظفين العموميين من الاشتراك في المناقصة.
- ٦ - تطلب بعض التشريعات الإقامة في البلد أو وجود وكيل محلي.

ومن خلال ما تقدم يتضح أنه، وإن كان مبدأ المساواة في المناقصات العامة يعتبر من المبادئ العامة التي تعكس مدى شفافية ونزاهة عملية الشراء الحكومي في مختلف الدول، إلا أن هذا المبدأ ليس

(١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥٠ وما بعدها.

مطلقاً، بل قد يتم تقييده ببعض الاستثناءات، كالتى تم الإشارة إليها آنفاً، نظراً لما تشكله تلك القيود من ضمانات لجهة الإدارة، تعينها على التعاقد مع المورد أو المقاول الأصلح والأفضل، الذي لا يتوقف عن إنجاز الأعمال المناطة به في منتصف الطريق، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن بعض الاستثناءات تفرضها الاتجاهات والتطورات الحديثة والتشريعات المتقدمة في الدول الديمقراطية، حتى تبعد الشكوك عن جهة الإدارة عندما يتم التعاقد مثلاً مع الموظف الحكومي، أو من له عضوية بمجلس إدارة الشركة المتقدمة للمناقصة من موظفي الحكومة.

بل إن المشرع البحريني إضافة إلى حظره على موظفي الحكومة والمسؤولين وغيرهم من العاملين بالجهات الخاضعة للقانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض إلى الحكومة، وذلك في المادة (٧) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، فقد عاد وحظر في المادة (١٦) من القانون ذاته مشاركة عضو مجلس المناقصات أو أي شخص في جميع إجراءات المناقصة، إذا كانت له مصلحة مباشرة في العملية المطروحة. وعُرفت المصلحة المباشرة في المادة ذاتها بأن يكون العضو أو الشخص أو زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثالثة هو صاحب العطاء المطروح، أو يملك حصة فيه، أو يكون عضو مجلس إدارة الجهة مقدمة العطاء، أو موظفاً فيها أو وكيلاً عنها أو كفيلاً لها.

وأخيراً فإن البعض الآخر من القيود يفرض دعماً للمورد أو المقاول الوطني أو دعماً للمنتجات الوطنية^(١)، وفي هذه الحالة الأخيرة وعلى الرغم تسليمنا بهذا التوجه، إلا أننا نرى بأن هذا القيد قد بدأ في الزوال نتيجة إقرار اتفاقية (الجات) الدولية الخاصة بالشراء الحكومي، إضافة إلى عقد الاتفاقيات الدولية الثنائية بشأن التجارة الحرة، والتي لا تخلو من النص على معاملة موردي ومقاولي الدولة المتعاقدة نفس معاملة الموردين والمقاولين المحليين، وكذلك الحال بالنسبة للمنتجات الوطنية، على غرار ما ورد في البند (٩ - ٢) من اتفاقية التجارة الحرة بين مملكة البحرين والولايات المتحدة الأمريكية والتي تمت المصادقة عليها بموجب القانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٦^(٢).

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٣) من قانون المناقصات العامة الكويتي الصادر بالقانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ على أنه «كما يجوز للجنة في مناقصات التوريد إعطاء الأولوية في الإرساء لأرخص عطاء مقدم من منتجات محلية، إذا كان متمشياً مع متطلبات وثائق المناقصة ولم يزد في سعره على أقل العطاءات من منتجات مماثلة مستوردة من الخارج بنسبة ١٠% من سعر هذا العطاء».

(2) Article 9.2 general principles national treatment and non-Discrimination " I. with respect to any measure covered by this chapter, each party, including its procuring entities, shall accord unconditionally to the goods and services of the other party and to the suppliers of the other party offering the goods or services of a party, treatment no less favorable than = the most favorable treatment the party or the procuring entity accords to its own goods, services, and suppliers"

هذا وإن قانون المناقصات والمشتريات البحريني قد خلا من النص على منح الأفضلية للمقاول أو المورد البحريني أو للمنتج الوطني^(١)، بينما هناك بعض الدول التي تُضمن ذلك الحكم في قوانين المناقصات. أما بشأن استبعاد الإدارة بعضاً من الموردين أو المقاولين غير الصالحين أو المرغوب فيهم، فإنه عادة ما تتضمن قوانين المناقصات والمزايدات ولوائحها التنفيذية نصوصاً للاشتراطات الواجب توافرها فيمن يتعاقد مع الإدارة^(٢)، ولكن حتى ولو لم يُنص على ذلك فإن لجهة الإدارة سلطة

(١) إنما طبقاً للمرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٨٥ المعدل بالمرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٧، أصدر رئيس مجلس الوزراء القرار رقم (٢١) لسنة ١٩٨٧ بشأن القواعد الموحدة لإعطاء الأولوية في المشتريات الحكومية للمنتجات الوطنية والمنتجات ذات المنشأ الوطني بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث نصت المادة (٢) من القرار على أنه «تُعطي المنتجات الوطنية أفضلية في الأسعار على مثيلاتها من المنتجات الأجنبية بنسبة لا تقل على ٥%، وفي حالة عدم توفر المنتج الوطني تعطى المنتجات ذات المنشأ الوطني أفضلية ١٠% على مثيلاتها من المنتجات الأجنبية». ويقصد بالمنتج الوطني كل المنتجات التي لا تقل نسبة القيمة المضافة الناشئة عن إنتاجها في إحدى الدول الأعضاء في مجلس التعاون لدول الخليج العربية عن ٤٠% من قيمتها النهائية عند إتمام الإنتاج، ولا تقل نسبة المنشأة المنتجة لها عن ٥١% وفق شهادة المنشأة».

(٢) تنص المادة (٦) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني على أنه «(يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات أو الخدمات من موردين أو مقاولين تتوافر في شأنهم المقدرة المالية وشروط التأهيل والتصنيف على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية)».

أما المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات فتتص على أنه «يلتزم الموردون والمقاولون الراغبون في الاشتراك في المناقصة العامة بإثبات ما يؤهلهم لذلك عن طريق استيفاء المعايير التالية: أ) أن يتوافر لديهم ما يلزم من المؤهلات والكفاءة المهنية والتقنية والموارد المالية والمعدات وغيرها من المقدرة الإدارية والخبرة وحسن السمعة وتوفر الكوادر الفنية والإدارية اللازمة لإنجاز عقد الشراء.

ب) أن تتوافر لديهم الأهلية القانونية لإبرام عقد الشراء.

ج) عدم إعسارهم أو إفلاسهم أو وضعهم قيد التصفية، وعدم توقف أنشطتهم التجارية.

د) ألا تكون قد صدرت ضدهم أو ضد مديريهم أو موظفيهم أحكام بالإدانة في جرائم مالية أو مهنية باسم ولحساب الشركة، أو بسبب تقديم بيانات غير حقيقية بشأن أهليتهم للدخول أطرافاً في عقد الشراء، ما لم يكن قد رُد إليهم اعتبارهم.

هـ) التقيد بالقوانين والأنظمة المعمول بها في المملكة، بما فيها الأنظمة المتعلقة بالسجل التجاري. وعلى الموردين أو المقاولين غير المسجلين والمشاركين في المناقصة الدولية التسجيل خلال شهر من تاريخ صدور قرار الترسية».

- أما قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فقد نصت المادة الثالثة منه على أنه (يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين =

الاستبعاد طبقاً للاعتبارات التي تراها تخل بالمرفق العام وبالمصلحة العامة عموماً، فإن للإدارة الحرية في ذلك كونها تتغيا المصلحة العامة، وبالتالي فإن قرارها بالاستبعاد هو قرار منفصل عن العقد، يجوز الطعن عليه استقلاً، ومن ثم إلغاؤه عن طريق دعوى الإلغاء، وسلطة الإدارة التقديرية في إصدار ذلك القرار خاضعة لمحكمة القضاء الإداري^(١).

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه «..... ومن حيث إن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري، ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة، إذا كان القرار قد صدر متكباً الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به، كالأسباب السياسية مثلاً، كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان لعدم صحة هذه الأسباب، على أنه يجب أن يستند الطعن إلى أدلة مستمدة من أوراق الدعوى»^(٢).

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن «المشرع اشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقّد مع إحدى الجهات الخاضعة لأحكام القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ المشار إليه، أن يكون متمتعاً بحسن السمعة. وهذا القيد المقرر لمصلحة المرفق أكدته النصوص سالفه البيان، فلا يكفي في المتعاقّد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية، بل يجب أن يتوفر إلى ذلك حسن السمعة، وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها، ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، وهي سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة. والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى احتمال التعاقد مع صاحب هذا العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه، الأمر الذي لا يتفق مع أحكام القانون على النحو السابق استظهاره ...»^(٣).

وتستشف الإدارة توافر سوء السمعة المهنية بالنسبة للموردين والمقاولين من خلال تعاملاتهم السابقة، سواء مع هذه الإدارة أو مع غيرها من الجهات الحكومية.

= أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في مصر أو في الخارج، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة).

(١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ ق، بجلستها بتاريخ ٢١ أبريل ١٩٥٧. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني، السنة ١١، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ١٦٣ بتاريخ ١٩٨٨/٢/٨ بجلسته (١٩٨٧/١٢/٩) ٤١ و ٩١٢/٢١٩/٤٢ (مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ١٧٢).

وفي هذا السياق فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه «يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق»^(١).

كما قضت ذات المحكمة بأن «من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إدارية كانت أو مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح كغالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام، بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من إبرام العقد»^(٢).

ومما تقدم يتضح مدى حرص التشريعات والقضاء الإداري على توافر الضمانات اللازمة لجهة الإدارة وهي في سبيل التعاقد لتوفير احتياجات مرافقها العامة، حيث إنه وإن كان مبدأ المساواة يقرر إتاحة الفرص المتساوية للمتنافسين، إلا إن الدقة اللازمة في اختيار شخص التعاقد مع الإدارة مطلب هام وضروري، وإن المقدرة المالية والفنية لم تكن أبداً هي المعيار المميز للاختيار، بل يتوجب بالإضافة إلى ذلك أن يتوافر شرط حسن السمعة للشركة أو للمؤسسة أو للشخص الطبيعي المتعاقد مع الإدارة، حتى تطمئن هذه الأخيرة على حسن التنفيذ وقيام التعاقد بالأعمال المناطة به دون مشاكل، إضافة إلى ما يقرره مبدأ المساواة بين المنافسين بصفة عامة من ضمانات لهؤلاء، تتمثل في حق أي منهم في التقدم إلى المناقصات الحكومية، في ظل توفير المعاملة العادلة والتنافس الشريف والفرص المتساوية.

والمبدأ الثالث والأخير من مبادئ العلانية التي تتحقق من خلال المناقصة العامة، هو حرية المنافسة، وهذا ما سوف يتم بحثه في المبحث الثالث.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩٥٩/٥/٩، لسنة ٤ ق، ص ١٢٥٤.

(أشار إليه د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، مرجع سابق، ص ١٦١).

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٥٩/٥/٩.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، نوفمبر ١٩٥٥ - نوفمبر ١٩٦٥،

أحمد سمير أبوشادي: الجزء الثاني، ص ١٣٥٩.

المبحث الثالث

حرية المنافسة

تعتبر المنافسة أحد أهم وسائل التقدم والتطوير للحياة التجارية بشكل خاص، وكافة جوانب الحياة العامة بشكل عام.

والمنافسة القانونية التي تجري على أسس صحيحة وحررة، إنما تعتبر في حد ذاتها مساواة بين المتنافسين، وإن الإخلال بأي شرط من شروط تحقيق المنافسة يعتبر عدم تحقيق للمساواة، وهي ظاهرة إنسانية بدأت منذ ظهور الخليقة^(١).

وفي سبيل توضيح المقصود بحرية المنافسة وحدودها سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وبالتالي :

المطلب الأول: مفهوم حرية المنافسة.

المطلب الثاني: حدود حرية المنافسة.

(١) د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ٦٧.

المطلب الأول

مفهوم حرية المنافسة

في مجال المناقصات والمشتريات الحكومية فإن حرية المنافسة تعني ((حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون. ومبدأ حرية المنافسة بهذا المعنى يعد من الإجراءات الحاكمة لنظام المناقصات العامة))^(١).

والمنافسة الحرة، حسب جانب من الفقه، هي ((فتح باب التراحم الشريف أمام من يود الاشتراك في المناقصة، وهي تعني أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم فقط أو لبعضهم))^(٢).

الأسس التي تقوم عليها فكرة المنافسة الحرة في مجال المناقصات:

ومن خلال استعراض بعض الآراء الفقهية بشأن مفهوم المنافسة الحرة، يتضح بأنها جميعاً تتفق حول الأسس التالية:

- 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 تُعرض المصلحة العامة للخسارة أو الضرر.
- ومبدأ حرية المنافسة يتيح الفرصة - كما تمت الإشارة إليه آنفاً - لكل من تتوافر فيه شروط التقدم للمنافسة، حتى تتسع الفرصة أمام جهة الإدارة لاختيار أفضل المتعاقدين سواء من حيث

(1) Quancard (Miechel): L'adjudication des marchés de travaux et de fournitures : 1945, p.52 ets.

(أشار إليه د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٤).

(٢) د. مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص ٣٦٨.

أنظر في ذات السياق:

د. جابر نصار نصار: المرجع السابق، ص ١٤.

د. عبدالحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٨٧.

- أنظر كذلك د. مازن ليلو راضي: مرجع سابق، ص ٧٣.

الشروط والمواصفات أو من ناحية السعر، ولذلك فإن المناقصة العامة تعتبر هي المجال الحقيقي لتطبيق مبدأ حرية المنافسة^(١).

وإتاحة الفرصة لأكبر عدد من المتنافسين للدخول في المناقصة وحصول جهة الإدارة على عدد كبير من العروض من قبل المؤهلين للدخول، من شأنها أن تؤدي في النهاية إلى نتائج إيجابية لصالح المشروع، ومن ثم الاقتصاد الوطني، وأخيراً للدولة بصفة عامة^(٢)، فهي تنعش الحياة الاقتصادية وتشغل الأيدي العاملة، وتضمن مصالح الدول، وتحفظ المال العام، وتطور قطاع المقاولات والإنشاءات، إضافة إلى المساهمة في تطوير البحث العلمي والدراسات المتعلقة بالمشاريع، وتحقيق العدالة لأصحاب المهن المتماثلة^(٣).

الأساس القانوني لمبدأ حرية المنافسة:

إن مبدأ حرية المنافسة في المناقصات العامة له أساسه القانوني، من حيث إنه يتفق والغرض الذي من أجله تم تشريع وتنظيم المناقصات العامة، إذ إن هذا المبدأ يستند إلى الأمرين التاليين:

١ - ضمان نزاهة إجراءات المناقصة، فجهة الإدارة ليست حرة في تحديد شخص المورد أو المقاول المتعاقد معها.

٢ - توافر عطاءات متعددة، مما يؤدي إلى تحقيق الغرض من المناقصة العامة، وهو أن يتم التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً^(٤).

وعليه فإن سلطة الإدارة في مجال المناقصة العامة سلطة مقيدة دائماً في ذلك، فإذا لم يتقيد المورد أو المقاول بالشروط العامة أو الخاصة للمنافسة، فإن من المتوجب على الإدارة استبعاد عطاءه من المناقصة حتماً، وعلى العكس من ذلك فإذا ما تقيد هذا المورد أو المقاول بالشروط فإنه لايجوز للإدارة رفض عطاءه^(٥).

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

(٢) قرر مجلس المناقصات بجلسته رقم (٦٥) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١٩ وجوب الإعلان في الجرائد اليومية من عملية تأهيل المقاولين الراغبين الدخول في أحد المشاريع الإنشائية بدلاً من توجيه الدعوة لعدد محدد منهم ، ذلك يحقق أهداف المساواة والمنافسة الحرة وتكافؤ الفرص.(غير منشور)

كما قرر بجلسته رقم (٩٢) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٩ وجوب طرح مشروع طباعة ونشر وتوزيع بحث كتب في مناقصة عامة بعد تحديد المواصفات المطلوبة تحقيقاً لمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص.(غير منشور)

(٣) د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ٧٠.

(٤) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٥.

(٥) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ١٨١.

كما يتوجب على الإدارة أن تقف موقفاً حيادياً تجاه المتنافسين، ولذلك فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المقاولين أو الموردين التي تدعوها وتلك التي تستبعدها^(١). وفي هذا الخصوص حبذا لو قام مجلس المناقصات (بالنسبة لمملكة البحرين) بالتنسيق مع الجهات المشتريّة الخاضعة للقانون بوضع نظام محدد لتسجيل الموردين والمقاولين المؤهلين كل حسب تخصصه على أن يتم اعتماد أسماء الشركات والمؤسسات من قبل المجلس وتوزع القوائم على تلك الجهات ويحتفظ المجلس بنسخة منها، حتى يسهل على المجلس والجهات المشتريّة حصر الشركات والمؤسسات العاملة في كل مجال ومن ثم إتاحة الفرص المتساوية لها عند طرح الأعمال المطلوبة في مناقصات سواء كانت عامة أو محددة أو وفق أساليب الشراء الأخرى. ورغم ما تقدم، إلا أن حرية المنافسة لها حدود معينة، تستطيع الإدارة تجاوزها بما لها من سلطة تقديرية، تحقيقاً للمصلحة العامة، وهذا ما سيتم بحثه في المطلب التالي.

(١) د. مازن ليلو راضي: مرجع سابق، ص ٧٣.

المطلب الثاني

حدود حرية المنافسة

مدى إطلاق مبدأ حرية المنافسة:

تطبيق مبدأ حرية المنافسة لا يعني أبداً عدم وجود سلطة تقديرية للإدارة ولو بسيطة، من حيث استبعاد بعض العطاءات حتى لو كانت مطابقة للشروط، ومثال ذلك استبعاد العطاء المقدم بعد الوقت المحدد لتقديم العطاءات، حيث لو قبلت الإدارة هذا العطاء تكون قد أخلت بمبدأ المساواة وبمبدأ المنافسة الحرة ذاته، خاصة وإن هذه تعتبر مخالفة جوهرية.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن «المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم، أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء، سواء أكان عاماً أم خاصاً، إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيودان، هما: أولهما: يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة.

وثانيهما: يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة، من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، مستهدية بذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحون من الأفراد والقادرون منهم، فتوفر بذلك كثيراً من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت»^(١).

وفي الواقع فإنه من المتوجب على الإدارة أن تضع في شروط المناقصة بعضاً من القيود للمشاركة في المناقصات والمشتريات الحكومية، وذلك تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة، حيث إنه وإن كانت الإدارة تتعاقد باسمها، إنما ذلك بصفتها قائمة على المرفق العام، وأي خلل أو عجز يلحق بهذا المرفق نتيجة إخلال أي من الموردين أو المقاولين بما هو منصوص عليه في الشروط والمواصفات، خاصة فيما يتعلق بقدرة المورد أو المقاول وأهليته على القيام بالأعمال موضوع المناقصة، فإن ذلك حتماً سيسبب خسارة فادحة للمرفق ذاته وللمال العام ومصلحة الدولة أخيراً. إضافة إلى مراعاة الإدارة عدم السماح للشركات الاستشارية التي تساهم بطريقة أو بأخرى بوضع المواصفات الفنية أو شروط المناقصة بالتقدم لذات المناقصة سواء بصفة إنفرادية أو عن طريق الشراكة مع شركة أخرى نظراً لما يشكله ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتضارب في المصالح وعدم تكافؤ الفرص..

(١) حكمها في القضية رقم ٢٩٤٦، لسنة ٧ ق، بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢١.

أنظر سابقاً، ص ٨١.

— أنظر كذلك: د. عبدالغني بسيوني عبدالله: مرجع سابق، ص ٥٤٢.

لذلك فإن على الإدارة أن تتأكد من عدم مشاركة موردين أو مقاولين غير مرغوب فيهم، سواء لأسباب تتعلق بالنزاهة والاعتبار أو عدم الأهلية أو سوء السمعة أو تعارض المصالح. ولكن هل استبعاد تلك الفئة من الموردين أو المقاولين يعطي الإدارة الضمان الكافي لأشخاص المتنافسين المشاركين في المناقصة؟

لاشك إن استبعاد تلك الفئة من الموردين أو المقاولين يضمن إلى حد كبير عدم دخول غير المرغوب فيهم في المناقصة، وبالتالي ضمان تنفيذ المشروع أو تقديم الخدمة أو توريد السلعة على الوجه الأكمل، إلا أن هناك بعض الضمانات الأخرى^(١) التي لو تم إعمالها فستكون الإدارة أكثر اطمئناناً لضمان حسن التنفيذ من الموردين أو المقاولين. وتتمثل هذه الضمانات في:

١ - شهادة كفاءة تمنحها الجهة الحكومية للمورد أو المقاول الذي سبق وأن قام بتنفيذ أي عقد من العقود معها، حيث إن مثل هذه الشهادة تعتبر دليلاً على كفاءة وحسن تنفيذ المورد أو المقاول للأعمال السابقة قام بها، وبالتالي من الممكن النص على وجوب تقديمها مع الوثائق المطلوبة للتقدم للمناقصة كضمانة لجهة الإدارة عندما تصدر قرارها بالترسية على أي من الموردين أو المقاولين.

٢ - تقديم بيان بسابقة الأعمال المنجزة مع الحكومة أو مع غيرها، حيث يتم النص في شروط المناقصة على وجوب تقديم هذا البيان ضمن مستندات العطاء، حيث يقوم المورد أو المقاول بنفسه بحصر الأعمال التي قام بها مع الجهات الإدارية المختلفة ومدة إنجازها ومبالغها ونوعها ضمن البيان المشار إليه.

ولكن يثور هنا تساؤل بشأن الموردين والمقاولين الذين يتعاملون مع الحكومة لأول مرة. بالنسبة لهؤلاء نرى بأن يتم إخضاعهم لعمليات تأهيل مسبق، لقياس قدراتهم الفنية والمالية، ومن ثم - في حالة اجتيازهم - يتم إشراكهم في الأعمال ذات الحجم الصغير وتجربتهم وأخيراً الحكم على مدى أهليتهم وقدرتهم على القيام بالأعمال الأخرى من كافة النواحي، وهكذا تدريجياً حتى يتم إشراكهم في المناقصات والمشتريات الكبيرة.

٣ - زيادة نسبة التأمين الابتدائي وذلك لضمان جدية صاحب العطاء في المشاركة في المناقصة، إضافة إلى ضمان ملاءته المالية، حيث إنه وإن كان هذا التأمين الابتدائي عادة ما يفرض تقديمه ضمن العطاء في أغلب التشريعات، إلا مقداره أو نسبته عادة ما تكون ضئيلة إلى حد ما، مما لا يحقق الغرض من وجوده، وبالتالي تزداد نسبة الانسحابات من المناقصات بعد تقديم

(١) أنظر في ذلك د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: مرجع سابق، ص ٢٠٨ وما بعدها.

العطاءات أو حتى بعد إصدار قرارات الإرساء. وسيتم بحث هذا الموضوع بشيء من التفصيل في معرض الحديث عن التأمين الابتدائي في الفصل الرابع من هذا البحث. هذا وأغلب التشريعات المتعلقة بالمناقصات والمشتريات الحكومية تتضمن أحكاماً تتعلق بمبدأ حرية المنافسة والمساواة بين الموردين والمقاولين^(١).

وأخيراً فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه «كمبدأ أصيل يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة العامة، والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا في حالات معينة وفي أضيق الحدود طبقاً للأوضاع والشروط المرسومة قانوناً. والمناقصة العامة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة،

(١) المادة (٢) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني تنص على أنه «يهدف هذا القانون إلى:

د) تعزيز النزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة لجميع الموردين والمقاولين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص».

- وتنص المادة (١٩) من القانون ذاته على أنه «تكون المناقصة العامة محلية أو دولية، وتقتصر المناقصة المحلية على الشركات والمؤسسات المسجلة في مملكة البحرين، أما المناقصة الدولية فتكون المشاركة فيها للشركات والمؤسسات المحلية والعالمية المسجلة وغير المسجلة في مملكة البحرين، على أن تقوم الشركات والمؤسسات العالمية غير المسجلة بالتسجيل حسب الأنظمة المعمول بها في مملكة البحرين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إرساء المناقصة عليها».

- وتنص المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية للقانون على أن «يتم الإعلان عن التأهيل المسبق بوسائل الإعلان المناسبة، بحسب ما يراه المجلس، وبشكل يضمن اطلاع أكبر عدد من المهتمين بالمشاركة في التأهيل المسبق».

- وتنص المادة (٦) من نظام الأشغال الحكومية رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦ في الأردن على أن «مع مراعاة أحكام هذا النظام، تراعى القواعد التالية عند أي عطاء يتعلق بالأشغال أو الخدمات الفنية الحكومية:

ب) تطبيق مبدأ المنافسة وإعطاء فرص متكافئة للجهات القادرة المؤهلة للقيام بتنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات الفنية، كلما كان ذلك ممكناً وبالطريقة التي تراها الجهة المختصة مناسبة، مع مراعاة إعطاء مدة كافية للمقاولين والمستشارين لدراسة وثائق العطاءات وتقديم العروض التي تتناسب وطبيعة الأشغال أو الخدمات الفنية المطلوبة».

- وتنص المادة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على أنه «تخضع كل من المناقصة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة

- وتنص المادة (١) من نظام تأمين مشتريات الحكومة السعودي على أنه «يراعى في تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ ما تحتاجه من مشروعات أعمال القواعد الأساسية التالية:

أ) لجميع الأفراد والمؤسسات الراغبين في التعامل مع الحكومة ممن تتوفر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل فرص متساوية ويعاملون على قدم المساواة .

و) يجب أن يتم الشراء أو تأمين الأعمال بأسعار عادلة لاتزيد عن الأسعار السائدة، وتعتبر المنافسة بين العاملين في هذا المجال وفقاً للأنظمة الوسيلة العملية للوصول إلى ذلك».

ولايتأتى تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة وجعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد أو استثناء ...» (١).

وهذا ما يؤكد رأينا من أن المناقصة العامة وما تحويه من مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة تعد ضمانات من ضمانات العقد الإداري.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤.

(مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٠٩).

- صدر هذا الحكم في ظل قانون المناقصات والمزايدات السابق، أما القانون الحالي رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فقد أضاف (الممارسة العامة إلى المناقصة العامة كأسلوبين أصيلين للتعاقد ...) المادة (١) من القانون.

الفصل الثالث

سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد كضمانة لها

من المعلوم وكما أشرنا في الفصل السابق، أن الأصل في المناقصة العامة هو حرية المنافسة والمساواة بين الموردين والمقاولين إضافة طبعاً إلى العلانية، ولكن مبدأ حرية المنافسة ترد عليه بعض الاستثناءات أو القيود، تعتبر بحد ذاتها ضمانات لجهة الإدارة، وفي جانبه الآخر ضمانات للمشاركين في المناقصة أيضاً. تلك الاستثناءات تتمثل في سلطة الإدارة في استبعاد بعض العطاءات المقدمة في المناقصة نتيجة عدم توافر الشروط الأساسية فيها، وسلطتها كذلك في حرمان بعض الموردين أو المقاولين من المشاركة والدخول في المنافسة، في حالات محددة منصوص عليها قانوناً أو لائحياً أو بموجب السلطة التقديرية لجهة الإدارة، بشرط أن تتغيا المصلحة العامة ولا تتعسف في قراراتها تلك، إضافة إلى سلطتها في عدم إتمام العقد بالرغم من الانتهاء من إجراءات المناقصة وصدور قرار الإرساء على العطاء الفائز. وقد يكون الحرمان بمثابة جزاء توقعه الجهة الإدارية على المورد أو المقاول، أو بمثابة إجراء وقائي لكي تجعل المناقصة العامة وإجراءاتها تمضي في سياق تنافسي مناسب، وفي هذه الحالة تكون هذه الخطوة ضمانة للموردين والمقاولين^(١).

ما الفرق بين الحرمان والاستبعاد؟

الحرمان هو إجراء أو قرار يصدر من جهة الإدارة بمنع مورد أو مقاول ما، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، من التقدم للمشاركة في المناقصات التي تطرحها الإدارة مصدرة القرار، أو المصالح الحكومية الأخرى، سواء لنوع محدد من المشتريات أو لمختلف الأنواع المتخصص فيها ذلك المورد أو المقاول، ولمدة محددة أو غير محددة، مما يترتب عليه في نهاية الأمر عدم قبول العطاء الذي يتقدم به ذلك الشخص حتى ولو كان هذا العطاء هو الأفضل شروطاً والأقل سعراً^(٢).

أما الاستبعاد فهو قرار تصدره جهة الإدارة بشأن العطاء ذاته الذي يقدم في المناقصة ذاتها وليس بشأن صاحبه، وذلك نتيجة مخالفة القوانين واللوائح والشروط العامة أو الخاصة أو المواصفات. وقد يكون هذا القرار تنفيذاً لقرار سابق بحرمان صاحبه من التقدم إلى المناقصات، كما قد يكون قرار الاستبعاد بمثابة إجراء وقائي لضمان تنفيذ العقد تنفيذاً حسناً أو لضمان سلامة المشروع، ولا يمنع هذا

(١) د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٧.

- د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٤٩.

انظر في ذات المعنى :

د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) د. أحمد عثمان عياد: المرجع السابق، ص ١٥١.

الاستبعاد من مشاركة صاحب العطاء المستبعد في مناقصات أخرى^(١)، بينما فضل جانب من الفقه^(٢) استخدام عبارة (الاستبعاد العام) بدلاً من الحرمان، واعتبره إجراءً يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من جميع المناقصات التي تطرحها، وذلك لمدة محدودة أو غير محدودة.

كما فرق جانب آخر من الفقه^(٣) بين الاستبعاد العام والقرار الصادر من لجنة المناقصات بشأن قبول أو رفض عطاء معين، على أساس أن الاستبعاد العام أشمل من حيث منع المستبعد من المشاركة في المناقصات لمدد غير محدودة، بينما القرار الصادر من لجنة المناقصات بشأن رفض العطاء إنما ينشأ بشأن مناقصة معينة بالذات، نتيجة عدم توافر شروط معينة.

وسلطة الإدارة في الاستبعاد العام سلطة تقديرية كاملة، بينما تكون تلك السلطة مقيدة بالنسبة لقرار رفض العطاء، حيث إن الرفض يكون إجبارياً على جهة الإدارة في حالة عدم استيفاء الشروط، بينما تكون ملزمة بقبول العطاء إذا ما كان مطابقاً للشروط^(٤).

وسوف يتعرض الباحث بشئ من التفصيل للحرمان والاستبعاد، من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: الحرمان من المشاركة في المناقصات العامة.

المبحث الثاني: الاستبعاد من المناقصات العامة.

(١) د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٩٧.

أنظر كذلك د. أحمد عثمان عياد: المرجع السابق، ص ١٦١.

د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها.

(2) Quancard.M,op.cit,p97.

أشار إليها د. مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(3) Mignon.M,op.cit,p149.

المرجع السابق، ص ٣٧٩.

(4) Quancard.M,op.cit,p96.

المرجع السابق، ص ٣٧٩.

المبحث الأول

الحرمان من المشاركة في المناقصات العامة

الحرمان نوعان: نوع جزائي، ويعد بمثابة جزاء أو عقوبة توقع على المورد أو المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية أو القانونية في تعاقدات سابقة، ونوع آخر وقائي يتغيا حماية المصلحة العامة، ولايحمل معنى الجزاء أو العقوبة^(١).

وسوف نفصل ذلك في مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: الحرمان الجزائي.

المطلب الثاني: الحرمان الوقائي.

(١) د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٥٢.

أنظر كذلك: د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ١٠٢.

المطلب الأول

الحرمان الجزائي

اتضح من خلال تبيان المقصود بالحرمان أنه إجراء أو قرار تصدره جهة الإدارة، لمنع شخص سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً من التقدم للمشاركة في المناقصات لمدة محددة أو غير محددة، وقد يكون هذا الإجراء كجزاء يوقع على المورد أو المقاول أو كوقاية حماية للمصلحة العامة، ولكن الحرمان الذي يتقرر كجزاء على المورد أو المقاول، قد يكون نتيجة لنصوص قانونية أو لائحة أو نتيجة لإخفاق في تعاقدات سابقة^(١).

١ - الحرمان الجزائي بنص القانون كعقوبة أصلية أو تبعية:

وذلك يتحقق في ظل وجود نصوص قانونية أو لائحة جزائية نتيجة أفعال ارتكبها الشخص المحروم^(٢)، مثل ما لو نصت التشريعات على حرمان الشركات أو المؤسسات الخاصة التي يدان مسؤولوها أو موظفوها بعقوبة جنائية من التقدم إلى المناقصات كعقوبة تبعية، أو كنتيجة لفقد الاعتبار المهني بسبب الحكم بالإفلاس، أو التجريد من الحقوق المدنية^(٣)، أو إذا نصت قوانين المناقصات ذاتها على حرمان أي مورد أو مقاول من المشاركة في المناقصات الحكومية، أو تم شطب اسمه من سجل الجهات المشترية نتيجة ارتكابه لمخالفات منصوص عليها في تلك القوانين.

وقد نصت المادة (٥٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني على أنه ((إذا خالف المورد أو المقاول أي حكم من الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، فإنه يجوز للمجلس أن يوقع عليه أيّاً من الجزاءات التالية:

أ - رَفْضُ العطاء.

ب - الإنذار.

ج - تخفيض الدرجة.

د - الحذف من سجل إجراءات الشراء لمدة معينة أو بصفة دائمة.

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) أورد قانون العقوبات المصري نصاً عاماً في المادة (٢٥) منه قضى بأن ((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)).

(مشار إليه في المرجع السابق، ص ١٩).

أنظر في ذلك د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ١٠٣.

د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١٥٧ وما بعدها.

(٣) د. أحمد عثمان عياد: المرجع السابق، ص ١٥٥.

هـ- إيقاف أو إلغاء عقد الشراء.

وفي جميع الأحوال يخطر المورد أو المقاول بالقرار الصادر ضده، بموجب كتاب مسجل بعلم الوصول على عنوانه المبين بعبائه أو بالعقد بحسب الأحوال).

ونصت الفقرة الثانية من المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات المشار إليه على أنه «ويجوز بموافقة المجلس مد المهلة المحددة لأداء ضمان التنفيذ في الحالتين بما لا يجاوز عشرة أيام، فإذا لم يقم صاحب العطاء الفائز بأداء ضمان التنفيذ في المدة المحددة له، اعتُبر منسحباً من المناقصة ويصدر ضمانه الابتدائي، ويحرم بقرار من المجلس من الاشتراك في المناقصات لمدة لاتقل عن سنة، ويجوز للمجلس في هذه الحالة إعادة طرح المناقصة أو ترسيته على مورد أو مقاول آخر».

ويتضح من نص المادة (٥٥) المشار إليها آنفاً بأن المشرع البحريني أعطى مجلس المناقصات، بصفته المشرف على المناقصات الحكومية وعمليات الشراء التي تقوم بها الجهات الخاضعة لأحكام القانون، إضافة إلى مسؤوليته في تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فيه، السلطة التقديرية في تقرير الجزاء الذي يوقع على المقاول أو المورد المخالف لأي حكم من أحكام القانون، من ضمن الجزاءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها، وذلك طبقاً لحجم المخالفة وخطورتها.

وما يؤخذ هنا على المشرع البحريني أنه خير المجلس بإيقاع جزاء واحد فقط من الجزاءات المشار إليها بما فيها رفض العطاء، الذي يُعتبر من الأمور المسلم بها في حالة المخالفات الجسيمة، فقد كان من الأفضل أن ينص في تلك المادة على أنه يجوز للمجلس أن يوقع على المورد أو المقاول المخالف جزاءً أو أكثر من الجزاءات المذكورة، أو أن ينص على رفض العطاء وإيقاع أي من الجزاءات المشار إليها.

وفي المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية المشار إليها قرر المشرع مصادرة الضمان الابتدائي للمورد أو المقاول المنسحب، بعد صدور قرار الترسية عليه ولم يؤد ضمان التنفيذ خلال المهلة المحددة، إضافة إلى حرمانه من الاشتراك في المناقصات لمدة لاتقل عن سنة، كما نصت المادة (٧٤) من اللائحة ذاتها على حالات مطالبة الجهة المشتريّة بمبلغ الضمان وهي :

١- سحب العطاء أو تعديله بعد المواعيد المحددة لتسليم العطاءات^(١).

٢- التخلف عن توقيع عقد الشراء.

٣- التخلف عن تقديم ضمان التنفيذ.

(١) قرر مجلس المناقصات مصادرة الضمان الابتدائي في أكثر من حالة انسحاب بعد فتح العطاءات ، منها قراراته بالجلسات أرقام ٧٥ و ٨٠ و ٨٤ بتاريخ ٢٨/٧/٢٠٠٤ و ٩/٨/٢٠٠٦ و ٧/٩/٢٠٠٦ على التوالي .(غير منشورة).

ومن ضمن الأعمال المحظورة التي يعاقب عليها بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (٥٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني المشار إليها، ما هو منصوص عليه في المادة (٦٥) من القانون ذاته، وهي:

- أ - التأثير على نتائج المناقصة أو قرار الترسية بهدف إزالة المنافسة، كتقديم الرشاوي والإغراءات لأي موظف في الجهة المشتريّة أو المجلس أو أية جهة حكومية.
- ب - الحصول على معلومات عن المناقصة بطرق غير مشروعة.
- ج - التواطؤ مع المقاولين أو الموردين المشاركين في المناقصة.
- د - القيام بأية ممارسات تؤدي إلى الاحتكار.

وفي هذا الخصوص قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين عدم اعتماد توصية إحدى الوزارات بالإرساء على عطاء إحدى الشركات، بالرغم من أنه كان العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، وذلك عندما تبين للمجلس بأن الشركة المذكورة قامت بتزوير شهادة البحرية (التقيد بنسبة توظيف البحرينيين) الصادرة من وزارة العمل، وبالتالي حرمانها من الفوز في هذه المناقصة، وتوجيه إنذار نهائي لها^(١).

أما المشرع المصري فقد قرر في المادة (٢٤) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي أن يُشطب اسم المتعاقد من سجل الموردين والمقاولين، إذا ثبت أنه يستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على العقد.

ونلاحظ هنا أن المشرع البحريني وسع من دائرة المحظورات التي قد تستوجب الحرمان أو الشطب من سجل الموردين أو المقاولين، كضمانة للجهة الإدارية وللصلحة العامة، بينما لم يعرض المشرع المصري لتقديم الرشاوي كسبب للشطب، في حين إن ذلك كان منصوصاً عليه في قانون المناقصات السابق رقم (٩) لسنة ١٩٨٣^(٢).

كما أن المشرع المصري قد قرر في الفقرة الثالثة من المادة (٢٤) السابق الإشارة إليها جواز إعادة قيد المتعاقد الذي شُطب اسمه إذا انتفى سبب الشطب، بصدور قرار من النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده، أو بحفظها إدارياً، أو بصدور حكم نهائي ببراءته مما نسب إليه.

(١) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٧٧) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٤/٨/١١ (غير منشور).

(٢) كانت المادة (٢٧) من قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ تقضي بفسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي، إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة المتعاقدة، أو إذا ثبت أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو في هاتين الحالتين، يشطب اسم المتعاقد من سجل المتعهدين أو المقاولين، مع جواز إعادة القيد إذا انتفى السبب الذي ترتب عليه الشطب.

ويجوز إعادة قيد المتعاقد في حالة تحقق شرط انتفاء سبب الشطب في غير حالات إعادة القيد الوجوبية المنصوص عليها، والتي يُرجع في تحديد مدى توافرها من عدمه إلى السلطة التقديرية لجهة الإدارة تحت رقابة القضاء^(١).

هذا ولم يحذُ المشرع البحريني حذو المشرع المصري في هذا الشأن الهام، حيث إنه ليس من المتصور هنا أن يظل المكاوّل أو المورد محروماً من المشاركة في المناقصات والمشتريات الحكومية بالرغم من براءته من الجريمة التي أسندت إليه.

أما ما لم يعالجه كل من المشرعين المصري والبحريني، فهو إلى متى يستمر حرمان المورد أو المكاوّل من المشاركة في المناقصة والمشتريات الحكومية عند الإدانة، أو إلى متى يستمر الشطب من السجلات قائماً؟

في الواقع إذا ما تم الحذف من سجل إجراءات الشراء لمدة معينة، حسبما نصت عليه الفقرة (د) من المادة (٥٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني السابق الإشارة إليها، فإنه سوف تتحدد المدة هنا بلاشك.

أما إذا كان الحذف من السجل بصفة دائمة طبقاً لما ورد في عجز الفقرة ذاتها، فإن هذا الحكم فيه شيء من القساوة على المورد أو المكاوّل الذي سيوقع عليه، حيث سيكون محروماً من المشاركة في المناقصات والمشتريات الحكومية إلى الأبد، وهذا فيه كثير من الظلم على المكاوّل أو المورد الذي يتعرض لهذا الجزاء، حيث قد يكون سبب إخلاله نتيجة ظروف ما وليس بقصد تعمد ذلك الإخلال. ونؤيد في هذا الصدد ما ذهب إليه المشرع السوري في هذا الشأن في المادة (٦٦ - الفقرة الأولى) من المرسوم التشريعي رقم ١٩٦٩/٢٢٨ بشأن نظام عقود القطاع الإداري، والتي تنص على أن الحرمان لا يكون إلا مؤقتاً، ولمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات.

كما أن المشرع المصري في المادة (٢٤) من القانون السالف الإشارة إليها يقرر الشطب من السجل دون تحديد مدة محددة للشطب.

ولذلك نفضل بأن تحذف عبارة (أو بصفة دائمة) الواردة في عجز الفقرة (د) من المادة (٥٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، والاكتفاء بالحذف المؤقت حسب تقدير مجلس المناقصات.

وكذلك تعديل نص المادة (٢٤) من قانون المناقصات والمزايدات المصري المشار إليها، ليكون الشطب من القيد لمدة محددة تقدرها جهة الإدارة.

(١) فتوى وزارة الصناعة، ملف رقم ٤٥٤/٧/٤ صادر ٤٧٥ في ١٩٩٩/٧/٤.
(أشار إليها د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٥١٤).

وتحظر المادة (٥٢) من قانون تقنين العقود العامة الفرنسي على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين التقدم إلى المناقصات العامة، ما لم يقدموا الضمانات الكافية التي تتطلبها الجهة الإدارية^(١).

وفي دولة الكويت قرر المشرع جواز شطب اسم المقاول أو المورد المنسحب أو الذي لم يوقع العقد خلال المهلة المحددة أو عدم تقديمه للكفالة النهائية، شطباً دائماً أو لمدة معينة، بينما لم يشر إلى الرشوة أو التأثير على نتائج المناقصة أو التواطؤ كأفعال يعاقب عليها بالشطب أو الحرمان من الدخول في المناقصات الحكومية^(٢).

أما القانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسترال)، فقد قرر حرمان المورد أو المقاول من التأهيل إذا تم تقديم معلومات كاذبة^(٣).

وطبقاً للقرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة، يحرم المتناقص الفائز بالمناقصة إذا تخلف عن توقيع العقود من الاشتراك في

(١) أشار إليه د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: مرجع سابق، ص ٢٠٣ وما بعدها.

وذلك فيما يتعلق بتقديم الإقرارات الضريبية عن السنة السابقة لتاريخ الإعلان عن المناقصة، وكذلك الذين لم يؤدوا اشتراكات التأمين الاجتماعي أو الاشتراكات الأخرى المقررة لبعض الصناديق الأخرى، أو الذين لم يؤدوا الضرائب والرسوم.

كما حظرت المادة (٤٩) من تقنين العقود العامة في فرنسا الاشتراك في المناقصات بالنسبة للفئات التالية:

١ - كل شخص يُحَكَم عليه بعقوبة جنائية في إحدى المخالفات المنصوص عليها بقانون الضريبة العامة، وبالعقوبة تبعية تتمثل في حرمانه من الدخول في العطاءات الحكومية.

٢ - كل شخص معنوي يتصرف باسمه أحد الأشخاص المحظور دخولهم في المناقصات الحكومية المشار إليهم في الفقرة (١).

٣ - المشروع الذي يُحَكَم على مديره بالتهرب الضريبي يُمنع من دخول المناقصات العامة طوال فترة وجود هذا المدير بالمشروع، ويزول هذا الحظر عند خروجه من المشروع.

(٢) تنص المادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة الكويتي على أنه ((إذا تخلف المتناقص الفائز عن التقدم لتوقيع العقد في الميعاد المحدد له، أو عن تقديم الكفالة النهائية، أو انسحب لأي سبب آخر، ولم يقدم عذراً تقبله لجنة المناقصات المركزية، خسر تأمينه الأولي وكان عرضة لأية عقوبة أخرى تفرضها اللجنة، كشطب اسمه من قائمة المقاولين والموردين المعتمدة شطباً دائماً أو لمدة معينة، وللمتناقص الحق في التظلم من القرارات المبينة في الفقرة السابقة إلى مجلس الوزراء.

(٣) تنص المادة (٦-أ) من قانون (اليونسترال) النموذجي على أن تقرر الجهة المشترية حرمان المورد أو المقاول من التأهيل إذا اكتشفت في أي وقت أن المعلومات المقدمة بخصوص مؤهلات المورد أو المقاول كاذبة)).

المناقصات لمدة لا تقل عن سنة بقرار من الوزير المختص^(١).

أما في الصين فإنه يتم حرمان المورد أو المقاول من المشاركة في المناقصات الحكومية، أو الإرساء على عطائه، أو التعاقد من الباطن من قبل مورد أو مقاول آخر مرتبط بعقود مع الحكومة، إذا تم نشر اسمه في الجريدة الرسمية، نتيجة قيامه بمخالفات تتعلق بتنفيذ العقد، أو عدم تقديمه الضمانات اللازمة، أو تأخره في التنفيذ، أو أناط بآخر للقيام بتنفيذ العقد، أو كان مفلساً، وذلك لمدة ثلاث سنوات أو لمدة سنة طبقاً لحجم المخالفة المرتكبة المنصوص عليها في المادة (١٠٣) من القانون^(٢).

تخفيض الدرجة:

هل يمكن اعتبار تخفيض الدرجة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني حرماناً جزائياً للمقاول أو المورد الذي توقع عليه هذه العقوبة؟ ذلك أن هذا المقاول أو المورد مسجل ضمن فئة محددة من المقاولين أو الموردين، طبقاً لكلفة محددة للمشروعات التي يشارك بها، ولتكن على سبيل المثال من مليون دينار حتى مليوني دينار، فإذا ما تم تنزيل درجته إلى درجة أدنى، ولتكن مثلاً خمسمائة ألف دينار حتى مليون دينار، فإن ذلك يعني حرمانه من المشاركة في المناقصات التي تتعدى كلفتها المليون دينار، وهذا يعني حرمانه جزئياً من المشاركة في مشتريات معينة.

في الواقع أنه وإن كان لذلك التخفيض أثر يعتبر بموجبه حرماناً جزائياً، إلا أن كلمة الحرمان شاملة وواسعة تعني عدم إتاحة الفرصة للمقاول أو المورد في المشاركة في المشتريات الحكومية بصفة عامة، أو مشتريات جهة الإدارة مصدرة القرار بشأن جميع مناقصاتها، سواء ذات التكلفة الكبيرة أو القليلة، وبالتالي فلا يمكن أن نعتبر عقوبة تخفيض الدرجة أو تنزيلها حرماناً، فكيف يكون هناك حرمان والمقاول والمورد يشارك في المشتريات ذات الفئة المناسبة لدرجته التي نزل إليها؟ وهكذا فإن أغلب التشريعات عادة ما تتضمن أحكاماً تتعلق بوضع بعض القيود على مشاركة بعض من الموردين والمقاولين في المشتريات الحكومية، وذلك كعقوبة يُنص عليها سواء أكانت أصلية أو تبعية، ضماناً للإدارة للتعاقد مع الموردين والمقاولين الأكفاء ذوي السمعة الحسنة.

(١) تنص المادة (٥٨) من القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه ((إذا تخلف المتناقص الفائز عن الحضور لتوقيع العقد بدون عذر مقبول، خلال عشرة أيام من إخطاره خطياً، يعتبر منسحباً ويصادر تأمينه الابتدائي، ويطبق بشأنه الأحكام الواردة في المادة (٥٣) من هذا النظام، مع حفظ كافة حقوق الدولة، ويحرم من الاشتراك في المناقصات لمدة لا تقل عن سنة بقرار من الوزير المختص).

(٢) المادة (١٠٣) من قانون المشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الرئاسي بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢٧، أنظر سابقاً، ص ٤١.

وبالإضافة إلى الحرمان الجزائي بنص قانوني، هناك نوع آخر من الحرمان الجزائي أيضاً، يتقرر من خلال قرار تتخذه الجهة الإدارية، وهذا ما سوف يتم بحثه بشيء من التفصيل من خلال السطور التالية:

٢ - الحرمان الجزائي بقرار من جهة الإدارة:

إن الحرمان الجزائي الذي توقعه جهة الإدارة هو جزاء يصدر بقرار منها على المتعاقد، وذلك نتيجة إخلاله بالتزامات تعاقدية بينه وبينها في السابق أو نتيجة تطبيق بنود عقد حالي، ولذلك فهو يخضع لأحكام نظرية الجزاءات في العقد الإداري^(١)، وفي الوقت ذاته فهو ضماناً لجهة الإدارة يقيها مغبة التعاقد مع أشخاص لهم سوابق معها أو مع غيرها من الإدارات.

وهذا الحرمان ما هو إلا تطبيق من تطبيقات التنفيذ المباشر التي تمارسها الإدارة طبقاً لسلطتها العامة تجاه الأفراد، وهذا بحد ذاته يعتبر أحد القيود المفروضة على مبدأ المنافسة الحرة في المناقصة العامة السابق الإشارة إليه^(٢)، ونظراً لخطورة منع أي من الموردين أو المقاولين من الاشتراك في المناقصات العامة والمشتريات الحكومية، فإن قرارات الحرمان هذه تخضع لرقابة القضاء^(٣).

ويتم توقيع جزاء الحرمان نتيجة مخالفة شروط المناقصة أو بنود العقد، إذا ما تم تحديد الحالات الموجبة للحرمان، في تلك الشروط أو البنود، ومن ثم قيام المتعاقد مع الإدارة بمخالفة أي منها، ومن ثم فلا يجوز إيقاع جزاء الحرمان إذا لم تتوافر الأسباب الموجبة لذلك^(٤).

إضافة إلى ذلك فإنه يجوز للإدارة أن توقع على المورد أو المقاول جزاء الحرمان إذا أخل بالتزاماته التعاقدية معها، حتى في ظل خلو شروط المناقصة أو بنود العقد من النص على كل ذلك،

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٩.

أنظر كذلك د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥٣.

(3) Quancard.M:op.cit,p.98.

مشار إليه في المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٤) قرر مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار الحرمان الصادر من الإدارة، لأن دفتر الشروط قد نص على جزاء الحرمان في حالة فسخ العقد بسبب التقصير الجسيم في تنفيذ الالتزامات، وقد فسخت الإدارة العقد لسبب غير التقصير الجسيم المشار إليه في دفتر الشروط، وفي الوقت نفسه حرمان المتعاقد، مما جعل القرار غير قائم على الأسباب المشار إليها في دفتر الشروط.

C.E,1-7-1914,Soc,jouffret-Rec.p.941.

أشار إليه د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ١٨٥.

بشرط ثبوت خطأ المتعاقد وتقصيره^(١)، ومن غير شك أن الإدارة تكون هنا أيضاً خاضعة لرقابة القضاء بشأن إثبات الأسباب الموجبة للحرمان^(٢) وحجم المخالفة ووصفها القانوني^(٣).

ولكن ما هو مفهوم الغش أو التلاعب المنصوص عليهما في المادة (٢٤) من قانون المناقصات والمزايدات المصري، وكذلك ما هو مفهوم التأثير على نتائج المناقصة أو قرار الترسية، بهدف إزالة المنافسة المنصوص عليه في المادة (٦٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني؟

الغش الذي يرتب الحرمان وفقاً للقضاء المصري:

أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أنه ((إن مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لايشكل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب المتعهد، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة، بما ينطوي على هذا العلم من الخداع من جانب المدعي بحقيقة الشيء المسلم، من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب، كذلك فإن مجرد مخالفة المواصفات في الكمية القليلة التي قام المدعي بتسليمها إلى العمال في محله، وفي الظروف التي تم فيها هذا التسليم لا يعد تلاعباً، ذلك أن التلاعب الذي يجاوز الإهمال ولا يرقى إلى مرتبة الغش، والذي يتعذر حصر مختلف أساليب وشتى صورته، يفترض إتيان المتعهد أعمالاً تتم عن عدم التزام المتعهد الجادة في تنفيذ التزاماته، ومحاولته إيجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري))^(٤).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/٣/٣٠، المجموعة، السنة ١٠ رقم ٢٨٤ ص ٢٧١، والذي قضى ((إذا ثبت من وقائع الدعوى أن تأخير المقاول كان ناشئاً عن تراخيه وضعف قدراته الفنية، مما اضطر وزارة الأشغال لإصدار قرارها بمنعه من القيام بعمليات المقاولات التي تطرحها، والتي تزيد قيمتها على ثلاثين ألفاً من الجنيهات، فإن هذا القرار المطعون فيه يكون قد صدر من سلطة مختصة وبباعت من المصلحة العامة، وقد استند إلى أصول ثابتة في الأوراق تؤدي إليه، ومن ثم فهو قرار صحيح لا تشوبه شائبة)).

(2) C.E.13-6-1913,surhomme,R.P.673.

وقد قضى فيه مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الحرمان الصادر كجزاء تبعية نظراً لأنه ((لم يثبت أي غش في جانب المتعاقد)).

أشار إليه د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

(3) C.E.28-3-1937,Fribourg,R.P.224 .

مشار إليه في المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (٩٢٩) لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٦٧/٦/١٧، ١٢/١٣٨/١٩٩٢.

أنظر حكمها كذلك في الطعن ٩٥ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٦٦/٥/١٤، ١١/٨١/٦٥١.

(مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٦٤٢، ٦٧٤).

واعتبرت المحكمة ذاتها أن ((عدم وجود مركز خدمة وصيانة للماكينة، والذي ضمنه المتعهد عطاءه يعد مخالفاً للواقع، وتلاعباً منه استهدف الحصول على العقد، وهو ما يعتبر غشاً يسرى في شأنه ما رتبته القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ من جزاءات في هذه الحالة، وهي فسخ العقد وشطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين))^(١).

وقضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن ((تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقود أو عن التزاماته الناشئة عن العقود إلى المحروم من التعامل مع الإدارة، يعد من قبيل الغش والتلاعب من المدعي، مما يفسخ به العقد تلقائياً بغير إنذار، وبما يبزر حرمان المدعي من دخول المناقصات))^(٢).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن ((المدعي الذي تعاقد....، على توريد أصناف غذائية، دأب على توريد هذه الأصناف بأقل من الكميات المطلوبة وغير صالحة للاستهلاك الآدمي، وهو أمر يكشف بما لا يدع مجالاً للشك عن نية مبيتة للتلاعب والغش، بهدف الحصول على الأموال العامة بدون وجه حق....، ومن ثم حق لجهة الإدارة أن توقف التعامل معه، وأن تجنب المصالح الحكومية، أو التورط معه في عقود توريد أخرى تكون مسرحاً لغشه وتلاعبه))^(٣).

كما انتهت إدارة الفتوى لوزارتي النقل والاتصال بمصر إلى أن ((قيام إحدى الشركات بإحداث تغيير في بيانات شهادة تسجيلها في الاتحاد المصري للتشييد والبناء، من شأن ذلك إدخال الغش على الهيئة يستوجب شطبها من سجل المقاولين))^(٤). وانتهت الإدارة ذاتها إلى أن ((التقدم بسابقة أعمال غير صحيحة لعدم صدور شهادة بسابقة الأعمال من الجهة المختصة يعتبر غشاً مبرراً، يوجب شطب الشركة التي تقدمت بهذه الشهادة غير الصحيحة))^(٥).

ومن جانب آخر فقد انتهت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه ((من حيث إن حظر التعامل مع الطاعن استند إلى أنه وردّ جنباً أبيض مغشوشاً للمستشفيات، وهذا السبب غير صحيح

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن ٧٢٩ بجلسة ١١/١١/١٩٩٩ ملف رقم ٨٢٥/١/٢٥.

أشار إليه د. محمد ماهر أبو العنينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٥١٧.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (٥) لسنة ١٤ ق بجلسة ١٩٦٠/٦/٣٠.

أشار إليه مستشار فتحي عطية السيد مصطفى: مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٢٥ ق بجلسة ١٩٨٤/٢/٢٥، القاعدة ١١٥، ص ٧١٧. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني ٢٩، ص ٧٠٩، وسائط مدمجة، مرجع سابق.

(٤) إدارة الفتوى لوزارتي النقل والاتصال، ملف رقم ١٩٩٩/٢/٥/٢٤٠ صادر برقم ٦٠٢ في ٢٠٠٢/٦/٤ مشار فيها إلى إفتاء الجمعية العمومية بجلسة ١٦/١٢/١٩٩٨ ملف ٨٧/١/٥٨.

أشار إليها د. محمد ماهر أبو العنينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٥) ملف رقم ١٩٩٩/٢/٥/٢٤٢ صادر ٦٠٣ في ٢٠٠٢/٦/٤.

مشار إليها في المرجع السابق، ص ٥٢٧.

قانوناً، ذلك أن ما نُسب إليه في الأوراق هو أنه ورّد جنباً غير مطابق للمواصفات ولكنه صالح للأكل حسب التقارير الواردة من هيئة الرقابة الإدارية. ومخالفة المواصفات لاتعتبر غشاً ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة وأتى من الأفعال ما يُخفي هذه المخالفة عن جهة الإدارة أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها^(١).

كما ذهبت إدارة فتوى وزارة التعليم المصرية إلى عدم جواز شطب شركة من سجل الموردين، لتقاعسها عن تنفيذ التزاماتها المفروضة عليها بموجب العقد المبرم بينها وبين جامعة الزقازيق، طبقاً لأحكام القانون رقم ١٩٩٨/٨٩ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، حيث إن توريد سلعة مخالفة للمواصفات مع ذكر ذلك في وثائق العطاء لا يعد غشاً أو تلاعباً^(٢).
بينما ذهبت الإدارة ذاتها إلى أن التلاعب في تاريخ صلاحية المواد بكشط التاريخ الحقيقي يعد غشاً، يوجب شطب اسم الشركة من سجل الموردين^(٣).

التأثير على نتائج المناقصة وفقاً للقانون البحريني:

إن نص المادة (٦٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، سالفة الذكر ذكرت الرشاوى والإغراءات، على سبيل المثال وليس الحصر، كمحظورات ترتب على المورد أو المقاول في حالة القيام بها أيّاً من الجزاءات المنصوص عليها في المادة (٥٥)، بما فيها الحذف من سجل إجراءات الشراء لمدة معينة أو بصفة دائمة، وبالتالي ترك المشرع لمجلس المناقصات حق تقدير الفعل الذي يؤثر على نتائج المناقصة أو قرار الترسية بهدف إزالة المنافسة، وليس بالضرورة أن يتمثل في الرشاوى أو الإغراءات، على اعتبار أن مجلس المناقصات جهة مستقلة بقراراتها تتغيا المصلحة العامة وتحافظ على تطبيق أحكام القانون من قبل الجهات المشتريّة. وهذه الخطوة من المشرع البحريني تعد ضماناً لجهة الإدارة، كونها تقوم على حسن سير وانتظام المرفق العام، فيما لو صادفت أحد الأفعال من الموردين أو المقاولين بما يؤثر على نتائج المناقصة أو قرار الإرساء، بخلاف تقديم الرشاوى أو الإغراءات.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٣٦/لسنة ٢٦ ق. ع بجلسة ١٩٨٥/٤/٩. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني ٣٠ ، ص ٩٢٥ ، وساط مدمجة ، مرجع سابق .

(٢) فتوى إدارة فتوى وزارة التربية ملف رقم ٣٣٦/٤/١ صادر ١٥١ في ٢٠٠٣/١/٥ .
(أشار إليها د. محمد ماهر أبو العنين مرجع سابق، ص ٥٣١) .

(٣) ملف رقم ٣٤٣/٤/١ صادر ٣٨٤ في ٢٠٠٣/٥/٦ . (المرجع السابق ص ٥٣٢).
أنظر كذلك فتاواها رقم ٧١٢ بجلسة ١٩٩٨/١١/٧ ، ملف رقم ٢٢١/٤/١ ، ورقم ٦٥٩ بجلسة ١٩٩٩/١٠/٢٥ ملف ١٩٣/٦/١٨ .

(أشار إليهما المستشار فتحي عطية الله السيد مصطفى: مرجع سابق، ص ٢٠٤).

كما أن المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية للقانون قررت حرمان المورد أو المقاول من الاشتراك في المناقصات لمدة لا تقل عن سنة في حالة عدم قيامه بأداء ضمان التنفيذ في المدة المحددة. بينما المشرع المصري في المادة (٢٤) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي، حدد شطب اسم المتعاقد من سجل قيد الموردين أو المقاولين، إذا ثبت استعماله بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب، وبالتالي فكل ما يخرج عن نطاق مفهوم الغش أو التلاعب لا يمكن أن يقع تحت جزاء الشطب.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه بإمكان جهة الإدارة اتخاذ قرار الشطب من السجل كجزء عن أي خطأ تعاقدي جسيم، إذا ثبت هذا الخطأ في حق المتعاقد معها، وأن حالتي الغش والتلاعب، والرشوة الواردة في نص المادة (٨٥) من اللائحة الملغاة وردت على سبيل المثال وليس الحصر^(١). بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن الإدارة لا تستطيع إيقاع عقوبة الحرمان نتيجة إخلال المتعاقد معها إلا في الحالات التي حددتها المادة (٢٤) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المشار إليه، وفي الوقت ذاته تستطيع الإدارة حرمان المورد أو المقاول من المشاركة في المناقصات بسبب سوء السمعة^(٢).

(١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

وذلك استناداً إلى حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٧ فبراير ١٩٦٢ والذي يقضي بأنه ((لإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق، لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة)). وأعادت تأييد هذا المبدأ في حكمها الصادر في ١٧ يونيو ١٩٦٧ حيث توضح أن حق الاستبعاد لسوء السمعة حق أصيل ((لم يخل به نص المادة (٨٥) باعتبار أن استعمال الغش أو التلاعب دالٌّ بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة)).

(٢) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٢٢.

وذلك استناداً إلى حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٤٨ لسنة ٤٠ ق بتاريخ ١٩٨٧/٣/٩ (غير منشور) والتي حكمت بأنه (ومن حيث إن المشرع قد حدد في المادة (٢٧) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ ((المقابلة للمادة (٢٤) من القانون الحالي بإصدار قانون المناقصات والمزايدات، وقد نصت على أن يُشطب اسم المتعاقد إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة الإدارية المتعاقدة، أو إذا ثبت أن المتعاقد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون. ومن حيث إن المشرع قد حدد على سبيل الحصر الحاليتين، فإن أي قصور في التنفيذ أو إخلال بالعقد أو عدم التنفيذ وفقاً للمواصفات الفنية، فقد خُول المشرع صلاحيات وإجراءات أخرى يستطيع أن يتخذها حيال المقاول. ومن حيث إن الجهة الإدارية لم تذكر أنه قد قام بالمدعي سبب من الأسباب المبررة لشطب اسمه. ومن حيث إن وقف التعامل مع المدعي هو من قبيل شطب الاسم ويرتب ذات الأثر....، ومن حيث إنه إذا ما ثبت تقصير من المدعي في التنفيذ أو مخالفة المواصفات الفنية تستطيع الجهة الإدارية أن تسلك حياله وتتخذ في =

ونميل إلى الرأي الأول، باعتبار أن المصلحة العامة يجب أن تعلو فوق أي اعتبار. وإذا ما قام المورد أو المقاول بأي خطأ تعاقدى جسيم فلإدارة اتخاذ القرارات اللازمة بشأنه، بما فيها الشطب من السجل. ولا يمكن التسليم مطلقاً بأن ما ورد في نص المادة (٢٤) من القانون المصري في صورة غش أو تلاعب هو فقط الذي يرتب عقوبة الشطب.

أما وفقاً لنص المادة (٦٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، فإن النص يتسع ليشمل جميع الأفعال التي من شأنها التأثير على نتائج المناقصة أو قرار الترسية بهدف إزالة المنافسة، إضافة إلى الحصول على معلومات عن المناقصة بطرق غير مشروعة، والتواطؤ مع المقاولين أو الموردين المشاركين في المناقصة، والقيام بأية ممارسات تؤدي إلى الاحتكار.

وبذلك فإن المشرع البحريني من خلال أحكام المادة (٦٥) المشار إليها، يكون قد غطى جميع الأفعال المخالفة للقانون، المحتمل أن يقوم بها المورد أو المقاول في سبيل اشتراكه أو فوزه بالمناقصة. وبالتالي تعد الضمانة التي قررها لجهة الإدارة أكبر بكثير من تلك التي قررها المشرع المصري بشأن الموضوع ذاته.

وبالإضافة إلى الحرمان الجزائي هناك الحرمان الوقائي الذي يعد أيضاً ضماناً لجهة الإدارة يساعدها على التعاقد مع الموردين والمقاولين الأكفاء بعيداً عن الشبهات التي قد تحوم حولهم نتيجة مناصبتهم أو وظائفهم المختلفة ، أو نتيجة لتعاملات سابقة سيئة مع موردين أو مقاولين محددين وهذا ما سوف نفضله من خلال المطلب التالي.

= مواجهته الإجراءات المقررة في هذا الشأن. أما وقف التعامل معه والذي يُعتبر بمثابة شطب اسمه فهو رهين فقط بتوافر حالة من الحالتين، على غير سند صحيح من القانون خليفاً بالإلغاء).

المطلب الثاني

الحرمان الوقائي

دور الإدارة في الحرمان الوقائي:

في حالات الحرمان الوقائي تصدر الإدارة قرارها بحرمان المورد أو المقاول من المشاركة في المناقصات والمشتريات الحكومية، لا بسبب جزاء موقع عليه، وإنما نتيجة تقديرها بأنه غير جدير بالمشاركة، نظراً لتحريها عن إمكانياته وقدراته التي قد يتسبب نقصها أو تدهورها في عجزه عن تنفيذ العقد، وبالتالي تعطيل المرفق العام نتيجة ضعف مقدرته المالية أو الفنية، إضافة إلى عدم سبق التعامل له مع الجهات الإدارية^(١).

وهنا تتجلى السلطة الحقيقية للإدارة في حرمان الموردين والمقاولين من التقدم للمناقصات والمشتريات الحكومية، بشرط أن تتغيا الإدارة المصلحة العامة وأن لا تتعسف في ذلك الإجراء.

ويلاحظ أن هذا الحرمان الوقائي يختلف عن الحرمان الجزائي السابق الإشارة إليه، في أن هذا الأخير يتقرر بنص قانوني كعقوبة أصلية أو تبعية، نتيجة اقتراف المورد أو المقاول جريمة أو مخالفة يعاقب عليها القانون، أو بقرار إداري نتيجة إخلال من قبل المورد أو المقاول بتنفيذ التزامات سابقة، فيما الحرمان الوقائي يكون نتيجة ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في منع أي من الموردين أو المقاولين من الاشتراك في المناقصة، لأسباب تقدر الإدارة أنها تتعلق بالمصلحة العامة، كما قد يتقرر بنص قانوني أيضاً نتيجة لعدم تضارب المصالح.

والأساس القانوني لحق الإدارة في الحرمان في مثل هذه الحالة، هو فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها قبل الأفراد، والتي تعتبر أحد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية^(٢) وبالتالي أحد ضمانات هذه العقود.

فالحرمان الوقائي يتقرر إذاً بموجب نص قانوني، كما قد يتقرر طبقاً للسلطة التقديرية لجهة الإدارة. وفيما يلي توضيح عنصري هذا الحرمان.

(١) د. جابر جاد نصار مرجع سابق، ص ٢٧ وما بعدها.

أنظر كذلك د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ١٠٥.

د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ١٩١ وما بعدها.

د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١٥٤ وما بعدها.

(2) Jeze, op.cit, p.150.

A.de laubadere, op.cit, p.278.

(أشار إليه د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٥٧ وما بعدها).

أ - الحرمان الوقائي بنص قانوني:

يكون الحرمان الوقائي نتيجة نص قانوني عندما يقرر المشرع ذلك صراحة، سواء في الدستور أو القانون، وذلك إذا ما قدر أن هناك بعض الأشخاص بصفاتهم يتحتم منعهم من الدخول في المناقصات والمزايدات الحكومية، مراعاة لاعتبارات المصلحة العامة^(١). ودرءاً لأية شبهة مجاملة من الجهة الإدارية لمن يتقدم لها بعبء من هؤلاء المحرومين. ومن أمثلة ذلك: حرمان أعضاء مجلس الشعب والشورى والوزراء وأعضاء المجالس البلدية والموظفين العموميين.

ففي فرنسا يجرم قانون العقوبات في المادة (٤٧٢-١٤) منه الجمع بين صفة العامل الإداري والمتعاقد. كما أن قانون الطيران يقضي ببطلان التعاقد الذي يبرمه أحد المجالس المحلية، إذا كان أحد أعضائه معنياً بالعقد أو له مصلحة فيه. وكذلك القانون الانتخابي الفرنسي ينص على أن صفة تداول المرافق التابعة للمحافظات أو للأقاليم تتعارض مع صفة المرشح لعضوية المجلس العام، أو المجلس الإقليمي، وذلك طبقاً للمادتين (L 207) و (L 343). إضافة إلى الحظر المفروض على الموظفين العموميين في القيام بأعمال مأجورة من موازنات الجماعات العامة أو المشاريع الوطنية^(٢).

وفي مصر تحظر المادة (٩٥) من الدستور الصادر عام ١٩٧١ على عضو مجلس الشعب أثناء عضويته أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة، أو يبرم معها عقداً بوصفه ملتزماً أو مقولاً. كما تحظر المادة (٣٩) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام القانون التقدم، بالذات أو بالواسطة، بعبءات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال، ما عدا ما يتعلق بشراء الكتب من تأليفهم، أو تكليفهم بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها، أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم، إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية.

كما حظرت المادة (٩٢) من القرار بقانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٩ بشأن الإدارة المحلية، التعاقد بالذات أو بالواسطة بين الوحدة المحلية وأي عضو في مجلسها الشعبي، لكنها استثنت من ذلك حالة الضرورة، وحالة وجود مصلحة محققة للوحدة المحلية، بشرط موافقة أغلبية أعضاء المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص.

وكذلك حظرت الفقرة (١٤) من المادة (٧٧) من قانون العاملين بالدولة الصادر بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨، الجمع بين الصفة الوظيفية وصفة المتعاقد مع الإدارة.

وفي مملكة البحرين حظرت الفقرة (ب) من المادة (٤٨) من الدستور، على الوزير أثناء توليه الوزارة مزاوله مهنة حرة أو عمل صناعي أو تجاري أو مالي، أو مساهمته في التزامات تعقدها

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) أشار إليه د. مهند مختار، مرجع سابق، ص ٤١٣ وما بعدها.

الحكومة أو المؤسسات العامة، ولا يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة، ولو بطريق المزداد العلني، أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو يقايضها عليه.

كما حظرت المادة (٩٨) من الدستور ذاته على عضو مجلس الشورى أو مجلس النواب أثناء مدة عضويته أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة، إلا في الأحوال التي يبينها القانون، كما لا يجوز له أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة أو يؤجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو يقايضها، ما لم يكن ذلك بطريق المزايدة أو المناقصة العلنيتين، أو بتطبيق نظام الاستملاك للمصلحة العامة.

وبالنسبة لموظفي الحكومة فإن الحكم ذاته الموجود في نص المادة (٣٩) من قانون المناقصات والمزايدات المصري المشار إليه آنفاً، موجود في المادة (٧) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني، بشأن حظر تقديم موظفي الحكومة والمسؤولين فيها وغيرهم من العاملين بالجهات الخاضعة للقانون عطاءات أو عروض للحكومة.

وقد ذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أن للإدارة كامل السلطة التقديرية في تقدير حرمان شخص ما من دخول المناقصة، ولا يجوز للقاضي التعقيب على هذا القرار إلا في حالتين، الأولى: الانحراف بالسلطة، والثانية: انعدام الأسباب^(١)، وبالتالي فإن من حق الوزير أن يصدر قراراً بحرمان المورد أو المقاول من دخول المناقصة التي تطرحها وزارته وفقاً لسلطته التقديرية، طالما لم يقصد توقيع جزاء على المورد أو المقاول المحروم، وإنما قصد اتخاذ إجراء تتطلبه مصلحة المرفق^(٢).

الغاية من حرمان بعض فئات الشعب من المشاركة في المناقصة:

ومن خلال استعراض بعض التشريعات العربية والأجنبية المشار إليها، يبين وبجلاء مدى حرص المشرعين في تلك الدول على تضمين مواد الدستور والقانون أحكاماً تحظر مشاركة بعض فئات الشعب في المناقصات والمزايدات التي تطرحها الجهات الإدارية المختلفة، ضماناً لنزاهة عمليات الشراء، وتفادياً لمبدأ تعارض المصالح.

وشمل الحظر أعضاء مجلسي الشعب والشورى، وذلك نظراً لطبيعة عمل هؤلاء الأعضاء التشريعية، حيث يجب عليهم التفرغ لعملهم التشريعي والرقابي على السلطة التنفيذية، هذا من ناحية، وإبعادهم عن الشبهات التي قد تحوم حولهم من ناحية أخرى، في حالة تعاقدهم مع الحكومة بشأن أي من مشترياتهم أو مبيعاتها. وكذلك الأمر بالنسبة لأعضاء المجالس الشعبية المحلية أو المجالس البلدية، فإن تلبية متطلبات واحتياجات سكان هذه المناطق التي تشرف عليها هذه المجالس من بنى تحتية

(1) CE:25-11-1925,Rec.p.941 .

(أشار إليه د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ١٩٢).

(2) CE:28-1-1944,Rec.p.37.

(مشار إليه في المرجع السابق ، ص ١٩٢) .

ومرافق ومنشآت، يجب أن تكون في منأى عن أية مساومات أو شبهات قد تظهر نتيجة الصفقات التي تبرم بين السلطة التنفيذية وواحد أو أكثر من أعضاء تلك المجالس، فيما لو تم السماح لأي منهم بالتعاقد مع أي من الجهات الإدارية^(١).

كما أن الموظف الحكومي يجب أن يستغل جل وقته في أداء واجباته المناطة به، ويتعد عن الأعمال التجارية والربحية التي تتعارض مع طبيعة تلك الواجبات، سواء مع الحكومة أو مع غيرها. وهدف الحظر هنا في الوقت ذاته يدرأ شبهة أي مجاملة من قبل الجهة الإدارية لمن يتقدم من العاملين بها بعبء في مناقصة أو مزايده طرحتها، إضافة إلى حماية المصلحة العامة وتقديمها على المصالح الشخصية^(٢). والحظر هنا بطبيعة الحال مؤقت يزول بزوال سببه، وهو انتهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك^(٣).

والمتمثل في النصوص الدستورية والقانونية السابق الإشارة إليها بشأن حظر المشاركة في المناقصات والمزايدات الحكومية، بالنسبة لأعضاء مجلسي الشعب والشورى وأعضاء المجالس المحلية والبلدية وموظفي الحكومة، يلحظ بأنها وإن كانت نصوصاً وقائية تمنع الشكوك والشبهات التي قد تظهر، سواء ضد جهة الإدارة أو العضو أو الموظف الحكومي. إلا أنها في الوقت ذاته تشكل ضمانات لجهة الإدارة، من حيث اختيار المتعاقد الذي تنطبق عليه الشروط وصاحب العطاء المناسب والسعر الأقل، دون محاباة أو مجاملة لأي كان، بما يعود بالنفع على المرفق العام ذاته، الذي تديره تلك الإدارة، ومن ثم المصلحة العامة للدولة.

وإضافة إلى هذا النوع من الحرمان الوقائي المقرر بنصوص دستورية وقانونية، هناك الحرمان الوقائي الذي يتقرر بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة.

ب - الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية لجهة الإدارة:

نعلم بأن جهة الإدارة تملك سلطة تقديرية في بعض من ممارساتها لأنشطتها المختلفة، خاصة فيما يتعلق بتوفير مستلزمات ومتطلبات مرافقها العامة، ومن ضمن هذه السلطة التقديرية، قرارها بحرمان مقول أو مورد معين من المشاركة في مشترياتها ومزايداتھا توكياً للمصلحة العامة، وهذه المصلحة فقط. ولذلك ونظراً لخطورة قرار الحرمان، فإن السلطة التقديرية لجهة الإدارة في هذه الحالة تكون تحت رقابة القضاء، الذي يتأكد من عدم إساءة استعمال هذه السلطة، ومدى توافر الأسباب الموجبة لإصدار قرار الحرمان، حيث يُعتبر هذا القرار من القرارات النهائية الصادرة من جهة الإدارة التي يجوز الطعن عليها بالإلغاء استغلاً.

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٣) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٢٨.

وفي هذا الشأن نصت المادة(٦) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أن ((يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات أو الخدمات من موردين أو مقاولين تتوافر في شأنهم المقدرة المالية وشروط التأهيل والتصنيف على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية)).

ونصت المادة(٢٨) من اللائحة التنفيذية على أن((المجلس أن يستبعد من سبق تأهيله من الموردين أو المقاولين، إذا توافرت لديه أدلة قاطعة من أية جهة حكومية تفيد عدم قدرته على تنفيذ العمل موضوع التأهيل، أو أنه سبق أن أخل بالتزاماته التعاقدية في أي مشروع داخل المملكة أو خارجها أو أنه عمد إلى تقديم معلومات غير صحيحة عن أوضاعه المالية أو الفنية أو الإدارية أو أن حجم التزاماته التعاقدية داخل المملكة قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية أو الإدارية مما يؤثر على تنفيذ العمل موضوع التأهيل)).

ويتضح مما سبق حرص المشرع البحريني على ضرورة توافر المقدرة المالية وشروط التأهيل والتصنيف في المتعاقد مع الإدارة، إضافة إلى حق مجلس المناقصات في استبعاد(حرمان) أي مورد أو مقاول من التأهيل في حالة إخلاله بالتزامه وعدم قدرته على تنفيذ العمل أو إذا قدم معلومات غير صحيحة عن أوضاعه المالية أو الفنية أو الإدارية، أو أن حجم الأعمال المناطة به تفوق قدراته المالية أو الفنية أو الإدارية. وما هذه الإجراءات إلا ضمانات لجهة الإدارة تقيها تقصير المتعاقد معها مستقبلاً، وبالتالي تعد حرماناً وقائياً وفق السلطة التقديرية لمجلس المناقصات نتيجة ما يرد إليه من الجهات المشتريّة وبعد أن يتحقق من كافة الوقائع بشأنها، حيث إن المشرع البحريني وضع الخطوط العريضة بالنسبة لصلاحيات المجلس في الاستبعاد والحرمان ، إلا أن ذلك مرهون بما يرد إليه من الجهات المشتريّة بالنسبة لكل حالة على حدة .

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية الى أن ((من المسلمات أنه كما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء، بسبب العجز في تنفيذ التزام سابق، يجوز أيضاً استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم، بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم، دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما، وذلك كإجراء وقائي تمليه غيرة الإدارة، توخياً للمصلحة العامة وحدها))^(١).

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن((المشرع اشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع إحدى الجهات الخاضعة لأحكام القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ المشار إليه، أن يكون متمتعاً بحسن السمعة، وهذا القيد المقرر لمصلحة المرفق أكدته النصوص السالفة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٥٤ - ١٩٦٢/١٢/٢٢ (١٩٦٢/٢٨/٨ - ٢٩٩/٢٨/٨).

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ١٧٣.

أنظر كذلك حكمها في الطعن رقم ١٠٦٧ - ١٩٦٢/٢/١٧ (١٩٦٢/٣٨/٧ - ٣٣٤/٣٨/٧).

(المرجع السابق، ص ١٧١) .

البيان، فلا يكفي في المتعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية، بل يجب أن يتوفر إلى ذلك حسن السمعة. وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها، ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة^(١).

أما في فرنسا فإن الاستبعاد العام - أي الحرمان - يكون ، نتيجة إخلال المورد أو المتعاقد بالتزاماته التعاقدية السابقة، وذلك كجزء نتيجة خطأ تعاقدية^(٢)، بشرط أن يُنص على المخالفات التي تستوجب الاستبعاد في العقد ذاته.

أما إذا لم يتضمن العقد النص على ذلك، فللإدارة أن تقرر الجزاء ذاته عند إخلال المورد أو المقاول بالتزاماته التعاقدية، ولكن تحت رقابة القضاء الإداري الذي يبحث مدى جسامته الخطأ، وما إذا كان يشكل مخالفات جوهرية لنظام العمل وحسن سير المرفق العام^(٣).

ومن ناحية أخرى تكون نتيجة النقص الواضح في إمكانيات المورد أو المقاول الفنية والمالية، التي يتم التأكد منها مسبقاً من خلال عملية التأهيل المسبق، حيث يمكن أن تقرر جهة الإدارة أن هذا المورد أو المقاول غير مرغوب فيه، ويتم إدراجه ضمن قائمة المحرومين من المشاركة في مناقصاتها^(٤).

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، عندما تقرر الاستبعاد العام لنقص في أهلية المتعهد، بشرط أن لا يكون هذا القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة^(٥). وفي المملكة العربية السعودية فإن الحرمان منظم بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (١١) بتاريخ ١٤٠٠/٢/٢٦هـ^(٦).

(١) فتوى رقم ١٦٣ بتاريخ ١٩٨٨/٢/٨ جلسة (١٩٨٧/١٢/٩) ٤١ و ٦١٢/٢١٩/٤٢، مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(2) Laubadère-Delvolvé et moderne, Traité des contrats, T1, op.cit, p.606.

أشار إليه د. مهند مختار: مرجع سابق، ص ٣٨٠.

(3) C.E, 15-5-1956, Fournié, R.D.P. 1966, p.192

مشار إليه في المرجع السابق، ص ٣٨٠.

(4) Laubadère-Delvolvé et moderne, Traité des contrats, op.cit, p.605.

مشار إليه في المرجع السابق، ص ٣٨١.

(5) C.E, 28-7-1952, Genedet, Rec.p.424.

C.E, 4-8-1905, Les pinasses, Rec.P.757

مشار إليهما في المرجع السابق، ص ٣٨١.

(٦) حيث نصت المادة الأولى منه على أنه (لا يجوز شراء أصناف الأشخاص المذكورين فيما بعد، ولا تكليفهم بخدمات أو أشغال عامة، ولا قبول عطاءات أو عروض منهم:

ومن خلال ما تقدم يتضح مدى حرص المشرعين المصري والبحريني وكذلك القضاء الإداري، سواء في فرنسا أو في مصر، على تغليب المصلحة العامة على المصلحة الشخصية للمتعاقد مع الإدارة، وذلك من خلال السماح للإدارة بممارسة سلطتها التقديرية قبل هؤلاء المتعاقدين، من حيث إصدار قراراتها بشأن حرمان أي منهم من المشاركة في المناقصات والمشتريات الحكومية، إذا ما توافر لديها من معلومات و يقين، بأنهم لا يتمتعون بالمقدرة الفنية والمالية اللازمة لتنفيذ تعاقداتها المختلفة.

وما ذلك إلا ضماناً لجهة الإدارة تمكنها من التعاقد مع المورد أو المقاول ذي الملاءة والمقدرة الفنية والمالية وحسن السمعة، الذي تطمئن إلى أنه حري بمعاونتها في ضمان حسن سير وانتظام المرفق العام الذي تديره.

وبعد أن انتهينا من عرض الحرمان من المناقصة ، نعرض من خلال المبحث التالي الاستبعاد من المناقصة وما يمثله أيضا من ضمان لجهة الإدارة.

= أ (موظفو الحكومة، ومع ذلك يجوز تكليفهم بأعمال غير تجارية إذا كان قد صرح له بمزاولةها، كما يجوز شراء كتب من تأليفهم سواء منهم مباشرة أو من المكتبات المودعة بها، أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير والموسيقى، وشراء حق الملكية الأدبية أو الفنية أو مصنفاتهم.

ب (المسجونون بجرم أثناء اتخاذ إجراءات التعاقد.

ج (من نقضي الأنظمة بمنع التعامل معهم حتى يُرد إليهم اعتبارهم حسب النظام.

د (المفلسون حتى يُرد إليهم اعتبارهم.

هـ) من لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً.

و (من سُحب منه العمل إذا قررت اللجنة المنصوص عليها في المادة (٣) أن أسباب السحب تدعو إلى منع التعامل معه، أو صدر قرار بذلك من جهة قضائية مختصة.

ز (من ثبت التجاؤء إلى الغش والتحايل والتلاعب في تعامله مع الوزارات والمصالح الحكومية والأجهزة ذات الشخصية المعنوية المستقلة، وقررت اللجنة المنصوص عليها في المادة (٣) منع التعامل معه، أو صدر قرار بذلك من جهة قضائية مختصة)).

(نظام تأمين المشتريات الحكومية بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ١٥).

المبحث الثاني

الاستبعاد من المناقصات العامة

لقد تم التطرق إلى بيان الفرق بين الحرمان والاستبعاد في بداية هذا الفصل، حيث اتضح بأن الاستبعاد هو قرار تصدره جهة الإدارة بشأن العطاء ذاته، الذي يقدم في المناقصة عينها، وليس بشأن صاحبه، وذلك نتيجة مخالفته القوانين أو اللوائح أو الشروط العامة أو الخاصة أو المواصفات، أو قد يكون نتيجة لتفويض قرار حرمان سابق، أو بمثابة إجراء وقائي لضمان تنفيذ العقد تنفيذاً حسناً، أو لضمان سلامة المشروع.

ويشير بعض الفقه إلى أن قرار الإدارة بالاستبعاد لا يعدو أن يكون قراراً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة، بينما الحرمان إجراء عام يتعلق بالشخص الطبيعي أو المعنوي، ويهدف إلى الحرمان من دخول كافة المناقصات والمزايدات التي تجريها جهة الإدارة ولمدة محددة أو غير محددة^(١).

تسبب قرار الاستبعاد بين الرفض والتأييد:

استقر القضاء في فرنسا على أن سلطة الإدارة في استبعاد العطاءات هي سلطة تقديرية، وأن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قرارات الاستبعاد، ولذلك فإن رقابة القضاء على قرارات الاستبعاد تكون قاصرة على رقابة الانحراف في استعمال السلطة، على أن يُستخلص هذا الانحراف من أوراق الدعوى^(٢).

أما في مصر فإن القضاء وإن كان مستقراً على السلطة التقديرية لجهة الإدارة في استبعاد أي من الموردين أو المقاولين من المشاركة في المناقصة أو المزايدة^(٣)، إلا أن جانباً من الفقه يرى أن على جهة الإدارة أن تسبب قرارها بالاستبعاد، وأن يكون له سند وأصل من الأوراق ولا يقوم على مجرد أهواء وأقوال مرسله^(٤).

(١) د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٥٢.

(2) C.E.21 Juillet 1932,Eloy,R.p.761.

C.E.2 Janv 1935,guegues.

C.E.27 Janv 1932,Simon,R.p.11.

C.E.24 Juillet 1908,Giraud,R.p.814.

مشار إليها في المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٥٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٢، والطعن رقم ١٠٦٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٧.

مجموعة المبادئ القانونية في (٤٠) عام، مرجع سابق، ص ١٧١ ومابعد.

فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٦٣ بجلطة ١٩٨٧/١٢/٩، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(٤) د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي: مرجع سابق، ص ١٣٤.

وجانب آخر من الفقه المصري يرى بأن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إذا لم ينص القانون على ذلك، إنما إذا قامت بتسببها فإن القضاء يراقب هذه الأسباب، من حيث وجودها سواء كانت الأسباب قانونية أو واقعية^(١).

كما انتقد بعض الفقه القضاء الفرنسي، حيث يرى أن المنطق يتطلب أن يكون اختصاص الإدارة في إصدار قرارات الاستبعاد مقيداً، أي وجوب إفصاح الإدارة عن أسباب قراراتها باستبعاد أي عطاء، لكي لا تكون هذه السلطة وسيلة لتحويل المناقصة العامة إلى مناقصة محدودة^(٢).

وفي الواقع إن ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي في معارضته لأحكام قضائه الفرنسي من حيث عدم تسبب قرارات الاستبعاد هو الرأي الراجح، ذلك أن قرارات الاستبعاد والحرمان من القرارات الخطيرة جداً، لذلك يتوجب على جهة الإدارة أن تسببها وتبررها، وما هذا التسبب أو التبرير إلا ضمانات للمورد أو المقاول، حيث من خلاله يستطيع الوقوف على مبررات استبعاده، وما إذا كانت قانونية أم لا، وبالتالي يمكنه من اتخاذ الإجراءات القانونية والإدارية التي يرى أنها كفيلة باستعادة وضعه في المناقصة أو المزايدة قبل فوات الأوان، إضافة إلى أن تسبب قرارات الاستبعاد من قبل جهة الإدارة يشكل ضمانات لها هي أيضاً، حيث تجنبها الانتقادات والشكوك حول القرارات غير المسببة، مما يدفع المتقدمين للمنافسة إلى رفع الدعاوى عليها، وهذا بلا شك يؤثر بشكل مباشر على سمعتها ونزاهتها.

وهناك عدة حالات للاستبعاد، نوردتها في المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: الاستبعاد بسبب عدم توافر الكفاية الفنية والمالية.

المطلب الثاني: الاستبعاد بسبب عدم استيفاء العطاء الشروط الواردة في وثائق المناقصة.

المطلب الثالث: الاستبعاد بسبب تنفيذ قرارات الحرمان.

المطلب الرابع: الاستبعاد لعدم توافر حسن السمعة.

= وفي هذا الشأن انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أنه ^(١) فإذا ما اطأنت اللجنة إلى عدم الكفاية الفنية للمتأقاص صاحب أقل عطاء لأنه لم يقدم سابقة أعمال ماثلة للوزارة أو أجهزتها أو الهيئة ذاتها، ولم تمكن اللجنة الفنية من حصر معداته، كما أن هذا المقاول وهو شركة أسست حديثاً، فكل تلك أسباب يحمل عليها قرار اللجنة تحت مسؤوليتها وتقديرها الفني ^(٢).

فتوى رقم ٣٧٣ بتاريخ ١٩٨٥/٣/٣١ بجلسة ١٩٨٥/٣/٢٠ ملف رقم ٢٥٢/١/٥٤ السنتان (٣٩، ٤٠).

مجموعة المبادئ القانونية، المكتب الفني بمجلس الدولة، ص ٢٧٥، وسائط مدمجة، مرجع سابق.

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٢) دي لوبادير: العقود الإدارية، الجزء الأول، ص ٢٨٤ (أشار إليه د. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٩٩).

المطلب الأول

الاستبعاد بسبب عدم توافر الكفاية الفنية والمالية

سلطة الإدارة في تحديد الكفاية الفنية والمالية:

إن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تحديد مدى كفاءة المورد أو المقاول من الناحية الفنية والمالية، وذلك من خلال تقديرها لملاءة المتقدم بالعطاء، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وكذلك قدرته الفنية قياساً بطبيعة المشروع موضوع المناقصة وما يتطلبه من قدرة مالية وفنية^(١).

وبطبيعة الحال فإن على الإدارة في هذه الحالة ألا تسيء استعمال سلطتها التقديرية في تقدير الكفاءة الفنية والمالية، فتقوم باستبعاد شركة أو مؤسسة ذات ملاءة جيدة وقدرات فنية مناسبة، وبالمقابل تقبل شركة أو مؤسسة ذات ملاءة ضعيفة وقدرات فنية متواضعة. كما أن على جهة الإدارة أن تنظر إلى كل مناقصة بحالها، حيث إن ما تتطلبه المقدرة الفنية والمالية لأحد المشاريع الكبيرة، من مقدرة فنية ومالية للموردين أو المقاولين يختلف تماماً عما تتطلبه مشاريع أخرى صغيرة.

ويجب على الإدارة وهي بصدد تقدير الكفاءة الفنية والمالية للمورد أو المقاول، أن تطلب منه تقديم كشف بسابقة أعماله، سواء مع الجهة الإدارية ذاتها، أو مع الجهات الإدارية الأخرى خارج البلد إذا كانت شركة أجنبية.

موقف التشريعات والقضاء:

أغلب الدول تحرص على تضمين تشريعاتها ذات العلاقة بالمناقصات والمشتريات الحكومية، أحكاماً تضمن لها التعاقد مع موردين أو مقاولين قادرين على القيام بتنفيذ مشاريعها على أكمل وجه وحسب الشروط والمواصفات، وذلك من خلال تقرير ضرورة أن تتوافر في المتقدمين للمناقصات المقدرة الفنية والمالية.

وفي قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، نصت المادة (٦) منه على أن (يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات أو الخدمات من موردين أو مقاولين تتوافر في شأنهم المقدرة المالية، وشروط التأهيل والتصنيف، على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية).

ونصت المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه (يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذه اللائحة، في سبيل الحصول على ما تحتاج إليه من السلع أو الإنشاءات أو الخدمات، أن تتعامل مع الموردين أو المقاولين الذين يتوافر لديهم ما يلزم من المؤهلات والكفاءة المهنية والفنية والمالية

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١١٩.

أنظر كذلك د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ١٩٧.

والتجهيزات اللازمة، من آلات ومعدات وأجهزة وغيرها، والمقدرة الإدارية والسمعة الحسنة والخبرة اللازمة لتنفيذ عقد الشراء).

وعنى بذلك أيضاً قانون المناقصات والمزايدات المصري في المادة (١٣) منه^(١)، وكذلك قانون (اليونسترال) في المادة (٦ - ب)^(٢).

أما بشأن الاستبعاد فإن المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، قد نصت على أنه ((للمجس أن يستبعد من سبق تأهيله من الموردين أو المقاولين، إذا توافرت لديه أدلة قاطعة من أية جهة حكومية تفيد عدم قدرته على تنفيذ العمل موضوع التأهيل، أو أنه سبق وأن أخل بالتزاماته التعاقدية في أي مشروع داخل المملكة أو خارجها، أو أنه عمد إلى تقديم معلومات غير صحيحة عن أوضاعه المالية أو الفنية أو الإدارية، أو أن حجم التزاماته التعاقدية داخل المملكة قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية أو الإدارية، مما يؤثر على تنفيذ العمل موضوع التأهيل)).

واستناداً لهذا النص فقد قرر مجلس المناقصات البحريني استبعاد عطاء إحدى الشركات من المناقصة، على الرغم من أن سعرها كان الأقل، بسبب ما قدمته الجهة المشتريّة من جداول يتضح فيها

(١) حيث تنص المادة (١٣) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على أنه ((يجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية، تشكّلها من بين أعضائها، بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة، وكذا بالتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات)).

(٢) وتنص المادة (٦ - ب) منه على أن ((يلتزم الموردون أو المقاولون كي يتسنى لهم الاشتراك في إجراءات الاشتراء، بإثبات أهليتهم عن طريق استيفاء المعايير التالية حسبما تعتبره الجهة المشتريّة مناسباً في إجراءات الاشتراء المعنية:

- ١ - أن يتوافر لديهم ما يلزم من المؤهلات المهنية والتقنية، والكفاءة المهنية والتقنية والموارد المالية والمعدات وغيرها من المرافق المادية، والمقدرة الإدارية والموثوقية والخبرة والسمعة الطيبة.
- ٢ - أن تتوافر لديهم الأهلية القانونية للدخول في عقد الاشتراء.
- ٣ - أن يكونوا غير معسرين، أو تحت الحراسة القضائية أو مفلسين أو قيد التصفية.
- ٤ - أن يكونوا قد أوفوا بالتزاماتهم المتعلقة بدفع الضرائب واشتراكات الضمان الاجتماعي في هذه الدولة.
- ٥ - ألا تكون قد صدرت ضدهم أو ضد مديريهم أو موظفيهم أحكام بالإدانة في جريمة تتعلق بسلوكهم المهني، أو بسبب تقديم بيانات كاذبة أو محرفة بشأن أهليتهم للدخول أطرافاً في عقد اشتراء، في غضون سنة قبل بدء إجراءات الاشتراء، وألا يكونوا قد اعتُبروا على أي نحو آخر غير مؤهلين، بموجب إجراءات إيقاف أو استبعاد إدارية)).

كثرة الأعمال التي تنفذها هذه الشركة حالياً مع هذه الجهة الإدارية، وتأخرها في التسليم الأولي لأغلب هذه الأعمال^(١).

وفي هذا الشأن فقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن ((من المسلمات أنه كما يجب إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء، بسبب العجز في تنفيذ التزام سابق، يجوز أيضاً استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم، بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم، دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما، وذلك كإجراء وقائي تمليه غير الإدارة، توخياً للمصلحة العامة وحدها))^(٢).

ونتيجة لما تقدم فإن الأمر ينتهي إلى أن للإدارة سلطة تقديرية في استبعاد من ترى استبعادهم من المشاركة في مناقصاتها ومشترياتها، وذلك بما يترأى لها من عدم قدرتهم وكفايتهم الفنية والمالية، من خلال ملاءتهم أو سابق خبرتهم أو مستوى أدائهم في مشاريع حالية أو سابقة، بشرط ألا تنحرف في استعمال تلك السلطة الممنوحة لها، وبشرط أن تتغيا المصلحة العامة، على أن تضع في اعتبارها بأن قرارها بالاستبعاد يخضع لرقابة القضاء.

ونظراً لأهمية الاستبعاد وخطورته، فإنه يلزم أن يكون قرار الاستبعاد مسبباً، وفي هذه الحالة فإن المحكمة المختصة تنظر في مدى سلامة وصحة هذه الأسباب كمبررات لاتخاذ القرار. ومن خلال المطلب التالي سنعرض لحالة الاستبعاد بسبب عدم استيفاء العطاء الشروط الواردة في وثائق العطاء.

(١) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٩٥) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٣٠ (غير منشور).

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٥٤ - ١٩٦٢/١٢/٢٢ ٦ (١٩٦٢/١٢/٢٢ ٦ - ٢٩٩/٢٨/٨).

(مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ١٧٣).

أنظر كذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلستها بتاريخ ١٩٥٥/١١/٢٩ عندما قضت بسلامة استبعاد الإدارة لأحد مقدمي العطاءات ((نظراً لما ثبت لديها من أن قدراته الفنية والمالية لمواجهة متطلبات المشروع موضوع المناقصة محل شك كبير)). مجموعة أحكام السنة العاشرة، ص ٥٤ (أشار إليه د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، مرجع سابق، ص ١١٢).

ويرى د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة بأن قرار الاستبعاد قرار إداري منفصل عن العقد الإداري، ومن ثم فإن الطعن عليه يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء وليس لاختصاص قاضي العقد، فيجوز إذاً الطعن بإلغاء هذا القرار إذا ما شابته انحراف في استعمال السلطة، كما لو صدر القرار متكباً للصالح العام أو لأسباب لا تتصل به كأسباب سياسية مثلاً (مؤلفه السابق، ص ١١٢).

كما قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق بجلستها بتاريخ (١٩٥٩/٥/٩) بأنه ((يجوز الطعن بإلغاء قرار الاستبعاد إذا افتقد للأسباب المبررة لإصداره أو لعدم صحة هذه الأسباب)).

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ١٠ سنوات، نوفمبر ١٩٥٥ - نوفمبر ١٩٦٥، أحمد سمير أبوشادي: الجزء الثاني، ص ١٣٥٩.

المطلب الثاني

الاستبعاد لعدم استيفاء العطاء الشروط الواردة في وثائق المناقصة

من المعلوم أن جهة الإدارة وهي بصدد إعداد وثائق المناقصة ذات العلاقة بمشاريعها المختلفة، تقوم بتضمين تلك الوثائق بعضاً من الشروط، بخلاف المواصفات الفنية للمشروع موضوع المناقصة بالطبع، وذلك لكي تضمن تنفيذ تلك المشاريع بالدقة والشكل المطلوب ودونما تأخير. ومن غير شك فإن أهمية تلك الشروط تكمن في أنها تتعلق بتحقيق المصلحة العامة، حيث إن الإدارة وإن تعاقدت باسمها، إنما بصفتها قائمة على حسن سير وانتظام المرفق العام الذي تديره، ومن هذا المنطلق يجب على الإدارة أن تستبعد أي عطاء لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة، كما يتوجب عليها قبول جميع العطاءات الأخرى المطابقة للشروط^(١).

سلطات الإدارة في قبول العطاء أو رفضه:

فرق القضاء الفرنسي هنا بين وضعين مختلفين، الأول: بالنسبة للعطاء الذي لا تتوافر فيه الشروط الموضوعية اللازم توافرها للمناقصة، حيث يتوجب على الإدارة هنا دائماً أن تستبعده من المناقصة دون تردد، ذلك أنها يجب أن تلتزم باحترام شروط المناقصة التي صاغت وطرحتها، حيث إنها إذا نكلت عن استبعاد كل من يخالف شروطها الموضوعية فإنها ترتكب خطأ مخالفاً للقانون، وسلطتها في هذا الشأن مقيدة، فعليها أن تتحقق مما إذا كان العطاء قد استوفى الشروط الموضوعية أم لا، ثم تصدر قرارها بشأنه. حيث إن القضاء الفرنسي في هذه الحالة مستقر على وجوب استبعاد العطاء الذي يفتقد شروط المناقصة الموضوعية^(٢).

ومثال ذلك تقديم العطاء بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات، أو عدم إرفاق التأمين الابتدائي مع العطاء أو نقصانه أو انعدامه، أو عدم إرفاق سابقة الأعمال والخبرة المنصوص عليها في الشروط، أو عدم تقديم العينة المطلوبة، أو إدراج تحفظات كثيرة بالعطاء بحيث تخالف الشروط.

أما الوضع الثاني: فيتحقق في حالة عدم اتباع قواعد الإجراءات ومخالفة الأوضاع الشكلية، حيث يجب في بعض الحالات استبعاد بعض العطاءات بالرغم من استيفائها الشروط الموضوعية اللازمة، ولكنها تواجدت في أوضاع غير سليمة، بمخالفتها قواعد الإجراءات الشكلية، مثل عدم كتابة السعر على النموذج المخصص لذلك، أو عدم ختم العطاء بخاتم الشركة بجانب التوقيع.

وقد فرق مجلس الدولة الفرنسي بين المخالفات الجوهرية من جهة، والمخالفات غير الجوهرية من جهة أخرى.

(١) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٢) أشار إلى ذلك د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

وبالتالي يتم استبعاد كل عطاء مخالف لوضع جوهري مع عدم الإخلال بما يجيزه القانون، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يكون لجهة الإدارة سلطة تقديرية تمكنها من قبول أو استبعاد كل مخالف لقاعدة غير جوهريّة، حيث إن هذه القواعد غير الجوهرية عادة ما توضع لصالح جهة الإدارة، فهي التي تقدر مدى ضرورة التقيد بها ومدى إمكانية التنازل عنها^(١).

الفرق بين المخالفات الجوهرية وغير الجوهرية:

يرى بعض الفقه بأن المخالفات الجوهرية هي كل خرق لقاعدة من شأنها كفالة حياد العمليات أو إجراءات المناقصة المختلفة، إضافة إلى كل مخالفة وإن تساهلت فيها الإدارة تؤدي إلى حصول صاحب العطاء المخالف على ميزة مادية محققة، يتخطى بها إقرانه، مثل الإخلال بالتزام التقيد بتقديم العطاءات في الأوقات المقررة، والإخلال بتقديم جميع الأوراق والمستندات المطلوبة، وعدم تقديم التأمين الابتدائي أو نقصانه، حيث إنه في مثل هذه الحالات يتوجب الاستبعاد^(٢).

أما المخالفات غير الجوهرية فهي تلك المخالفات التي لاتعود بالنفع مادياً على صاحبها، والتي لاتمس أصول حياد العمليات والإجراءات المختلفة للمناقصات، مثل التأشير على المستندات والأوراق، أو الإلزام بالحضور شخصياً جلسة فتح العطاءات، أو الإلزام بكتابة الأسعار على النماذج المعدة لذلك من قبل الجهة المشتريّة، فهذه جميعاً أمور مقررة لصالح جهة الإدارة، ولا تؤثر على المبادئ العامة لإجراءات المناقصة، وبالتالي فالإدارة تستطيع تقرير مدى تأثيرها على صحة الإجراءات وسلامة العمليات تحقيقاً للمصلحة العامة، وفي الوقت ذاته مراعاة مبدأ المساواة بين المتنافسين^(٣).

وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن^(٤) الأصل في العقد الإداري أن الإيجاب يوجه على أساس الشروط العامة المعلن عنها - إذا كانت للمتعاقد شروط خاصة، لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلن عنها، ففي هذه الحالة للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العطاء الأقل، للنزول عن كل أو بعض تحفظاته - قبول لجنة البت عطاء المتعاقد بشروطه، يقطع في قبول جهة الإدارة لكافة التحفظات التي لم يتنازل عنها المتعاقد وأعلن تمسكه بها، وتصبح جزءاً من

(١) د. مهند مختار: مرجع سابق، ص ٤٩١.

(٢) د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٣) وقد قررت اللجنة الثانية بمجلس الدولة الفرنسي^(٥) أن عدم تقديم استمارة القيد بسجل الوكلاء التجاريين بجلسة فتح المظاريف وقبل فضها، ليس مؤداه استبعاد العطاء برغم النص على ذلك، ما دام أن مقدم العطاء قد أثبت وجود الوكالة واستيفاءها للشروط والإجراءات القانونية قبل الترسية عليه، إذ لا مصلحة من استبعاد عطاء يحقق وفراً مالياً للإدارة لمجرد عدم استيفاء إجراء غير جوهري في وقت معين، ما دام أن الإجراء قد تم تداركه بعد ذلك^(٦).

(٤) فتوى اللجنة الثانية بجلستها في ٢٢/٢/١٩٨٤، ملف رقم (٣٧٣/٢٤/١٨).

(٥) أشار إليها د. صلاح الدين فوزي: قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١١٤.

العقد المبرم بين الطرفين يتعين الالتزام به، ويعتبر تعديلاً للشروط العامة التي طرحت بها المناقصة (١).

وطبقاً لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني فإن استبعاد العطاء يكون في الحالات الآتية:

- ١ - ورود العطاء بعد انتهاء الميعاد المحدد لتقديم العطاءات (٢).
- ٢ - عدم تضمين العطاء التأمين الابتدائي المناسب (٣).
- ٣ - عدم أهلية صاحب العطاء، وتقديم رشاو أو إغراءات، وعدم قبول المورد أو المقاول تصحيح الخطأ الحسابي، وعدم أهلية العطاء للقبول (٤).
- ٤ - إغفال مقدم العطاء تحديد سعر صنف من السلع المطلوب توريدها، إذا كانت وثائق المناقصة تنص على عدم جواز التجزئة (٥).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٤١٧ في ١٥/٤/١٩٦٧.

أنظر كذلك فتاها رقم ٣٩٢ في ٣/٤/١٩٨٥ جلسة (١٩٨٥/٣/٢٠) ملف ٣٩ و ٤٠/١٠٠/٢٩٤. مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

(٢) المادة (٢٥) من القانون.

(٣) المادة (٢٨) من القانون، وإن لم تنص صراحة على استبعاد العطاء غير المصحوب بالتأمين الابتدائي، إلا أن مجلس المناقصات قد استقر على الاستبعاد ضماناً لتحقيق مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، إضافة إلى استناده إلى نصي المادتين (٣١) و (٣٢) من القانون بشأن رفض العطاء غير المؤهل للقبول، حيث يعتبر التأمين الابتدائي من أهم الوثائق الواجب توافرها مع العطاء.

قرارات مجلس المناقصات بجلساته أرقام (٥٠) بتاريخ ٢٨/١/٢٠٠٤ و (٥٣) بتاريخ ٢٥/٢/٢٠٠٤ و (٦١) بتاريخ ٢١/٤/٢٠٠٤ و (٢) بتاريخ ٢٦/١/٢٠٠٥ و (١٢) بتاريخ ٢٦/١/٢٠٠٥ (غير منشورة).

كما أن القضاء الإداري وإفتاء مجلس الدولة المصري مستقر على مبدأ استبعاد العطاء غير المصحوب بالتأمين الابتدائي، في ظل نص المادة (١٩) من قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، المشابه لنص المادة (٢٨) من القانون البحريني.

أنظر في ذلك :

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٨٤ - ٥ (١٩٦٠/١١/١٩) ١٣٩/٢١/٦.

- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٨٠ بتاريخ ٢٢/١٠/١٩٨٩ جلسة (١٩٨٩/١٠/٤) ٤٣ و ٤٤/١٥٨/٤٢٣.

وفتاها رقم ٢١٣ بتاريخ ٢٢/٢/١٩٨٦ بجلستها في (١٩٨٦/٢/٥) ٣٩ و ٤٠/٢٣٧/٦٢٩.

المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٤) المادة (٣٢) من القانون.

(٥) المادة (٥٣) من اللائحة التنفيذية للقانون.

أما إذا لم تنص وثائق المناقصة على ذلك، فإنه تجوز التجزئة في الشراء ، كما قرر المجلس أيضاً عدم جواز رفض العطاءات بسبب عدم إرفاق شهادة البحرية أو السجل التجاري، وعلى الجهة المشتريّة منح أصحاب تلك العطاءات مهلة محددة لتقديم تلك المستندات، باعتبارها من الممكن استيفائها أثناء التقييم وقبل صدور قرار الإرساء^(١).

وفي هذا الشأن قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين أن مجرد عدم وضع تسعيرة لأحد البنود في مناقصة الإنشاءات أو الخدمات ليس مبرراً لاستبعاد العطاء، بل يجب إعمال نص المادة (٥٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات وتقييم هذا العطاء بناء على ذلك^(٢).

وبالإضافة إلى حالات الاستبعاد السابقة هناك الاستبعاد بسبب تنفيذ قرارات الحرمان، وهذا ما سوف نفضله من خلال المطلب التالي .

(١) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٨٨) المنعقدة بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٤ (غير منشور).

وقرار بجلسته رقم (٨٤) الدورة الثانية المنعقدة بتاريخ ٧/٩/٢٠٠٦ (غير منشور).

(٢) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٨٥) المنعقدة بتاريخ ١٤/٩/٢٠٠٦ (غير منشور).

المطلب الثالث

الاستبعاد بسبب تنفيذ قرارات الحرمان

قد يكون الاستبعاد من المناقصة نتيجة لتنفيذ أحد قرارات الحرمان، والإدارة في هذه الحالة ليست لها سلطة تقديرية في ذلك، بل يتوجب عليها اتخاذ قرار الاستبعاد بحق العطاء الذي تقرر حرمان صاحبه من المشاركة في المناقصات الحكومية، على اعتبار أن ذلك يتعلق بالمصلحة العامة^(١). وطالما أن الحرمان نوعان وقائي وجنائي. وحيث إن الحرمان الوقائي يكون بنص وكذلك بقرار من جهة الإدارة، فإن الأمر هنا يحتم التفرقة بين مختلف هذه الحالات، خاصة فيما يتعلق بمدى صحة تعاقد جهة الإدارة مع شخص محروم، ولم تكتشف ذلك إلا بعد تعاقدتها معه. والرأي في فرنسا مستقر على صحة هذا التعاقد، على اعتبار أن قبول الإدارة للعطاء الذي تقدم به الشخص الذي سبق حرمانه من المشاركة في المناقصات الحكومية، في حكم القرار الضمني بإلغاء قرار الحرمان، وعلى اعتبار أن قرارات الحرمان إنما هي مقرررة لصالح الإدارة، ومن ثم فيجوز لها تطبيقها من عدمه^(٢).

أما في مصر، فقد ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين الحرمان الوقائي والحرمان الجزائي، فالحرمان الوقائي تطبق بشأنه ذات القواعد المعمول بها في فرنسا، من حيث صحة التعاقد. أما بالنسبة للحرمان الجزائي، فإنه يجب التفرقة بين الحرمان بنص والحرمان بقرار من جهة الإدارة، حيث إنه في هذه الحالة الأخيرة تنطبق عليه القواعد المعمول بها في فرنسا، على أساس أن الحرمان مقررر لصالح الإدارة فقط وبقرار منها، وإن إبرام العقد مع أحد المحرومين هو بمثابة إلغاء ضمني لقرار الحرمان.

أما الحرمان الجزائي بنص قانوني فهو نهائي، فلا يجوز للإدارة مخالفته، ومن ثم لا يجوز لها التعاقد مع شخص محروم من التعاقد مع الحكومة^(٣).

ولكن يرى جانب من الفقه - وبحق - أن الإدارة لا تستطيع أن تتغاضى عن تطبيق قرارات الحرمان، سواء تلك التي أصدرتها وفق سلطتها التقديرية أو بمقتضى تطبيق نص القانون، ذلك أن هذه القرارات جميعها تستهدف في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة، وعليها تطبيق قرارات الحرمان

(١) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ١٩٣.

أنظر كذلك د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١١٦ وما بعدها.

(2) Quancard (M):op.cit,p.103 ets.

(مشار إليه في المرجع السابق، ص ١١٧).

(٣) د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٦٣.

حتى لو كانت هي مصدرة القرار، فهي تلتزم به حتى يعدل أو يلغى، وفي ذلك حماية لمصلحة المرفق العام وتحقيقاً للمصلحة العامة وتطبيقاً لمبدأ المنافسة^(١).
وفي المطلب الرابع والأخير نعرض لحالة الاستبعاد لعدم توافر السمعة الحسنة.

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

المطلب الرابع

الاستبعاد لعدم توافر حسن السمعة

أهمية توافر شرط حسن السمعة في التعاقد مع الإدارة:

إن توافر شرط حُسْن السمعة في التعاقد مع الإدارة من الأمور التي عادة ما يتم النص عليها في قوانين المناقصات والمزايدات، نظراً لما يشكله من أهمية وخطورة في الوقت ذاته، وفي المحصلة من ضمانات لجهة الإدارة، من حيث إبرام تعاقداتها مع أشخاص يتمتعون بحسن سمعة تطمئن إليهم في تنفيذ التزاماتهم على أكمل وجه.

ونظراً لكون حسن السمعة شرطاً عاماً في مجال العقود الإدارية، فقد حددت محكمة القضاء الإداري المصرية بموجبه المقصود بشرط حسن السمعة بـ^(١) «أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة، لم يُسمع عنه ما يُشينه أو يحط من قدره بين الناس، حائزاً لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التي يرغب في مزاومتها»^(١).

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن المقصود بحسن السمعة «هو تلك المجموعة من الصفات التي يتحلى بها الشخص، فتكسبه الثقة بين الناس، وتجنبه قالة السوء، وما يمس الخلق»^(٢).

ونظراً لأهمية توافر حسن السمعة في التعاقد مع الإدارة، فإن هذه الأخيرة دائماً ما تعطى الحق في استبعاد من لا يتوافر فيه شرط حسن السمعة من المتعاقدين معها، وليس في هذا تعارض مع مبدأ المساواة، ما دامت قواعد الاستبعاد قواعد عامة مجردة تطبق على الكافة، وما دامت جهة الإدارة تهدف من ذلك المصلحة العامة دون انحراف بالسلطة.

ولذلك فإن حسن السمعة المهنية شرط هام وضروري يلزم توافره في كل من يتعاقد مع الإدارة، خاصة في التعاقدات ذات العلاقة بالمرافق العامة ومن ثم بالمصلحة العامة، مثل العقود الإدارية التي تتطلب قدراً كبيراً من الأمانة والنزاهة في أداء الالتزامات الناتجة عنها، وهذا بلا شك يؤدي إلى تحقيق ضمانات لجهة الإدارة في تعاقداتها المختلفة، من حيث التعاقد مع الأشخاص حَسَنِي السمعة، الذين يستطيعون تنفيذ الأعمال المناطة بهم بكل أمانة وشرف، والتعاون مع جهة الإدارة في الحفاظ على حسن سير وانتظام المرافق العامة.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٥) السنة الأولى، مجموعة عمر، ص ٢٠٢ بتاريخ ١٨/٣/١٩٤٧.

(أشار إليه د. جابر جاد نصار: ص ١١٣).

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ١٦ ق، بتاريخ ٩/٢/١٩٧٢.

(مشار إليه في المرجع السابق، ص ١١٣).

كيفية استدلال الإدارة على شرط حسن السمعة:

تستطيع الإدارة أن تستبين توافر حسن أو سوء سمعة مقدم العطاء من خلال تعاقداته السابقة، سواء مع ذات الإدارة أو مع غيرها من الجهات الإدارية الأخرى، حيث يمكنها تبين ما إذا كان المورد أو المقاول قد تأخر في تنفيذ التزامات سابقة أو قام بالتدليس أو الغش أو الرشوة، أو إثارة مصلحته الشخصية على المصلحة العامة^(١).

بالإضافة إلى ما تقدم يرى جانب من الفقه، أن الإدارة تستطيع أيضاً أن تستشف مدى توافر شرط حسن السمعة في المتعاقد معها، من خلال تعاملاته السابقة مع أي من الإدارات الأخرى، من حيث عدد مرات لجوئه للقضاء أو للتحكيم، أو إثارته للمشاكل أثناء التنفيذ، وما يصاحب ذلك من تأخير في الانتهاء من المشروعات المختلفة. وعادة ما تحرص التشريعات ذات العلاقة بالمشتريات الحكومية وكذلك كراسات الشروط، على ضرورة توافر شرط حسن السمعة فيمن يتقدم للمناقصات والمزايدات الحكومية^(٢).

ونرى بأن اللجوء إلى القضاء حق كفله الدستور، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اللجوء إلى التحكيم هو تفعيل لبند من بنود العقد في حالة نشوب أي نزاع بشأنه بين طرفيه، كما أنه ليس بالضرورة في أي من الحالتين المشار إليهما أن يكون المتعاقد مع الإدارة هو المخطأ. ولذلك لا يمكن القياس فقط على عدد مرات اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم بقدر ما يمكن القياس على الإخلال الفعلي للمتعاقد بالالتزامات المناطة به في تعاقدات سابقة.

وتنص المادة (٢٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أنه «يلتزم الموردون أو المقاولون الراغبون في الاشتراك في المناقصة العامة بإثبات ما يؤهلهم لذلك، باستيفاء المعايير التي تحددها اللائحة التنفيذية».

ونصت المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه «يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذه اللائحة، في سبيل الحصول على ما تحتاج إليه من السلع أو الإنشاءات أو الخدمات، أن تتعامل مع الموردين أو المقاولين الذين يتوافر لديهم ما يلزم من المؤهلات والكفاءة المهنية والفنية والمالية والتجهيزات اللازمة، من آلات ومعدات وأجهزة وغيرها، والمقدرة الإدارية والسمعة الحسنة والخبرة اللازمة لتنفيذ عقد الشراء».

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١٦٠.

أنظر كذلك: د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٣٣.

د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٢) د. جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص ١١٤.

كما نصت المادة (٣٢) من اللائحة ذاتها على أنه «يلتزم الموردون والمقاولون الراغبون في الاشتراك في المناقصة العامة بإثبات ما يؤهلهم لذلك عن طريق استيفاء المعايير التالية:

أ - أن يتوافر لديهم ما يلزم من المؤهلات والكفاءة المهنية والتقنية والموارد المالية والمعدات وغيرها، من المقدرة الإدارية والخبرة وحسن السمعة وتوفر الكوادر الفنية والإدارية اللازمة لإنجاز عقد الشراء». وهذا النص له أساس في نص المادة ٦ - (١) الفقرة (ب) من قانون (اليونسترال).

ويلحظ أن شرط حسن السمعة في المادة الثالثة^(١) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، تم ربطه بالمناقصات المحدودة على سبيل الحصر في هذه المادة. ولا يرى مبرراً لذلك، حيث كان من الأفضل أن يشار إلى توافر شرط حسن السمعة في المتعاقد مع الإدارة بصفة عامة، أو أن يتم ربطه بالمناقصة العامة، وذلك كما فعل المشرع البحريني في المادة (٤) من القانون، حيث نص على سريان جميع القواعد والشروط والإجراءات الخاصة بالمناقصة العامة على كافة أساليب التعاقد الأخرى، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون. كما تكرر النص ذاته بالنسبة للإجراءات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية وفقاً لنص المادة (١٠٠) منها. خاصة وأن المواد أرقام (٣٦) و (٣٨) و (٢٥) و (٤٩) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري قد أحالت إلى المناقصة العامة كأساس للشروط العامة، في حالة خلو أساليب الشراء المنصوص عليها في تلك المواد من تنظيم إجراءات معينة، إذ يتضح من هذه النصوص أن الأساس في الشروط هو المناقصة العامة وليست المحدودة، ولذا كان يتعين أن يكون شرط حسن السمعة موجوداً ضمن أحكام وشروط المناقصة العامة وليست المحدودة.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن أنه «يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق»^(٢).

كما قررت المحكمة ذاتها بأنه «يُشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة، وهذا قيد لمصلحة المرفق فللإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها، ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لايحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة»^(٣).

(١) تنص المادة (٣) من القانون على أنه «يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في مصر أو في الخارج، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة».

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق: جلسة ١٩٥٩/٥/٩. (أنظر سابقاً، ص ١١٨).

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٦٧ - لسنة ٥ بجلسة (١٩٦٢/٢/١٧) ٣٣٤/٣٨/٧٧. مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ١٧١.

وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى المبدأ ذاته، حيث قررت بأن ((المشرع اشترط دائماً فيمن يقوم بالتعاقد مع إحدى الجهات الخاضعة للقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ المشار إليه أن يكون متمتعاً بحسن السمعة، وهذا القيد المقرر لمصلحة المرفق أكدته النصوص السالفة البيان، فلا يكفي في التعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية، بل يجب أن يتوفر إلى ذلك حسن السمعة. وللإدارة الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها، ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة))^(١).

وبناءً على ما تقدم من تشريعات وأحكام قضائية وفتاوى، يتضح مدى أهمية توافر شرط حسن السمعة في المتعاقدين مع الإدارة، وما يؤدي إليه ذلك من إبرام العقود الإدارية مع أشخاص قادرين على تنفيذ التزاماتهم على أكمل وجه، بالتعاون مع جهة الإدارة من أجل الحفاظ على حسن سير وانتظام المرفق العام، وبالتالي يصبح من حق جهة الإدارة استبعاد أي عطاء، إذا ثبت لديها بأن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة على النحو الذي تم تفصيله آنفاً، حيث إنه لو لم يتم إعمال هذا الإجراء، فإن ذلك سيؤدي إلى قيام الإدارة بالتعاقد مع أشخاص لا يتمتعون بحسن السمعة، الأمر الذي سيؤدي غالباً إلى حصول إضرار بمصلحة المرفق ذاته وبالتالي بالمصلحة العامة.

ويلاحظ أن عدم توافر حسن السمعة يضاف إلى الحالات الأخرى التي تم ذكرها آنفاً، والتي ترتب استبعاد العطاءات، لما في ذلك من ضمان التعاقد مع أشخاص أكفاء حريصين على الالتزام ببندود العقود التي يبرمونها مع جهة الإدارة، وصولاً إلى الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من إبرام مثل هذه العقود. ونظراً للأهمية الكبيرة لتعاقدات الإدارة وأثرها على استمرارية المرفق العام في تقديمه خدماته للناس، فقد حرصت أغلب التشريعات وكذلك الأحكام والفتاوى، على إعطاء جهات الإدارة حق استبعاد أو حرمان بعض المقاولين أو الموردين من التقدم للمناقصات والمشتريات الحكومية، كضمانة لتلك الجهات، نقيها من التعاقد مع أشخاص غير مرغوب فيهم أو لهم سوابق معيبة مع جهات إدارية أخرى أو مع الإدارة ذاتها، وذلك كله حفاظاً على صالح المرفق العام ذاته على وجه التحديد، وكذلك الحفاظ على المال العام بصفة عامة.

وفي هذا الخصوص لابد من قيام الجهات الخاضعة للقانون بموافاة مجلس المناقصات (بالنسبة لمملكة البحرين) أولاً بأول بشأن الموردين والمقاولين المقصرين في تنفيذ التزاماتهم، لكي يتم اتخاذ الجزاءات والإجراءات المنصوص عليها في القانون نظراً لخطورة الأمر على المصلحة العامة للدولة، وعدم التساهل في ذلك.

(١) فتوى رقم ١٦٣ بتاريخ ١٩٨٨/٢/٨ جلسة (١٩٨٠/١٢/٩) ٤١ و ٤٢/٢١٩/٩١٢.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ١٧٣.

كما أن على المجلس والجهات المشترية التأكد أثناء تقييم العطاءات من مكانة وسمعة الشركة أو المؤسسة وسابق أعمالها ومواردها المالية والمهنية، وتدقيق مدى معقولية السعر المقدم خاصة عندما يكون قليلاً قياساً بالتكلفة التقديرية للمشروع وأسعار السوق بصفة عامة.

وفي هذا الصدد حبذا لو تم اعتماد استمارة لتقييم أداء الشركات والمؤسسات التي تتعاقد مع الجهات المشترية من قبل مجلس المناقصات ومن ثم قيام هذه الجهات بموافاة المجلس بها، حيث بذلك يستطيع المجلس بالتعاون مع الجهات المشترية الوقوف على مستوى أداء تلك الشركات والمؤسسات، الأمر الذي يساعد على تفادي المشاكل مستقبلاً.

الفصل الرابع

التأمينات

تمهيد وتقسيم:

التأمين في مجال العقود الإدارية هو ضمان لجهة الإدارة، شُرع لمصلحتها، ليؤمنها من الأخطاء التي قد تصدر من المورد أو المقاول المشارك في المناقصة، والتي قد تؤدي إلى الإخلال بإجراءاتها والتأثير على مبادئها العامة^(١)، وبالتالي تتسبب في خسارة للمال العام، إضافة إلى ضمان ملاءة المورد أو المقاول المتعاقد مع الإدارة عند مواجهة المسؤوليات التي قد تتعرض لها جراء إخلاله بالتنفيذ. وهو مبلغ مالي محدد بنسبة معينة، سواء من التكلفة التقديرية للعملية المطروحة أو من قيمة العطاء. وقد جرت العادة أن يوضح في دفتر الشروط أو في الإعلان عن المناقصة، أنه قابل للتحصيل مباشرة، عند إخلال المورد أو المقاول بالتزامه بعطائه، أو إخلاله بتنفيذ الأعمال التي وقعت عند حدوث الخطأ منه.

والتأمين إما أن يكون مؤقتاً أو نهائياً، كما أن هناك تأميناً للدفعة المقدمة، أو تأمين الأموال المحتجزة (في حالة الإنشاءات). ولكل منها هدفه في تحقيق ضمان انضباط المورد أو المقاول المشارك في المناقصة أو المتعاقد مع الإدارة، في التقيد بالالتزامات المترتبة عليه، سواء قبل البت بالإرساء على عطائه أو بعد تعاقد مع جهة الإدارة.

وعادة ما تكون تلك التأمينات متوفرة للمستفيد (جهة الإدارة) بمجرد إخلال المورد أو المقاول بالتزاماته تجاهها، دون حاجة للجوء إلى القضاء. حيث لا تكون مشروطة عادة بأي شرط، كما أنها ترتبط زمنياً بمدة صلاحية العطاء أو مدة أطول من ذلك قليلاً.

(١) د. نصر الدين محمد بشير: غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٩٨.

أنظر كذلك حكم المحكمة العليا المصرية والذي ذهب فيه إلى أن التأمين هو ((ضمان لجهة الإدارة يؤمنها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري، كما يضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بالتنفيذ)).

حكمها في الطعن رقم (١٢٨٩) بتاريخ ١٩٦٥/١/٢ لسنة ٨ ق، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، ١٩٥٥ - ١٩٦٥، ص ١٤٠٩.

- أنظر كذلك د. محمود خلف الجبوري: مرجع سابق، ص ١٢٥.

- د. عبدالرؤوف جابر: يرى بأن الضمانات المالية بصفة عامة هي وسائل قانونية لحماية الأموال العامة للمشروع، وحماية المشروع ذاته، وحماية أطراف العقد (مرجع سابق، ص ٣٠١).

ونظراً لأهمية التأمينات في مجال العقود الإدارية، تحرص أغلب التشريعات على تنظيمها بشكل تفصيلي بموجب قوانين المناقصات والمشتريات أو في اللوائح التنفيذية لهذه القوانين، ومثالاً على ذلك فقد أفرد المشرع المصري خمس مواد من القانون وثمانى مواد من اللائحة لتنظيم الأحكام المتفرقة المتعلقة بالتأمين الابتدائي والتأمين النهائي^(١). أما المشرع البحريني فقد خصص أربع مواد في قانون تنظيم المناقصات والمشتريات، وخمس مواد في اللائحة التنفيذية للقانون^(٢)، وتناولت الأحكام المتعلقة بالتأمين الابتدائي والتأمين النهائي.

هذا وسوف نتعرض بالدراسة بالتفصيل لنوعين مهمين من أنواع التأمينات من خلال المبحثين

التاليين:

المبحث الأول: التأمين الابتدائي.

المبحث الثاني: التأمين النهائي.

(١) أنظر المواد (١٨، ١٩، ٢٠، ٢١) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، والمواد (٣١، ٧٠، ٧٢، ٧٣، ٨٤، ٩٤، ٩٥) من اللائحة التنفيذية للقانون.

(٢) أنظر المواد (٢٨، ٣٨، ٣٩، ٤٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني، والمواد (٧٣، ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٧٧) من اللائحة التنفيذية للقانون.

المبحث الأول

التأمين الابتدائي

أهمية التأمين الابتدائي:

يعتبر التأمين الابتدائي من أهم مرفقات العطاء، إذ تضمنت أغلب التشريعات نصوصاً توجب ضرورة إرفاق التأمين الابتدائي مع العطاء، وإنه إذا لم يرفق التأمين مع العطاء يتم رفض هذا العطاء. ولاشك أن الحكمة من وجود التأمين الابتدائي هو ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المشاركة بالمناقصة، إضافة إلى الاطمئنان إلى ملائمة المالية وقدرته على التنفيذ وإلى سلامة نيته في تنفيذ العقد إذا ما أُرسيَت المناقصة على عطائه^(١)، وحتى لايسهل عليه سحب عطائه أو التعديل فيه بعد تقديمه، وفي الوقت ذاته يكون ضماناً لجهة الإدارة، تقيها شُرور قصد المورد أو المقاول أو تخاذله عن الالتزام بعطائه وتنفيذ العقد في حالة رسو المناقصة على عطائه. ويعد كذلك ضماناً من ناحية التزام الموردين والمقاولين الآخرين بالقوانين واللوائح، وبما جاء في عطاءاتهم طوال مدة صلاحيتها، خوفاً من مصادرة مبلغ التأمين الابتدائي. والمصادرة هنا مقررة بالنص دون حاجة إلى إنذار أو إلى اللجوء إلى القضاء أو حتى إقامة الدليل على حدوث الضرر^(٢).

ويعتبر إيداع التأمين الابتدائي شرطاً أساسياً للنظر في العطاء، ذلك أنه مقرر لمصلحة جهة الإدارة ومن ثم للمصلحة العامة، لضمان الجدية والالتزام بما جاء في العطاء وسلامة قصد المورد أو المقاول، ومن ثم فإن جزاء تخلف تقديم التأمين الابتدائي يتمثل في استبعاد العطاء^(٣). وسيتم التطرق إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، وآراء الفقه المختلفة في معرض الحديث عن الآثار المترتبة على عدم أداء التأمين الابتدائي في المطلب الثالث من هذا المبحث.

(١) د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

أنظر كذلك د. صلاح الدين فوزي: مرجع سابق، ص ١٦٥.

د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٨٧.

د. أحمد محمد جمعة: مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٢) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٦٦.

أنظر كذلك د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ٣٥٠.

(٣) د. إبراهيم محمد علي: مرجع سابق ٢٠٠٢، ص ٨٩.

أنظر كذلك:

د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي: المرجع السابق، ص ٩١.

د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٨١.

وسوف يتم تناول الموضوع بصورة أكثر تفصيلاً من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: التكيف القانوني للتأمين الابتدائي.

المطلب الثاني: الصور المختلفة للتأمين الابتدائي.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين الابتدائي.

المطلب الأول

التكليف القانوني للتأمين الابتدائي

الخلاف حول صيغة موحدة للتأمين الابتدائي:

اختلف الفقه في إضفاء صيغة موحدة للتأمين الابتدائي، فالبعض منه أطلق عليه لفظ التأمين المؤقت^(١)، فيما استقر آخر على لفظ التأمين الابتدائي^(٢)، وفريق أطلق عليها التأمينات الأولية^(٣)، وسماها البعض كفالة الدخول للعطاء^(٤). كما أن التشريعات هي الأخرى اختلفت في صيغة التأمين الابتدائي، حيث استخدم المشرع البحريني صيغة الضمان الابتدائي.

وأياً ما كان الأمر بالنسبة للتسمية، فإننا نرى بأن الألفاظ لا تغير في المعنى، وكل منها يفي بالمقصود وبالعبرة من نوع التأمين الذي يُرفَق بالعطاء، والذي يكون سبباً لقبوله ومن ثم النظر فيه، وكل منها يوحي بأن هذا التأمين مخصص لمرحلة محددة ولإجراءات معينة من إجراءات المناقصة، ألا وهي مرحلة فتح المظاريف وقبول العطاءات المستوفية للشروط، وبالتالي فإن ورود أي منها في هذا البحث يفي بالمفهوم والمقصود منه.

والهدف من فرض التأمين الابتدائي هو ضمان جدية مساهمة المتناقص والتزامه بعطاءه حتى نهاية إجراءات المناقصة، وكذلك لكي تتحقق جهة الإدارة من سلامة قصده في التنفيذ إذا مارست عليه المناقصة، إضافة إلى اطمئنان جهة الإدارة على ملاءمة المتناقص واستطاعته التنفيذ.

التكليف القانوني للتأمين الابتدائي:

وبشأن التكليف القانوني للتأمين الابتدائي، ذهب محكمة القضاء الإداري بمصر إلى أنه (المن المقرر في العقود الإدارية - التي هي من مجالات القانون العام التي تختلف عن مجالات القانون

(١) د. سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص ٢٥٣.

د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: مرجع سابق، ص ٢١٧.

د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١٨٨.

د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٦٦.

د. مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص ٤٢٥.

(٢) د. محمد ماهر أبو العنينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٨٠.

د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١١٣.

د. محمد ماجد محمود: مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٣) د. محمود خلف الجبوري: مرجع سابق، ص ٥٩.

(٤) د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ٣٠١.

الخاص - أن التأمين الابتدائي ضمان لتنفيذ التعاقد على النحو المتفق عليه في الشروط الخاصة بالمناقصة، وليست له صفة العربون المنصوص عليه بالمادة (١٠٣) من القانون المدني المصري^(١). فالعربون هو مبلغ من المال يدفع من قبل أحد المتعاقدين تمهيداً لإبرام عقد معين، فإذا عدل من دفع العربون عن إتمام العقد فقده، وإذا كان العدول من الطرف الآخر رد العربون ومثله. وبذلك يختلف العربون عن التأمين الابتدائي في أن جهة الإدارة عندما ترد مبلغ التأمين الابتدائي ترده كما هو فقط دون إضافة أي مبالغ أخرى.

ويلاحظ على الحكم المشار إليه، أنه أورد عبارة (ضمان لتنفيذ التعاقد)، وهذا لا يستقيم مع مفهوم التأمين الابتدائي، الذي يقدم مع العطاء لضمان الجدية وليس لضمان التنفيذ، حيث إن هذا الأخير يقدم بعد إرساء المناقصة، ويختلف عن التأمين الابتدائي في مبلغه وفي غايته.

ويرى جانب من الفقه بأن التأمين المؤقت هو ((مبلغ مالي يخصصه مقدم العطاء لمصلحة جهة الإدارة ضماناً لجدية العطاء وتعبيراً عن ملاءته المالية))^(٢).

ويزيد جانب آخر من الفقه قليلاً على ذلك ويقول، بأن التأمين المؤقت هو ((قيمة يضمنها العارض عرضه، ويخصصها لمصلحة الإدارة، وذلك ضماناً لجدية العارض، وتأييداً لحسن تنفيذه للالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض، والمستندة على إرادته المنفردة))^(٣).

والتأمين الابتدائي في رأينا هو مبلغ مالي، يحدد وفق القانون أو اللائحة التنفيذية أو القرارات ذات الشأن، وذلك بنسبة محددة من القيمة التقديرية للمناقصة أو من قيمة العطاء، وقد يكون نقدياً أو في صورة شيك أو خطاب ضمان أو تعهد وفق شروط محددة، يرفق مع العطاء الفني عادة، وتضمن الجهة المشتريّة بموجبه جدية المورد أو المقاول في المشاركة في المناقصة وملاءته

(١) تنص المادة (١٠٣) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه:

((١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر. كما نص القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ في المادة (٥٤) منه على أنه "إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه ألترزم برده ودفع مثله، وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر".

وقد أكد ذلك الاختلاف بين العربون والتأمين الابتدائي الحكم التالي.

حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٧٣٥ لسنة ١١ ق بجلسة ١٩٥٩/١/١١.

(أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٤٢٧).

(٢) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٣) د. مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص ٤٢٥.

المالية. ومن حق الجهة المشتريّة مصادرة هذا التأمين لصالحها إذا ما أخل المورد أو المقاول الذي رست عليه المناقصة بالتزاماته بالبدء في التنفيذ أو إذا انسحب بعد تقديمه للعطاء.

خصائص التأمين الابتدائي:

من التعريفات المتقدمة يتضح بأن التأمين الابتدائي يتميز بالخصائص التالية:

- ١ - إنه مبلغ مالي قد يتم تحديده برقم محدد أو بنسبة محددة من قيمة العطاء المقدم في المناقصة أو من القيمة التقديرية للمناقصة (كما سيتم بحثه لاحقاً).
- ٢ - أن يرفق التأمين مع العطاء الفني، ذلك أنه سبب من أسباب قبول العطاء، ففي الدول التي تأخذ بنظام المظروفين مثل جمهورية مصر العربية، فإن العطاءات الفنية تُفتح أولاً ويتم التأكد من توافر كافة الشروط العامة والخاصة في العطاء، ويعتبر التأمين الابتدائي من المتطلبات الجوهرية في العطاء، إذ يتم رفض العطاء إذا لم يكن متضمناً التأمين الابتدائي.
- ٣ - قد يكون التأمين في صورة نقدية أو خطاب ضمان أو شيك مصدق عليه من البنك الذي أصدره، أو في أية صورة يُنص عليها^(١). وتستقل جهة الإدارة بتحديد مبلغه.
- ٤ - يضمن التأمين الابتدائي ملاءة المورد أو المقاول، وذلك كدليل على وجود الوفاء المالي لدى المورد أو المقاول، ويضمن كذلك جدية المورد أو المقاول في متابعة سير إجراءات المناقصة، وعدم انسحابه بعد تقديمه لعطاءه.
- ٥ - إن الجهة المشتريّة تستطيع مصادرة التأمين الابتدائي في حالة إخلال المورد أو المقاول بالتزاماته دون حاجة للجوء إلى القضاء.

وهكذا فإن التأمين الابتدائي ليس بعربون، إنما هو أحد صور الضمانات المسماة في العقود الإدارية، استوجبه المشرع كضمانة لجهة الإدارة تستطيع مصادرتها لصالحها إذا ما أخل المتناقص بالتزاماته، خاصة من حيث بقاءه على عطائه حتى انتهاء صلاحيته أو صدور قرار الإرساء عليه، ومن ثم تقديمه التأمين النهائي وتوقيع العقد مع الجهة المشتريّة. ولا يعتبر التأمين الابتدائي هو الوحيد الجابر للضرر، إنما تستطيع الجهة المشتريّة الرجوع على المتناقص المخل بالتزاماته لجبر الأضرار الحقيقية والفعلية التي لحقت بها من جراء ذلك الإخلال^(٢).

وعلى الرغم من أهمية التأمين الابتدائي كضمان لجدية المورد أو المقاول للمشاركة في المناقصة، إلا أن بعض الدول بدأت تقلل من أهمية وجوده كسبب من أسباب قبول العطاءات، وذلك

(١) في مملكة البحرين قرر المشرع - بالإضافة إلى النقد والشيك وخطاب الضمان - على اعتبار بوليصة التأمين الصادرة من إحدى شركات التأمين المحلية المعتمدة، إحدى طرق الوفاء بالضمان الابتدائي والنهائي. (قرار مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤) (الجريدة الرسمية عدد ٢٦٦٧ تاريخ ٢٩/١٢/٢٠٠٤).

(٢) د. محمد ماهر أبو العنين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

على سند من القول - حسب رأي بعض الفقه - بأنه نتيجة لامتناع الاهتمام بالضمانات الفنية والمهنية، واعتبار سمعة الشركات والمؤسسات أكثر تأميناً من الضمانات المالية، بناءً على تعدد أساليب الشراء وحالتها، حيث أضحي مفهوم جدية صاحب العطاء بعرضه يستند على المكانة التجارية والفنية لشركته ومؤسسته لا على مقدار ما يودعه من مبلغ مالي مع عطائه^(١).

موقف التشريعات من طريقة تحديد قيمة التأمين الابتدائي:

تختلف التشريعات في طريقة تحديد مبلغ التأمين الابتدائي، فمنها ما يحدده بنسبة محددة من التكلفة التقديرية للعملية موضوع المناقصة، ومنها ما يحدده بنسبة محددة من قيمة العطاء، ومنها ما يحدده بمبلغ محدد طبقاً للتكلفة التقديرية للعملية.

ففي جمهورية مصر العربية أوجبت المادة (١٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت، تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز ٢% من القيمة التقديرية، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ. وفي ظل هذا الحكم بشأن طريقة تحديد مبلغ التأمين الابتدائي بما لا يجاوز ٢% من القيمة التقديرية، اختلف بعض الفقه حول مدى تقدير الموردين أو المقاولين للقيمة التقديرية للعملية موضوع المناقصة، ومن ثم معرفتهم للرقم المالي المخصص لها من خلال مبلغ التأمين الابتدائي الذي تحسبه جهة الإدارة وتضعه ضمن شروط الإعلان.

حيث يرى جانب من الفقه^(٢) بأن تحديد مبلغ التأمين الابتدائي في شروط الإعلان عن المناقصة، وفي ظل وجود نص المادة (١٧) المشار إليها بأنه لا يجاوز ٢% من القيمة التقديرية، يمكن أن يقود إلى أن يتعرف المتناقصون على القيمة التقديرية للعملية، فيتم تقديم عطاءاتهم على أساسها، وبالتالي فإن ما هو سري ومحفوظ لدى جهة الإدارة أضحي معلوماً لمن قصد المشرع أن يخفيه عنهم^(٣)، خاصة إذا ما أخذ في الاعتبار أن جهة الإدارة عادة ما تأخذ بالحد الأقصى لنسبة التأمين، وهو ٢% من القيمة التقديرية للعملية، درءاً للمسئولية، والتزاماً بجانب الأمان.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن ذلك الرأي غير سديد، حيث إن جهة الإدارة ليست ملزمة بتحديد مبلغ التأمين الابتدائي بواقع ٢% من القيمة التقديرية، إنما أجاز لها المشرع أن تحدد مبلغ التأمين فيما لا يجاوز هذه النسبة الأخيرة، وبالتالي تصبح لديها المرونة في ذلك ما بين حديها الأدنى والأقصى، فيما ستظل القيمة التقديرية أمراً غير معلوم، إضافة إلى ذلك فإن الإرساء اليوم أصبح مرتبطاً بالمعايير الفنية أيضاً وليس فقط بالسعر الأقل، وعليه فلا يمكن الاعتداد بالنقد المشار إليه آنفاً

(١) د. مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص ٤٢٧ (في معرض حديثه عن الوضع الحالي في فرنسا نتيجة صدور

المرسوم رقم ١٦٧/٥٩ بتاريخ ١٩٥٩/١/٧، الذي ألغى نظام التأمينات المؤقتة).

(٢) د. صلاح الدين فوزي: مرجع سابق، ص ١٦٤.

لمجرد فقط تقديم سعر أقل من التكلفة التقديرية، حيث إن السعر الأقل في ظل القانون الحالي للمناقصات والمزايدات ليس مبرراً للإرساء ما لم يقترن بأفضلية الشروط والمواصفات^(١).

ويضيف أصحاب هذا الرأي بأن التحديد الحالي للمبلغ المقطوع فيما لايجاوز ٢% من القيمة التقديرية، قد تفادي العديد من المشاكل العملية التي كانت موجودة في ظل القانون السابق، عندما كان يقرر حساب التأمين الابتدائي كنسبة مئوية من قيمة العطاء، وخاصة ما كان يتعلق منها بالأخطاء الحسابية الواردة في العطاء، وإذا ما تم تقديم عطاء مرادف للعطاء الأصلي وما إذا كان حساب التأمين الابتدائي يتم على أساس الكميات المطروحة أم على أساس الكميات الواردة بالعطاء، إضافة إلى وجود البنود الاختيارية.

وأخيراً يرى هذا الجانب من الفقه بأن المشرع أجاد بسلوكه هذا النهج في القانون الحالي بتحديد مبلغ التأمين الابتدائي بما لايجاوز ٢% من القيمة التقديرية للعملية.

ونؤيد ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأخير، ذلك أن الهدف من تحديد التكلفة التقديرية هو وضع الميزانية المقررة للمشروع موضوع المناقصة، حتى يتم إدراجها ضمن الميزانية السنوية للجهة المشتريّة، والحصول على الموافقات من الجهات المختصة عليها. إضافة إلى ضرورة تحديد سقف مالي يتوجب التقيد به إذا ما ارتفعت أسعار العطاءات عنه، على أن يكون هذا السقف قد تم تحديده بناءً على دراسة حقيقية لأسعار السوق، حيث إذا ما تعدت أسعار العطاءات هذا السقف بصورة مبالغ فيها، فإن هذا يعني أن الفنيين في الجهة المشتريّة فشلوا في دراسة أسعار السوق دراسة جيدة، أو أن الأسعار المقدمة هي أسعار مبالغ فيها وغير واقعية. حيث أنه وبناءً على ذلك كلما كانت الأسعار قريبة من التكلفة التقديرية للعملية، كلما كانت دراسة تحديدها قريبة من الواقع وأسعار السوق ومبنية على أسس سليمة، وتعني في الوقت ذاته جدية أصحاب العطاءات في المشاركة في المناقصة وحسن تقديرهم للعملية المطروحة. وحتى لو تم افتراض معرفة الموردين أو المقاولين بقيمة التكلفة التقديرية للعملية موضوع المناقصة، فإن ذلك لا يؤثر على الأسعار التي يرونها تحقق الفائدة لهم وتقيهم الخسارة.

وبناءً على ذلك لا نرى أن هناك ثمة مؤشرات قد يستند إليها الموردون أو المقاولون في معرفة التكلفة التقديرية للعملية المطروحة، في ظل تحديد نسبة التأمين الابتدائي بنسبة معينة من التكلفة التقديرية، خاصة وإن الجهة المشتريّة لديها حدود تتحرك في مجالها بما لايجاوز ٢%. وليس صحيحاً بأن هذه الجهة ستطلب دائماً الحد الأقصى للنسبة، وإلا ستكون قد انحرفت بالسلطة وأثرت على حساب الموردين أو المقاولين.

(١) د. عاطف سعدي محمد: المرجع السابق، ص ٢٦٨.

ورغم ذلك قد يحدث وأن تُطرح بعض من المناقصات التي يجوز فيها للمتأقسين التقدّم بجزء من السلع أو الخدمات المطلوبة، فهل من المعقول أن يقدم الجميع النسبة التي تقرها جهة الإدارة؟ إن التساؤل السابق يمثل فعلاً إشكالية في حالة الأخذ فقط بنسبة محدّدة من التكلفة التقديرية كضمان ابتدائي، ولذلك فإن ما ذهب إليه المشرع البحريني من جعله الضمان الابتدائي بنسبة ١% من قيمة العطاء أو المبلغ المحدد وفق جدول فئات الأسعار التقديرية، يعتبر هو المخرج القانوني لمثل تلك الإشكالية، حيث إنه إذا ما كانت المناقصة لتقبل التجزئة فإن الضمان الابتدائي يحدّد بمبلغ معين طبقاً للتكلفة التقديرية للمناقصة، أما إذا كانت تقبل التجزئة فيكون الضمان الابتدائي بنسبة ١% من قيمة العطاء، وهنا إذا ما تقدّم المتنافس مثلاً بأجزاء معينة من المواد المطلوبة، فيقدّم ضمانه الابتدائي بنسبة ١% من قيمة هذه الأجزاء فقط وليس من قيمة كل المواد المطلوبة.

ولم يشأ المشرع البحريني تحديد نسبة أو مبلغ التأمين الابتدائي في القانون، حتى لا يصبح ذلك جامداً يصعب تعديله فيما بعد، إذا ما استجد أي جديد مستقبلاً، بل أناط بمجلس المناقصات - وفقاً لحكم المادة (٢٨) من القانون - بصفته الجهة المركزية المسؤولة عن المناقصات الحكومية وعمليات الشراء التي تقوم بها الجهات الخاضعة للقانون، أن يحدّد مبلغ التأمين الابتدائي ومضمونه وشكله ومصدره ضمن شروط الإعلان، وذلك حسب قيمة المناقصة ونوعها^(١).

فسبب منح مجلس المناقصات سلطة تحديد مبلغ التأمين الابتدائي ومضمونه وشكله ومصدره، أن المجلس جهة مستقلة عن الجهات المشتريّة، وهو مسؤول عن المشتريات التي تجريها هذه الجهات، إضافة إلى مسؤوليته عن ضمان سير الإجراءات بنزاهة وشفافية، وإتاحة الفرص المتكافئة والمساواة بين الموردين والمقاولين، وبالتالي فهو من غير شك سيحدّد مبلغ التأمين الابتدائي بما لا يخالف أو يخل بالمبادئ المشار إليها.

وطبقاً للنص المشار إليه آنفاً، أصدر مجلس المناقصات القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ، حيث قررت المادة الثانية من هذا القرار ضرورة إرفاق ضمان ابتدائي مع كل عطاء بنسبة ١% من قيمة العطاء أو المبالغ المحددة في الجدول التالي أيهما أقل:

(١) تنص المادة (٢٨) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أنه ((يجب أن يؤدي مع كل عطاء ضمان ابتدائي (ضمان العطاء) يحدّد المجلس مبلغه ومضمونه وشكله ومصدره ضمن شروط الإعلان، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية . ويجب أن تتضمن وثائق العطاء شروط وأحكام الضمان، وأحكام المطالبة بمبلغه في الحالات التي تحددها اللائحة التنفيذية)).

القيمة التقديرية للمناقصات (بالدينار البحريني)	القيمة الثابتة للضمان الابتدائي (بالدينار البحريني)
أقل من ١٠٠.٠٠٠	٥٠٠
١٠٠.٠٠٠ وأقل من ٢٥٠.٠٠٠	١٠٠٠
٢٥٠.٠٠٠ وأقل من ٥٠٠.٠٠٠	٢٥٠٠
٥٠٠.٠٠٠ وأقل من ١.٠٠٠.٠٠٠	٤٠٠٠
١.٠٠٠.٠٠٠ فأكثر	٥٠٠٠

ويراعى في حالة التقدم بأكثر من عطاء أو مرادفات للعطاء الواحد أن يتم حساب مبلغ الضمان على أساس العطاء الأعلى قيمة.

وفي جميع الأحوال يجب أن لا تقل قيمة الضمان الابتدائي عن ١٠٠ (مائة) دينار بحريني. وعلى الرغم من أن المشرع البحريني قد تفادى النقد الموجه إلى المشرع المصري فيما يتعلق بتحديد نسبة محددة من قيمة التكلفة التقديرية بما لا يجاوز ٢% منها، وبالتالي إمكانية تقدير مبلغ التكلفة التقديرية من قبل الموردين أو المقاولين، وذلك عندما قرر المشرع البحريني تحديد الضمان الابتدائي إما بنسبة ١% من قيمة العطاء وإما بالمبالغ المحددة في الجدول حسب الفئة التي تقع فيها التكلفة التقديرية أيهما أقل، ووسع قليلاً ما بين الحد الأدنى والحد الأقصى لهذه التكلفة، إلا أننا نرى أن عبارة (أيهما أقل) قد تضر بالجهة المشتري بالنسبة لبعض العمليات، فمثلاً لو أن التكلفة التقديرية لمناقصة ما هي ٨٠.٠٠٠ (ثمانون ألف) دينار وسعر العطاء ٧٥.٠٠٠ (خمسة وسبعون ألف) دينار، فإنه حسب الجدول تقع التكلفة التقديرية في الفئة التي يكون الضمان الابتدائي لها ٥٠٠ (خمسمائة) دينار، بينما نسبة ١% من قيمة العطاء ستكون ٧٥٠ (سبعمائة وخمسون) ديناراً، ولكن في ظل وجود عبارة (أيهما أقل) فإن الضمان الابتدائي هنا سيكون ٥٠٠ دينار وليس ٧٥٠ ديناراً، وبالتالي ستكون الجهة المشتري هي المتضررة نتيجة هذا الفرق بين المبلغين. والحال ذاته ينطبق فيما لو كانت التكلفة التقديرية لعملية أقل من ٥٠.٠٠٠ (خمسون ألف) دينار حيث بعبارة (أيهما أقل) سيكون الضمان دائماً أقل من ٥٠٠ (خمسمائة) دينار وذات الأمر ينطبق على فئات المبالغ الأخرى المنصوص عليها في الجدول.

ومن ناحية ثانية وضع المشرع البحريني حداً أقصى لمبلغ الضمان الابتدائي، وهو ٥٠٠٠ (خمسة آلاف) دينار مهما كانت التكلفة التقديرية وقيمة العطاء فيما يفوق ١.٠٠٠.٠٠٠ (مليون) دينار. ولا نشاط المشرع البحريني فيما ذهب إليه في هذا الشأن، حيث إن مبلغ الضمان الابتدائي بالنسبة لمناقصة تكلفتها التقديرية ١.٠٠٠.٠٠٠ (مليون) دينار يتساوى مع مناقصة أخرى تكلفتها التقديرية ١.٠٠٠.٠٠٠ (عشرة ملايين) دينار، وسيكون مقدار مبلغ الضمان في جميع الأحوال ٥٠٠٠ (خمسة آلاف) دينار، ولا سيما في ظل وجود عبارة (أيهما أقل) المشار إليها آنفاً، وبهذا لن

يتحقق الهدف المنشود من فرض الضمان الابتدائي، وهو ضمان الجدية في المشاركة في المناقصة والالتزام بالعطاء، إذ إن مبلغاً كهذا قياساً بسعر العطاء المقدم لا يمثل ضماناً للجهة المشتريّة، لإجبار المورد أو المقاول على الالتزام بعطاءه وعدم انسحابه من المناقصة، نظراً لضآلة المبلغ، إضافة إلى أن تحديد مبلغ يلزم كافة الموردين أو المقاولين بغض النظر عن أسعار عطاءاتهم فيه، أمر فيه إجحاف بحقهم، إذ من غير المعقول إن يدفع المورد أو المقاول مبلغاً مقداره ٥٠٠٠ (خمسة آلاف) دينار كتأمين ابتدائي، عن سعر عطاء بقيمة خمسة ملايين دينار، بينما يدفع مورد أو مقاول آخر عن المناقصة ذاتها المبلغ نفسه عن عطاء بقيمة عشرة ملايين دينار مثلاً.

وترتيباً على ذلك ولئن استطاع المشرع البحريني تحاشي النقد الذي وُجّه إلى المشرع المصري كما سبق بيانه، إلا أن الطريقة التي وُضِع بها الجدول المشار إليه، قد تتسبب عنه عدم تقيد المتنافسين بعطاءاتهم، ومن ثم انسحابهم أو عدم التزامهم بالتنفيذ، خاصة في ظل عبارة (أيهما أقل) الواردة في نص المادة الثانية من القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ المشار إليه.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يحبذ ذكر الطريقتين المشار إليهما في القرار بشأن تحديد التأمين الابتدائي في الإعلان عن المناقصة أو في الدعوة إليها، حيث إن ذلك القرار مخاطب به الوزارات والجهات الأخرى الخاضعة للقانون، وعليها أن تختار أيّاً من الطريقتين لتحديد قيمة التأمين الابتدائي، طبقاً لنوع العملية موضوع المناقصة، وبالتالي لا يجوز أن يُذكر في الإعلان مثلاً أن على المورد أو المقاول (أن يدفع تأميناً ابتدائياً بقيمة ٥٠٠ دينار أو ١% من قيمة عطاءه)، وإنما المفروض أن يُنص على المبلغ أو النسبة حتى لا تختلف قيمة التأمين الابتدائي من مورد أو مقاول لآخر عن السلع ذاتها أو الأعمال المطلوبة عينها، ولكن المعمول به حالياً طبقاً للإعلان النموذجي الصادر من مجلس المناقصات، أن الإشارة للتأمين الابتدائي تتم بالطريقتين في الإعلان ذاته.

وعلى هذا ينبغي الاقتصار على ذكر طريقة واحدة لتحديد التأمين الابتدائي وليس الطريقتين معاً، وذلك طبقاً لنوع العملية، وما إذا كان يمكن تحديد قيمة التأمين بأي من تلكما الطريقتين.

وبهذا يكون المشرع البحريني موفقاً في تحديده للتأمين الابتدائي بطريقتين، إما مبلغاً محدداً وفق التكلفة التقديرية للمنافسة، أو نسبة محددة من قيمة العطاء، حيث أن سيدفع جميع المورد والمقاولين نسبة محددة ومعلومة من قيمة عطاءاتهم، كل حسب سعره، وهذا فيه مساواة وعدالة، وعدم وجود انحراف بالسلطة من جانب الإدارة من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يستطيع أيّ من الموردين أو المقاولين التكهّن بقيمة التكلفة التقديرية للعملية موضوع المناقصة فيما لو تم استخدام الطريقة الأخرى، لأنها ليست نسبة محددة من التكلفة التقديرية، إنما هي مبلغ محدد وفق الجدول المشار إليه، إضافة إلى اطمئنان الإدارة إلى ملاءة المورد أو المقاول، وضمان جديته في المشاركة في المناقصة والالتزام بعطاءه.

على أنه يمكن استخدام أي من الطريقتين طبقاً لنوع المناقصة ومدى إمكانية تحديد التأمين الابتدائي لها وليس ذكر الطريقتين معاً في الإعلان، ولكن مع مراعاة الملاحظات التي سقناها حول الجدول آنفاً.

لهذا فينبغي النص في عجز المادة (٢٨) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، على استبعاد العطاء غير المصحوب بالتأمين الابتدائي، وذلك على غرار ما هو وارد بالقانون المصري^(١) والقانون العماني^(٢) والقانون القطري^(٣).

وحساب مبلغ التأمين الابتدائي كنسبة من قيمة العطاء متبع من قبل بعض دول المنطقة وبعض الدول العربية الأخرى، حيث إنه في المملكة العربية السعودية يتراوح الضمان الابتدائي ما بين ١ و ٢% من قيمة العطاء^(٤)، وفي سلطنة عمان^(٥) لا يقل عن ٢% من قيمة العطاء، وفي دولة الإمارات العربية المتحدة^(٦) لا يقل عن ٥% من قيمة العطاء، وفي لبنان^(٧) يساوي ٣% من قيمة العطاء، وفي ليبيا^(٨) ٠.٥% من قيمة العطاء.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن التأمين الابتدائي يحدّد بنسبة لا تقل عن ٢٠% من قيمة العطاء، على أن لا تتجاوز ٣ ملايين دولار^(٩)، وفي بولندا تحدد قيمة التأمين الابتدائي ما بين ٠.٥% إلى ٣% من القيمة التقديرية^(١٠)، وفي باكستان لا تتجاوز قيمة التأمين الابتدائي ٥% من قيمة العطاء^(١١).

(١) المادة (١٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) المادة (٤٣) من نظام المناقصات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٩.

(٣) المادة (٣٦) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الصادر بالقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥.

(٤) المادة (٢) الفقرة (د) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ بتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ.

(٥) المادة (٤٣) من نظام المناقصات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٦.

(٦) المادة (٣٢) من القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة.

(٧) دفتر الشروط المعد في ضوء المادتين (١٢٦)، (١٢٧) من قانون المحاسبة العمومية اللبناني.

(٨) أشار إليه د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ٤٣٣.

(٩) المادة (٥٢) من لائحة العقود الإدارية.

(١٠) أشار إليه د. مازن ليلو ماضي: مرجع سابق، ص ٨٨.

(11) Federal Acquisition Regulation as of January 1, 2004 Article:24.101-2b.

(12) Public procurement Law, 29 January, 2004, Article 45/4.

www.sigmaxweb.org/dataoecd/52/53/350/546.pdf.

(13) Public procurement Rules, 2004, Article.25.

<http://www.pakistan.gov.Pk/divisions/science and technology research- division/ media/public-procurement-rules-2004.htm>.

وكما كانت نسبة التأمين الابتدائي عالية، كلما كان ذلك أحوط لجهة الإدارة وأضمن لها، في تقيد المورد أو المقاول بالجدية والالتزام بعطاءه، خوفاً من مصادرة مبلغ التأمين، لذلك نرى زيادة نسبة التأمين الابتدائي، لتصبح ٣% من قيمة العطاء وليس ١% كما هو معمول به حالياً في مملكة البحرين.

ويُفترض في التأمين الابتدائي أن يكون صالحاً حتى انتهاء فترة صلاحية العطاء أو بعد انتهائها بمدة بسيطة، وإذا ما تقرر تمديد هذه الصلاحية، فإنه من المتوجب تبعاً لذلك، أن يتم تمديد صلاحية التأمين بذات مدة تمديد صلاحية العطاء، وإلا فسنكون أمام عطاء غير مصحوب بتأمين ابتدائي صالح.

الإعفاء من التأمين الابتدائي:

قد يُنص في بعض التشريعات على جواز إعفاء جهات معينة أو شركات من دفع التأمين الابتدائي، مثلما كان منصوصاً عليه في المادة (٢١) من قانون المناقصات والمزايدات المصري السابق رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، من إعفاء الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية، المشهرة وفقاً للقانون من التأمين المؤقت والنهائي، إضافة إلى جواز أن تقوم السلطة المختصة - بعد موافقة لجنة البت - بإعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائي، إذا ما طلبت ذلك في عرضها، وبشرط أن يكون قرار الإعفاء مسبباً^(١).

إلا أن القانون المصري الجديد رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ لم يورد الاستثناءات السابقة على حكم دفع التأمين الابتدائي، وعليه فقد أضحت الجهات المشتريّة المشار إليها ملزمة بدفع هذا التأمين.

ويذهب رأي إلى تأييد هذا الإجراء الأخير الذي قام به المشرع، كما نؤيد بدورنا هذا الاتجاه لسبب بسيط، وهو أن القانون الحالي اشتمل على عدة أساليب للشراء، منها الشراء المباشر إذا تحققت شروطه، وبالتالي فإنه يجوز للجهة الإدارية أن تتعاقد مباشرة مع الهيئات العامة أو شركات القطاع العام أو غيرها من الجهات الحكومية الأخرى، وحيث إن الجدية مفترضة فيما بين هذه الجهات، فإنه يمكن إجراء التعاقد دون طلب التأمين الابتدائي في هذه الحالة، أما إذا شاركت إحدى هذه الجهات مع بقية الموردين والمقاولين في تقديم عطاء لمنقصة ما، فإنه لايجوز - إعمالاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص - أن تُستثنى الجهة الحكومية هذه من دفع التأمين الابتدائي، ولعل هذا ما حدا بالمشرع المصري إلى إلغاء الاستثناء الذي كان وارداً في القانون الملغى^(٢).

(١) المادة (١٦) من المرسوم التشريعي السوري رقم (٢٢٨) لسنة ١٩٦٩ بشأن نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري، تعفى المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت التابعة لها من تقديم التأمينات الأولية.

(٢) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٠٠.

والسبب ذاته ينسحب على الشركات المحتكرة، حيث إنه يتم التعاقد معها مباشرة دون مناقصة ودون وجود منافسين آخرين، وبصفتها الشركات الوحيدة الممولة للسلعة أو الخدمة المطلوبة فإن جهة الإدارة تستطيع التعاقد معها مباشرة وبالسعر الذي تحدده، وعليه فإن هذه الشركات ستكون بلاشك جادة في تقديم أسعارها، وهي إذا لم تلتزم ابتداءً بعطاءاتها، فإن جهة الإدارة لاتملك عند نشوء تنازع بينهما إلا الوصول معها إلى الحلول التوافقية دون الجزاءات أو مصادرة التأمين الابتدائي، باعتبار أن انسحاب أي من هذه الشركات أو تلك أو عدم تنفيذها للعقد يعني خسارة فادحة لجهة الإدارة وللمرفق العام والمصلحة العامة ككل.

وفي هذا الشأن نرى أنه لتحاشي تحقق خسائر وتأثر المصلحة العامة للدولة، يتطلب الأمر دائماً التفكير جدياً في إيجاد بديل أو رديف للشركات المحتكرة، حتى لا تتحكم في الأسعار وفي فرض طلباتها وشروطها على جهة الإدارة.

وحسناً فعل المشرع البحريني عندما لم يستثن أية جهة أو شركة من دفع التأمين الابتدائي، وذلك لضمان تحقيق المساواة والعدالة، وإتاحة الفرص المتكافئة لجميع الموردين والمقاولين، وهو مما أتاح للجهات الخاضعة لأحكام القانون التعاقد فيما بينها بطريق التعاقد المباشر.

رد التأمين الابتدائي:

طبقاً للمادة (٧٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، والمادة السادسة من قرار مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ السابق الإشارة إليه^(١)، يتعين على الجهة المشتريّة إعادة الضمان الابتدائي في الحالات التالية:

- ١ - انقضاء أجل الضمان.
- ٢ - نفاذ عقد الشراء وتقديم ضمان التنفيذ.
- ٣ - إلغاء المناقصة.
- ٤ - سحب العطاء قبل الموعد النهائي لتقديم العطاءات.

وفي هذا الخصوص فإن انقضاء أجل الضمان كسبب لرده إلى صاحبه ليس مبرراً، حيث قد ينقضي أجل الضمان فعلاً، ولكن الجهة المشتريّة تكون ما تزال مستمرة في عملية تقييم العطاءات، التي هي الأخرى قد تنتهي صلاحيتها، ومن ثم يُطلب من أصحابها تمديدتها بالأسعار والشروط نفسها، طبقاً لنص المادة (٢٧) من القانون والمادة (٤٦) من لائحته التنفيذية، وبالتالي يُطلب تبعاً لذلك من الذين وافقوا على تمديد عطاءاتهم بالأسعار والشروط نفسها أن يجددوا ضمانات عطاءاتهم أو أن يقدموا ضمانات جديدة. وعليه فإنه في هذه الحالة لا يرد الضمان بقدر ما يطلب تجديده، والأدق هنا أن يرتبط رد الضمان الابتدائي بانتهاء فترة صلاحية العطاء وليس الضمان ذاته، حيث

(١) أنظر سابقاً، ص ١٣٩.

إنه عادة ما تكون فترة صلاحية الضمان مساوية أو أطول قليلاً من فترة صلاحية العطاء. وبالنسبة لسحب العطاء قبل الموعد النهائي لتقديمه، فإن هذا الحكم جاء متوافقاً مع حكم المادة (٤٦) السابق الإشارة إليها، من أن لصاحب العطاء الحق في رفض مد فترة سريان عطائه دون أن يسقط حقه في استرداد ضمان العطاء بعد انتهاء فترة سريان عطائه.

وطبقاً للمادة (١٤) من لائحة المناقصات العامة للهيئة العامة للإسكان بدولة الكويت تكون صلاحية التأمين طيلة مدة سريان العطاء، حتى تتم الترسية ويبلغ بها الأطراف المعنيون، ويتم توقيع العقد فعلاً مع الفائز بالعطاء، وبعد توقيع العقد يتم رد التأمين الابتدائي الخاص بالعطاءات غير الفائزة لأصحابها. والسبب في حجز التأمينات الابتدائية حتى يتم توقيع العقد هو تمكين الجهة المشتريّة من اختيار المتناقص التالي إذا ما نكص الفائز بالمناقصة عن التزامه^(١).

بينما قرر المشرع المصري في المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات مصادرة التأمين المؤقت، في حالة انسحاب مقدم العطاء من المناقصة قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية^(٢).

وعلى الرغم من أن لكل من المشرعين الكويتي والمصري مبرراته في إقرار تلك الأحكام المشار إليها، إلا أن المشرع البحريني قد وفق في إعادة الضمان الابتدائي إلى المورد أو المقاول المنسحب قبل فتح العطاءات، ذلك أن انسحاب مقدم العطاء قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف، لا يخل بالإجراءات أو بالمبادئ العامة للمناقصة أو بالسرية، ولذلك لا ضرر من استحقاق مقدم العطاء المنسحب لتأمينه الابتدائي، حيث إن الجدية التي هي أساس فرض التأمين الابتدائي تكون مطلوبة بطبيعة الحال في لحظة فتح المظاريف وما يتلوها من إجراءات قد تتوج بالإرساء، أما ما قبل ذلك فيجوز لمقدم العطاء إعادة النظر في تقدمه للمناقصة والانسحاب منها، و ما أخذ به المشرع البحريني في حكمه السابق له أصل في المادة (٣٢ - ٢) (د) من قانون (اليونسترال)^(٣).

(١) د. مصطفى المتولي: مرجع سابق، ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) كما نصت المادة (١٧) من لائحة المناقصات العامة للهيئة العامة للإسكان بدولة الكويت المنشأة بالقانون رقم ٧٤/١٥، على مصادرة التأمين الأولي عند سحب مقدم العطاء لعطائه قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف.

(٣) نصت المادة (٣٢-٢) من قانون اليونسترال على أنه «لا يجوز للجهة المشتريّة أن تطالب بمبلغ العطاء وعليها أن تقوم على الفور بإعادة أو تأمين إعادة وثيقة ضمان العطاء بعد المواعيد التالية، أيهما أسبق:
أ - إنقضاء أجل ضمان العطاء.

ب - نفاذ عقد الاشتراء وتقديم ضمان لتنفيذ العقد إذا كان هذا الضمان مطلوباً بموجب وثائق الاشتراء.

ج - انتهاء إجراءات المناقصة دون نفاذ عقد الاشتراء.

د - سحب العطاء قبل الموعد النهائي لتقديم العطاءات، ما لم ينص في وثائق الاشتراء على عدم السماح بهذا السحب».

أما بالنسبة لرد التأمين الابتدائي حسب القانون المصري، فإنه بموجب المادة (١٧) منه، يجب رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة دون توقف على طلب منهم، وذلك فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء. وقد حددت المادة (٧٢) من اللائحة التنفيذية للقانون أن يكون ذلك الرد خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء، أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول.

والتأمين الابتدائي يتخذ صوراً عديدة، عادة ما ينص عليها في القانون أو في اللوائح أو في القرارات، ومن خلال المطلب التالي سوف يتم بحث تلك الصور بشيء من التفصيل.

المطلب الثاني

الصور المختلفة للتأمين الابتدائي

تتعدد صور أو أشكال التأمين الابتدائي طبقاً للتشريع الذي ينظمها، ففي مملكة البحرين وبموجب قرار مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ، تعد المادة الثالثة منه صريحة ومرنة في الوقت ذاته فيما يتعلق بتحديد الصور المختلفة للتأمين الابتدائي، حيث استلزمت أن يكون الوفاء بالضمان الابتدائي، نقداً أو بشيك مصدق عليه بالقبول من أحد البنوك المحلية المعتمدة، إضافة إلى قبول الشيكات المسحوبة على بنوك خارجية معتمدة، أو بخطاب ضمان صادر من أحد البنوك المحلية أو الخارجية المعتمدة، وأخيراً بموجب بوليصة تأمين من إحدى شركات التأمين المحلية المعتمدة، على أن يكون الضمان صالحاً طوال مدة صلاحية العطاء وغير مقترن بأي قيد أو شرط.

وعليه فإن المشرع البحريني سار على نهج المشرع المصري في تحديد صور التأمين الابتدائي ما عدا الصورة الأخيرة (بوليصة التأمين)، التي لم يضمنها المشرع المصري تشريعاً، إضافة إلى أن قانون (اليونسترال) في مادته (٣٢)، لم يقر صور محددة لسداد التأمين الابتدائي، إنما ترك ذلك للجهة المشترية، على أن يتم إدراج كافة تفاصيل التأمين، وثائق المناقصة. ونعرض فيما يلي إلى كل من تلك الصور بشيء التفصيل.

أولاً - أداء التأمين الابتدائي نقداً:

لم يحدد قرار مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ المشار إليه، كيفية تقديم التأمين الابتدائي نقداً، على غرار ما نصت عليه المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، بشأن إيداع المبلغ في خزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمي، يثبت في العطاء رقمه وتاريخه وعدم احتساب فائدة على المبلغ.

لا شك بأن تسليم المبلغ للجهة الإدارية مقابل إيصال رسمي إجراء مفروغ منه، وعدم النص عليه لا يعني عدم القيام في مثل هذه الحالة، وقد طبق مجلس المناقصات ذلك في أكثر من حالة، ولضمان فعالية مثل هذا الإجراء يكون من الأفضل وجود نص يضيف عليها صفة الإلزام.

ويؤدي التأمين الابتدائي في هذه الحالة بالعملة المحلية. وعلى الرغم من جواز أدائه نقداً وفق كل من القانونين المصري والبحريني، إلا أن طرق وصور الدفع الأخرى تعتبر عملية أكثر، إضافة إلى أنها تقلل من نسبة فقدان المبالغ النقدية أو الخطأ في حسابها، كما أنها تعتبر طريقة عديمة الجدوى بالنسبة للمناقصات الدولية.

ثانياً - الشيكات:

تقبل الشيكات كتأمينات ابتدائية ترفق بالعطاءات إذا كان مُصدقاً عليها بالقبول من قبل البنوك المحلية المعتمدة، أي مقبولة الدفع ومؤشر عليها بذلك من البنك الذي أصدرها المعتمد لدى الجهة المعنية بذلك، كما تقبل الشيكات المسحوبة على بنوك خارجية معتمدة لدى هذه الجهة الأخيرة، وهنا لم يستلزم القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ المشار إليه أن يكون التأشير على الشيك الصادر من بنك خارجي - كما فعل المشرع المصري - بأن يكون مقبولاً للدفع من قبل أي من البنوك المعتمدة المحلية، إنما اكتفى بأن يكون الشيك صادراً من بنك خارجي معتمد، ولم يوضح ما إذا كان هذا الاعتماد من قبل الجهة المشتريّة ذاتها أم من قبل مصرف البحرين المركزي.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن قبول الشيكات العادية غير المصدق عليها بالقبول من البنك الذي أصدرها؟

عند عرض هذا الموضوع على دائرة الشؤون القانونية، ذهبت إلى أنه ((ولئن ترك المشرع للمجلس تحديد شكل الضمان الابتدائي، إلا أنه يتعين على المجلس إذا حدد الضمان في صورة شيكات أن يلتزم بالأصول العامة، ومنها أن يكون الشيك معتمداً (مقبول الدفع)، وهو الذي يؤشر عليه من البنك المسحوب عليه بأنه مقبول الدفع، ويترتب على وضع هذه العبارة على الشيك واعتماد البنك لها التزام البنك المسحوب عليه بالوفاء بقيمة الشيك، بحسبان أن وجود توقيع البنك على الشيك يدل على وجود الرصيد طرفه فضلاً عن أنه يُشترط كأصل في أشكال الضمان غير النقدية أن تكون صك إئتمان، تضمن وفاء المتعاقد بتنفيذ التزاماته في حالة إخلاله بها، أما إذا كانت في صورة شيك عادي فإن ذلك يُفرضها من مضمونها الحقيقي وتصبح غير صالحة للوفاء بالغرض المقررة من أجله، ومن ثم فإن الشيك غير المعتمد المرفق بالعطاء هو شيك يخالف الأحكام المقررة في قانون المناقصات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، الأمر الذي يستوجب معه رفض العطاء المرفق به)).

وانتهت الدائرة أخيراً إلى أنه ((يتعين رفض العطاء المصحوب بضمان ابتدائي في صورة شيك عادي، ولايجوز للمجلس قبول هذا الشيك كضمان ابتدائي، أو أن يطلب من صاحب هذا العطاء أداء الضمان في شكل ضمان بنكي أو أي شكل آخر بعد الميعاد المحدد لفتح المظاريف))^(١).

كما قرر مجلس المناقصات رفض تظلم إحدى الشركات من قراره عدم قبول عطائها نتيجة كون شيك الضمان الابتدائي المرفق بعطائها غير مصدق من قبل البنك الذي أصدره، وانتهى المجلس

(١) فتوى دائرة الشؤون القانونية رقم ٢٠٠٣/١٠٧٠ بتاريخ ٢٠٠٣/٩/١٠. (غير منشورة).

إلى عدم جواز قبول الشيكات غير المصدقة، ومن ثم انتهى إلى رفض العطاءات غير المصحوبة بشيكات مصدقة^(١).

ونؤيد ما انتهت إليه الفتوى السابقة وقرارات مجلس المناقصات المنوه عنها، باعتبار أن الضمان الابتدائي يعتبر وسيلة تضمن لجهة الإدارة جدية صاحب العطاء في المشاركة في المناقصة، إضافة إلى أنها تحقق المساواة بين المتنافسين، والشيك غير المعتمد هو والعدم سواء، ولا يمكن أن يحقق ذلك الضمان المنشود لجهة الإدارة أو الغرض الذي تغياه المشرع من فرض الضمان، ولذا لا بد أن يكون الشيك كضمان ابتدائي معتمداً أو مؤشراً عليه بالقبول من قبل البنك الذي أصدره البنك المسحوب عليه، وهذا ما تطلبه القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ عندما صدر لاحقاً.

أما المشرع المصري فقد أجاز قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصدقة أو معتمدة في حالة وجود ضمانات تقدر الإدارة كفايتها. وعلى الرغم من المرونة الكبيرة في هذا الحكم الوارد في نص المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، إلا أن المشرع لم يوضح أو يحدد تلك الضمانات وشكلها، الأمر الذي قد يتسبب في حدوث مشاكل عملية أثناء التطبيق.

والشيك وفقاً للعرض السابق، جمع بين كونه أداة وفاء وأداة ضمان في الوقت ذاته، ويعد أداة وفاء لأنه يقوم مقام النقود ويستحق بمجرد تقديمه للبنك، ويعد أداة ضمان من ناحية أخرى، إذ إن البنك يلتزم بالوفاء بقيمته حتى ولو لم يكن للساحب رصيد بالبنك المسحوب عليه، حيث عادة لا يمنح البنك خطابات الضمان إلا لزبائن معينين وبضمانات خاصة تمكنه من استيفاء حقه في أي وقت.

ثالثاً - خطاب الضمان:

تلعب خطابات الضمان دوراً ريادياً في المجالين الاقتصادي والتجاري، نظراً لكونها محل التأمين النقدي الذي تنص عليه القوانين والتشريعات، كمطلب أساسي وجوهري في إجراءات المشتريات الحكومية، سواء كتأمين ابتدائي أو تأمين نهائي، وباعتبار ما يشكله هذا الخطاب في هذه الحالة من فائدة عملية كبيرة لكافة الأطراف^(٢).

(١) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٨٨) المنعقدة بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٤، كما اتخذ المجلس قرارات مماثلة بجلساته أرقام (٣٣) و(١٢) و(٢٦) و(٢٩) المنعقدة في ١٧/٩/٢٠٠٣، ٢٦/١/٢٠٠٥، ١٣/٧/٢٠٠٥، ٣/٨/٢٠٠٥ على التوالي (غير منشورة).

(٢) د. سميحة القليوبي: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية، فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، مجلة العلوم والاقتصاد، العددان ١، ٢، مارس - يونيو ١٩٧٢، السنة ٤٢، ص ١.

وخطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدي، إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك أو بقية الأوراق التجارية، وإنما هو أداة ضمان فقط، ذلك أن طبيعة خطاب الضمان تختلف عن طبيعة الشيك، فلا يجوز للمستفيد منه تظهيره إلى غيره أو التنازل عنه لأي شخص آخر^(١).

وذهب رأي إلى أن خطاب الضمان هو تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب عميل له، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر ولغرض معين^(٢).

كما يذهب فقه آخر إلى أن خطاب الضمان هو ((الضمان المعطى من المصرف لأحد المتعهدين، وهو صورة من صور إقراض التوقيع))، لأنه لا يستتبع عملياً دفع نقود إلى المتعهد أو دائئه، بل هو عبارة عن كفالة لصالح المتعهد تجاه الغير^(٣).

وتنشأ الحاجة إلى خطاب الضمان عندما يجد شخص نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدي إلى شخص آخر، لكي يقبل هذا الأخير منحه أجلاً أو التعاقد معه، فيلجأ المطلوب منه الضمان إلى البنك مبرماً معه عقد اعتماد بالضمان، ويتفق في هذا العقد على أن يصدر البنك خطاب الضمان لصالح المستفيد وبالشروط التي يطلبها العميل. وتتولد هنا ثلاث علاقات ولكنها لا تتداخل ولا تؤثر أي منها في الأخرى، وهي علاقة العميل الأمر بالمستفيد، وقد تكون بيعاً أو مقاولاً أو عقداً آخر، وعلاقة العميل الأمر بالبنك وهي عقد اعتماد ضمان، وعلاقة البنك بالمستفيد وهي ناشئة من خطاب الضمان^(٤).

الخلاف حول التكييف القانوني لخطاب الضمان:

خطاب الضمان كما عرّفته المحكمة الإدارية العليا المصرية، ((هو كفالة شخصية تقوم مقام التأمين النقدي، تصدر من البنك للمدين الأصلي (المقاول أو المورد) لصالح الدائن (جهة الإدارة)، يلتزم بموجبها البنك بتسديد مبلغ نقدي محدد إلى الدائن عند طلبه دون تأخير. ولا يعتبر خطاب الضمان أداة وفاء كالشيك أو بقية الأوراق التجارية الأخرى، إنما هو أداة ضمان فقط))^(٥).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٩ ق بجلسة ١٩٦٣/٧/٢٠. مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٢) المركز العربي للبحوث القانونية، المصطلحات القانونية والقضائية المستخرجة من القوانين العربية، والمعتمدة بقرارات مجلس وزراء العدل العرب من الدورة (٧) لسنة ١٩٨٩ - الدورة ١٧ لسنة ٢٠٠٢ - بيروت، ص ٧٧. (أشار إليه د. أيمن جمعة: مرجع سابق، ص ٢٥١).

(٣) د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ٤٢٨.

(٤) د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون دار نشر، ١٩٨٩، ص ٥٧٠. وانظر في ذات المعنى د. رفيق محمد سلام: الجديد فقهاً وقضاءً في شرح أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وآخر تعديلاته بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية، الطبعة ٤، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ١٦٧.

(٥) حكمها في الطعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٣٣ ق بجلسة ١٩٩٥/١/٢٤، مجموعة المبادئ الإدارية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

وفي حكم آخر لها ذهبت إلى أن ((خطاب الضمان هو تعهد يلتزم بموجبه البنك بناءً على أمر عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد، بمجرد طلب هذا الإخطار خلال مدة معينة، ويعتبر التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد التزاماً ناشئاً بالإرادة المنفردة. وينقضي التزام البنك بانقضاء الأجل المحدد في خطاب الضمان دون استعمال أو مد فترته في الاتفاق مع العميل))^(١).

ومن الأحكام المتقدمة للمحكمة الإدارية العليا بمصر يتضح أن البنك مُصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد القيمة الواردة في هذا الخطاب نقداً عند أول طلب للجهة الإدارية المستفيدة، وذلك خلال الأجل المحدد لسريان الخطاب، بصرف النظر عن أية معارضة من العميل (الشخص الأمر)، ما دامت المطالبة بدفع القيمة نقداً قد وقعت خلال فترة سريان الخطاب^(٢).

وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى ((أن خطاب الضمان ليس إلا تنفيذاً لالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة، إذ هو بتقديمه خطاب الضمان قد أصبح مديناً لها (الإدارة) بالالتزام بأداء القيمة المبينة في الخطاب عند الطلب، ولا يخل ذلك بالالتزام المتعاقد مع الإدارة نفسه بهذا الالتزام، إذ هو لا يبرأ منه إلا إذا وفى البنك بالتزامه، وبذلك يكون لجهة الإدارة مدينان هما المتعاقد والبنك، حيث يلتزم كل منهما بأداء قيمة التأمين النهائي نقداً عند طلبه، ويتضمن الأمر في هذه الحالة إنابة للبنك في الوفاء بالدين الذي لجهة الإدارة قبل المتعاقد معها (قيمة التأمين)، مع استمرار قيام هذا المتعاقد بالدين المذكور إلى جانب التزام البنك به. وهذه هي الإنابة القاصرة التي أشار إليها القانون المدني في المادتين (٣٥٩)، (٣٦٠) فقرة ثانية).

وانتهت ذات الفتوى إلى ((أن البنك الذي أصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمة هذا الخطاب نقداً، عند أول طلب للجهة الإدارية خلال الأجل المحدد لسريان الخطاب، ذلك أن سداد هذه القيمة ليس معلقاً على رغبة المتعاقد المضمون، إنما هو التزام مفروض على البنك، بصرف النظر عن أية معارضة من المتعاقد، ما دامت المطالبة بالتجديد أو بدفع القيمة نقداً قد وقعت خلال مدة سريان مفعول الخطاب))^(٣).

= أنظر كذلك حكمها في الطعن رقم ١١٣١ لسنة ٣٣ ق، بجلسة ١٩٩٢/٣/٢٨، والطعن رقم ٧٥ لسنة ٤٥ ق، بجلسة ٢٠٠١/١/٢٠.

(أشار إليه د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٧١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣٢ ق، بجلسة ١٩٩٠/١/٩، مجموعة المكتب الفني بمجلس الدولة المصري (٣٥)، وسائط مدمجة، مرجع سابق، ص ٧٤٦.

(٢) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٢٧١ وما بعدها.

أنظر كذلك د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، ص ٤٣٧.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٥٤٤ تاريخ ١٩٦٤/٦/٢٠ =

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، يتضح عدم وجود اتفاق على التكييف القانوني لخطابات الضمان، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها في الطعن رقم (١٣٢٦) إلى اعتباره كفالة شخصية، وفي حكمها في الطعن رقم ١٩٣٣ إلى أن التزام البنك ناشئ بالإرادة المنفردة، بينما فتوى الجمعية العمومية رقم (٥٤٤) اعتبرت خطاب الضمان إنابة قاصرة.

كما اختلف الفقه كذلك بشأن ذلك، فهناك جانب من الفقه يرى بأن خطاب الضمان هو نتيجة تصرف الإرادة المنفردة، ذلك أن ضمان البنك لا يُعتَبَر عقداً بينه وبين المستفيد من خطاب الضمان، حيث إن التزام البنك لم ينشأ بموجب عقد إنما بإرادته المنفردة، استناداً إلى النصوص القانونية التي حددت أحكام الضمان وصيغته. كما لا يُعتَبَر عقداً بين البنك والعميل، ذلك أن إرادة العميل لا وجود لها في هذا الخطاب^(١).

فيما يرى جانب آخر بأن خطاب الضمان يتخذ من الاشتراط لمصلحة الغير أساساً قانونياً لالتزام البنك فيما يصدره من خطابات الضمان، باعتبار هذا القالب يتسع للعديد من التصرفات القانونية الثلاثية الزوايا، فالعميل (المشترط) يتعاقد مع البنك (المتعهد) على إنشاء حق مباشر للمستفيد يلزم البنك بأدائه، وللعميل مصلحة مادية واضحة، ذلك أنه بهذا الاشتراط يخفف الجانب السلبي من ذمته ويزيد الجانب الإيجابي في ذمة المستفيد بمقدار خطاب الضمان، والعميل بناء على ذلك، عندما يشترط حقاً فإنه لا يدخل المستفيد من ذلك طرفاً في العقد، فليس ثمة رابطة تعاقدية بين البنك والمستفيد^(٢).

وفريق ثالث من الفقه يرى أن خطاب الضمان صورة من صور الكفالة المصرفية، حيث إن عقد الكفالة المصرفية في هذا الخصوص ينعقد بين البنك (الكفيل) والدائن (المستفيد)، الذي قد تظهر فيه إرادته في هذا العقد صراحة بإخطاره للبنك أو ضمناً، فإن الكفالة في الأصل عمل مدني ولو كان الدين المكفول تجارياً، غير أن الكفالة المصرفية تعد عملاً تجارياً دائماً بالنسبة للبنك، بوصفها من عمليات البنوك، وتخضع الكفالة المصرفية لقواعد القانون المدني المتعلق

= مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في عشر سنوات، يناير ١٩٦٠ - يناير ١٩٧٠، الجزء الثاني، ص ١٩٧٧.

(١) د. محي الدين اسماعيل علي الدين: خطابات الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٨٠.

(أشارت إليه د. سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص ٧٧).

(٢) د. سميحة القليوبي: المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

بالكفالة، ومع ذلك فإن صفتها التجارية تستتبع تطبيق بعض القواعد الخاصة، فهي تكون تضامنية عملاً بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية^(١).

أما مجمع الفقه الإسلامي فقد انتهى في دورته الثانية المنعقدة في جدة من ١ إلى ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ، إلى أن خطاب الضمان لا يخلو من أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو قد ضم ذمته إلى غيره فيما يلزم حالاً أو مالاً، وهذه هي حقيقة ما يقصد به في الفقه الإسلامي بالضمان أو الكفالة، وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصبح بأجر مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

وإذا كان مغطىً تغطية جزئية فإنه وكالة في الجزء المغطى، وكفالة في غير المغطى. ولا يجوز أخذ الأجر من خطاب الضمان لقاء تلبية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته) سواء كانت بغطاء أو بدون غطاء.

أما المصاريف الإدارية فجائزة، والكفالة عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، ولا يجوز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جرّ نفعاً على المقرض وذلك ممنوع شرعاً^(٢).

شروط قبول خطاب الضمان:

نصت المادة الثالثة من قرار رئيس مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ السابق الإشارة إليه على أن يكون خطاب الضمان صادراً من أحد البنوك المحلية المعتمدة، كما أنه يجوز قبول خطابات الضمان الصادرة من بنوك خارجية معتمدة. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون خطاب الضمان غير مقترن بأي قيد أو شرط، وأن يقر فيه البنك بأن يدفع تحت أمر الجهة المشتري مبلغاً يعادل الضمان المطلوب، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها، دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء.

وبذلك فقد تطلب المشرع البحريني توافر شروط معينة في خطاب الضمان هي:

١ - أن يكون الخطاب صادراً من أحد البنوك المحلية المعتمدة والمرخص لها بإصدار خطابات الضمان.

(١) انظر في هذا المعنى د. وصفي كمال طه: الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٦ وما بعدها.

(أشار إليه د. أيمن جمعة: مرجع سابق، ص ٢٥٦).

(٢) د. رجب أبو مليح محمد.

٢ - يجوز قبول خطابات الضمان الصادرة من بنوك خارجية، بشرط أن تكون هذه البنوك معتمدة.

٣ - عدم اقتران خطاب الضمان بأي شرط أو قيد، حيث إنه إذا ما اقترن خطاب الضمان بأي شرط أو قيد، فإنه يعتبر غير كاف بذاته لتحقيق الغرض منه، وبالتالي لا يضمن المستفيد (جهة الإدارة) استحقاقه للقيمة المبينة فيه بمجرد تقديمه للبنك الذي أصدره، وذلك بسبب توقف استحقاق تلك القيمة على حدوث واقعة خارجية، وفي هذه الحالة يفقد صلاحيته كتأمين ابتدائي يستوجب تسويله بمجرد تقديمه للبنك.

ومن هذه الشروط أو القيود مثلاً أنه إذا تضمن خطاب الضمان عبارة ((أي مطالبة بالدفع يجب أن يُرفق بها إقراركم بأن عميلنا قد رسا عليه العطاء في خلال مدة صلاحية الضمان بكامل قيمة العرض المقدم منه ولم يتم التعاقد معكم أو يقدم خطاب ضمان نهائياً)).

أو عبارة ((ونقبل سداد هذا المبلغ إليكم عند أول طلب كتابي منكم، وبالرغم من أية معارضة قد يبدوها المذكور أعلاه شريطة أن يرفق بطلبكم إقرار كتابي منكم يعزز أن العميل أعلاه لم يف بالتزاماته التي نشأت في هذا الخصوص))^(١).

ذلك أن من شأن هذه العبارات أن تجعل التزام البنك تابعاً لالتزام العميل (المورد أو المقاول) مقدم العطاء، أي مشروطاً به وبالوفاء بتعهدده، ولذلك قضت محكمة النقض ((بأن الأصل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه، ولا على تحقق شرط، ولا حلول أجل، ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب))^(٢).

٤ - أن يتعهد البنك بدفع المبلغ المبين في خطاب الضمان بمجرد طلب ذلك من قبل الجهة المشتريّة، حتى لو عارض المدين (المورد أو المقاول)، ومهما كان التزامه مع الجهة المشتريّة، ذلك أن التزام المورد أو المقاول مع الجهة المشتريّة مستقل تماماً عن التزام البنك معها، بمعنى أنه لا شأن للبنك بما يحدث بين الجهة المشتريّة والمورد أو المقاول (المدين) من خلافات، ذلك أنه (البنك) قد التزم بموجب خطاب الضمان وفقاً لإرادته وحسب الصيغة المفرغة في الخطاب، ومن ثم لا يجوز له التصل من التزامه هذا بحجة معارضة المدين لتسويل خطاب الضمان.

٥ - أن يكون خطاب الضمان سارياً لذات مدة سريان العطاء.

ونرى أن كل تلك الشروط ما هي إلا ضمانات قررها المشرع حماية للجهة المشتريّة لضمان حصولها على خطاب ضمان صالح وجاهز للتسويل بمجرد تقديمه للبنك الذي أصدره. ونشير هنا إلى أن بعض التشريعات^(٣) قد زادت على تلك الشروط شروطاً أخرى، مثل ضرورة أن يقدم المصرف

(١) د. رفيق محمد سلام: مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق، جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠.

(مشار إليه في د. رفيق محمد سلام، مرجع سابق، ص ١٧٠).

(٣) المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

المُرخص له بإصدار خطابات الضمان إقراراً منه بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع خطابات الضمان المُرخص له في إصدارها، وإذا تبين لها بأنه قد تجاوز ذلك، تخطر الجهة الإدارية المصرف وتطالبه بأن يؤدي إليها خلال ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضمان نقداً. كما حددت تلك التشريعات ألا تقل مدة سريان خطابات الضمان عن ثلاثين يوماً على الأقل، بعد انتهاء مدة سريان العطاءات ذاتها.

وفي هذا الشأن انتهت اللجنة الثانية بمجلس الدولة المصري إلى أن «منع جهة الإدارة من تجديد خطاب الضمان بعد نهاية المدة المحددة إلا بموافقة المتعاقد لا يعد شرطاً يخل بصحة خطاب الضمان، ما دام الخطاب صالحاً للسريان طوال المدة المقررة لسريان العطاء»^(١).

هل يجوز حذف الشرط أو القيد الوارد بخطاب الضمان بعد فتح المظاريف؟

قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلسة ١٩٨٤/٣/٢١ أنه «من حيث إنه عن صيغة خطابات الضمان، فإن هذه الخطابات هي في حقيقتها صك ائتماني تضمن وفاء المتعاقد بتنفيذ التزاماته في حالة إخلاله بها، بما يستتبع ذلك من أن تكون قابلة للتسييل بمجرد الطلب دون ما توقف على وجود منازعة، أما إذا تضمنت قيوداً أو شروطاً، 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 يصبح خطاب الضمان في صيغة تقتضي أن يكون غير مشروط وقابل للتصرف بمجرد الطلب، بصرف النظر عن أية منازعة»^(٢).

بينما ذهب بعض الفقه - وبحق - إلى أن «خطاب الضمان المشروط يعتبر كمن قدم عطاءه غير مصحوب بالتأمين الابتدائي، حيث إنه كما لا يجوز بعد فتح المظاريف وقراءة الأسعار تقديم التأمين الابتدائي أو استكمال التأمين الابتدائي الناقص، فإنه لا يجوز أيضاً لمقدم خطاب الضمان

(١) فتوى اللجنة الثانية بمجلس الدولة المصري بالملف رقم ٣٤٥/١/٢ بجلسة ١٩٩٢/٥/١٢.

(أشار إليها المستشار فتحي عطية السيد مصطفى: مرجع سابق، ص ٢٤١).

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها بتاريخ ١٩٨٤/٣/٢١.

(مشار إليها في المرجع السابق، ص ٢٤٢).

أنظر كذلك فتوى إدارة الفتوى بوزارة الأشغال والموارد المائية، ملف رقم ٢٢٤/٢/٨ صادر ١١٠٣ في ١٩٩٨/٦/٢٣.

(أشار إليها د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٤٥٣).

المشروط تعديل هذا الخطاب بعد فتح المظاريف، عن طريق حذف الشرط أو الشروط المقيدة، والقول بغير ذلك ينطوي على إخلال بمبدأ المساواة بين المتناقصين كمبدأ من مبادئ المناقصة^(١))).

هل يجوز للجهة الإدارية توقيع الحجز على ما للمدين لدى الغير؟

قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه لايجوز لدائن المتعاقد مع الإدارة توقيع حجز ما للمدين لدى الغير، حيث إن المتعاقد لا يعد دائناً لجهة الإدارة بقيمة التأمين، بل أن خطاب الضمان المقدم في العملية كتأمين لا يعد أداة وفاء ولا يعدو أن يكون ضامناً للمتعاقد^(٢).

ما هي غطاءات خطاب الضمان؟

بطبيعة الحال لا بد أن تطلب البنوك المرخص لها بإصدار خطاب ضمان من عملائها الذين يتقدمون بطلبات إصدار هذه الخطابات، أن يتقدموا لها بضمانات كافية لتغطية تعهدات البنك بناءً على طلبهم. ومن هذه الغطاءات وأكثرها بساطة وشيوعاً الغطاء النقدي، حيث يقدم العميل المبلغ المطلوب (قيمة خطاب الضمان) إلى خزينة البنك، مقابل حجز البنك هذا المبلغ في حساب خاص تحت اسم (احتياطي خطاب الضمان) لايجوز للعميل التصرف فيه حتى انتهاء فترة صلاحية الخطاب، أما إذا كان العميل يحظى بثقة كبيرة وسمعة حسنة لدى البنك فيكتفي البنك بالتأشير على حسابه بالمبلغ المطلوب كغطاء.

وهناك أيضاً الغطاء العيني مثل البضائع، حيث يجوز أن يقبل البنك بضائع مملوكة لعميله الأمر كغطاء مقابل إصدار خطاب الضمان، يتم التنفيذ عليها إذا ما أخل العميل بالتزامه تجاه البنك^(٣). وكذلك الأوراق المالية كالأسهم والسندات بأنواعها، والأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات الأذنية.

هل يجوز التنازل عن خطاب الضمان، والحجز على قيمته؟

طالما أن خطاب الضمان حسب أحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى مجلس الدولة المصري هو أداة ضمان فقط وليس أداة وفاء، فإن حق المستفيد (جهة الإدارة) هو حق ذو طابع شخصي، أي لها وحدها سلطة استعماله، ومن هذا المنطلق لايجوز تداول خطاب الضمان أو الحجز عليه من قبل دائن المستفيد. إضافة إلى أن المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان خلال فترة سريانه وقبل أدائها للمستفيد، ليست مملوكة له بل مملوكة للبنك مُصدر خطاب الضمان.

(٣) المستشار فتحي عطية السيد مصطفى: المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(١) الطعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٣٣ ق بجلسة ١٩٩٥/١/٢٤ (انظر سابقاً ص ١٥٠).

الطعن رقم ١١٣١ لسنة ٣٣ ق عليا، جلسة ١٩٩٢/٣/٢٨، (انظر سابقاً ص ١٥١).

(٢) د. سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص ٣٧.

ذلك أن خطاب الضمان له مدة صلاحية ينتهي مفعوله بانتهائها، وبالتالي لايجوز لجهة الإدارة (المستفيد) أن تتقدم للبنك مُصدر هذا الخطاب بطلب تسييله بعد انتهاء فترة الصلاحية. ولذلك فإنه طوال مدة صلاحيته لايعتبر مملوكاً للإدارة، بل هو مملوك للبنك. ودليل ذلك عدم تسييله عند انتهاء الصلاحية، إنما ينشأ حق جهة الإدارة فيه عندما يخل المورد أو المقاول بالتزاماته تجاه الإدارة. وطالما أن البنك يلتزم التزاماً شخصياً تجاه المستفيد (جهة الإدارة)، فإنه عند وفائه بقيمة خطاب الضمان إنما يقوم بذلك من أموال مملوكة له، ولذلك لايجوز لدائن المستفيد التنفيذ على قيمة الخطاب، كما لايجوز ذلك من دائن العميل (المورد أو المقاول) أو من قبل العميل ذاته. كما لايجوز للمستفيد التنازل عن الخطاب.

هل يجوز قبول الشيكات إذا ما نصت وثائق المناقصة على تقديم خطابات ضمان كتأمين ابتدائي؟

أن أغلب التشريعات تنظم الصورة التي يقدم فيها التأمين الابتدائي، فكما سبق إيضاحه، هناك النقد والشيكات وخطابات الضمان، وعادة ماينص في الوثائق على إحدى تلك الصور، وبالتالي فإن هذه الفرضية نادرة الحدوث، وفي ذلك ذهبت إدارة الفتوى لوزارة الأشغال بمجلس الدولة المصري، إلى ((أن تقديم شيك كتأمين ابتدائي بدلاً من خطاب الضمان الذي نصت عليه شروط مناقصة تلك العملية لايعني تخلف الشركة قصداً عن استيفاء شرط المناقصة، فمن ثم تكون الشركة والحالة هذه قد كشفت عن نيتها في جدية العطاء المقدم منها في المناقصة، وتمسكها في استمرار الارتباط بعطائها، الأمر الذي تتحقق معه الحكمة من أداء التأمين))^(١).

ونؤيد ما ذهبت إليه الفتوى الآتفة الإشارة، حيث إن الهدف من التأمين الابتدائي هو ضمان جدية المورد أو المقاول بالالتزام بعطائه، وطالما تحققت هذه الجدية عن طريق إيداع شيك معتمد من البنك الذي أصدره، فقد أضحي العطاء مؤهلاً للقبول.

رابعاً - بوليصة التأمين:

وثيقة (بوليصة) التأمين هي وثيقة تصدر بمناسبة عقد، يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن^(٢).

(١) فتوى إدارة الفتوى لوزارة الأشغال بمجلس الدولة رقم (٣) بتاريخ ١٩٩١/١/٩ ملف رقم ٢٥٠٦/١/٣.

(أشار إليها د. رفيق محمد سلام: مرجع سابق، ص ١٧٢).

(٢) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقد التأمين، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة منقحة للمستشار أحمد مدحت المراعي، ٢٠٠٣، ص ١٠٢٢.

وعقد التأمين من العقود الرضائية التي تتعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وذلك من خلال الوثيقة التي تحررها شركات التأمين وتوقعها، وترسلها إلى المؤمن له للتوقيع عليها وفق الشروط المثبتة فيها. وبالتالي فإن عقد التأمين هو وثيقة التأمين ذاتها أو ما يعرف ببوليصة التأمين^(١).

خصائص عقد التأمين:

يتميز عقد التأمين بالخصائص التالية^(٢):

- ١ - عقد رضائي، أي ينعقد بمجرد وقوع التراضي بين طرفيه على موضوع العقد وشروطه.
- ٢ - عقد تبادلي، أو عقد ملزم للجانبين، أي يرتب على عاتق كل طرف فيه التزاماً مقابلًا للالتزام الطرف الآخر.
- ٣ - عقد معاوضة، أي كل طرف فيه يأخذ مقابل ما يعطيه.
- ٤ - من عقود الزمن (العقود المستمرة)، حيث يكون الزمن (المدة) عنصراً يحدّد على أساسه التزام أطرافه.
- ٥ - من عقود الإذعان، وعقد الإذعان هو العقد الذي يضع أحد طرفيه بنوده مسبقاً، ولا يملك الطرف الثاني إلا قبوله جملة أو رفضه جملة، دون مناقشة شروطه أو بنوده، وإن كان المشرع في بعض الدول يتدخل لتعديل بعض البنود حماية للطرف الأضعف وهو المؤمن له.

وبعد بيان ماهية وثيقة/بوليصة التأمين وتحديد خصائصها، هل بالإمكان أن تكون إحدى وسائل أو صور الضمان؟

إن خطابات الضمان عادة ما تصدر من البنوك، ذلك أنها في جوهرها عملية مصرفية تقع ضمن اختصاصات البنوك، كما أنها بعيدة جداً عن فكرة التأمين، التي هي أساس وثائق التأمين، إلا أن بعض الدول تسمح تشريعاتها بإصدار تلك الخطابات من قبل جهات أخرى أيضاً، كالمؤسسات العامة وشركات التأمين، لكن بعضاً من تلك الدول حظر لاحقاً على هذه المؤسسات والشركات إصدار خطابات ضمان، على غرار ما حدث في جمهورية مصر العربية، بموجب قرار المؤسسة المصرية العامة للتأمين بتاريخ ١٩٧١/٩/٦، الذي منع شركات التأمين من إصدار وثائق الضمان، كونها أي المؤسسة هي المشرفة على جميع شركات التأمين في مصر، على أساس أن هذا النوع من التأمين لا يمثل في جوهره فكرة المخاطر التي تقوم عليها أساساً عقود التأمين، بل هي أقرب إلى الكفالات المصرفية منها إلى عقود التأمين^(٣).

(٣) د. عبدالرزاق أحمد السنهاوي: المرجع السابق، ص ١١١٤.

(١) مستشار عبدالعزيز توفيق: عقد التأمين في التشريع والقضاء، دراسة تأصيلية، المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) د. سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

ولكن حتى بالنسبة للدول التي تسمح تشريعاتها لهذه المؤسسات أو الشركات بإصدار خطابات الضمان، لم تطلق على هذه الخطابات لفظ (بوليصة تأمين)، ذلك أن خطاب الضمان يختلف كلية عن بوليصة التأمين، على النحو الذي تم توضيحه في معرض الحديث عن تعريف خطابات الضمان وتعريف بوليصة التأمين، ونحيل إلى ذلك في موقعه تفادياً للتكرار^(١).

وعلى هذا الأساس استخدمت بعض الدول لفظ (تعهد) بدلاً من بوليصة تأمين^(٢).

ونؤيد بدورنا هذه التسمية لخطابات الضمان الصادرة من شركات التأمين.

ولما تقدم فإننا نرى أن المشرع البحريني ولو أنه أجاز أن يكون الضمان صادراً من إحدى شركات التأمين المحلية المعتمدة، إلا أنه استخدم لفظ (بوليصة تأمين) بدلاً من (تعهد أو خطاب ضمان صادر من إحدى شركات التأمين). وبوليصة كما سبق وأن تم توضيحها، لها تعريفها الخاص بها وخصائصها واستخداماتها، التي تختلف كثيراً عن الضمان، أو خطاب الضمان، ولذلك فإن على المشرع البحريني إن يستبدل لفظ (تعهد/ خطاب ضمان) بلفظ (بوليصة تأمين) الوارد في القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ، على أن يتم التنسيق كذلك مع مصرف البحرين المركزي، بشأن أسماء شركات التأمين المسموح لها بإصدار خطابات الضمان وحدودها.

خامساً - أداء التأمين المؤقت خصماً من مستحقات مقدم العطاء لدى جهة الإدارة:

حسب الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، يجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية، بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء، أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي.

(١) أنظر سابقاً ص ١٥٠ و ص ١٥٧.

(٢) تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالملكة العربية السعودية رقم ٥٣٧٣/١٧ الصادر بتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥ هـ بإضافة أشكال الضمان إلى الفقرة (د) من المادة (٢) من نظام تأمين مشتريات الحكومة، حيث كان التعديل كالآتي:

(ل) يجب على مقدم العرض أن يرفق بعرضه أحد الضمانات الآتية:

أ - خطاب ضمان من أحد البنوك المحلية.

ب - خطاب ضمان من بنك في الخارج يقدم بواسطة بنك يعمل في المملكة.

ج - تعهداً صادراً من إحدى شركات التأمين المتخصصة، التي تعتمدها مؤسسة النقد العربي السعودي، على أن يكون الضمان المقدم سارياً حتى التاريخ المحدد للبت في العروض، وبشرط أن يكون واجب الدفع عند أول طلب من جانب الجهة الإدارية، رغم أية معارضة قد يبيدها مقدم العرض، ودون الحاجة إلى صدور حكم قضائي أو قرار من هيئة تحكيم^(١).

وذلك يعني أن يكون لمقدم العطاء مستحقات لدى جهة الإدارة، وأن تكون هذه المستحقات واجبة الأداء وقت تقديم العطاء، على أن تكون مغطية لمبلغ التأمين الابتدائي.

كما أجازت المادة (٧٣) من اللائحة ذاتها جواز استبدال التأمين المؤقت أو النهائي المسدد بأحد صور السداد الأخرى، المنصوص عليها باللائحة، بشرط عدم انقطاع مدة سريان التأمين، وعدم الإخلال بمسئولية صاحب الشأن، طبقاً للغرض المقدم عنه التأمين.

ومفاد هذا النص أنه بإمكان المورد أو المقاول أن يتقدم بطلب إلى السلطة المختصة، بشأن استبدال وسيلة الدفع بأخرى، بشرط أن تكون مما وردت في اللائحة، فمثلاً إذا دفع المورد أو المقاول التأمين الابتدائي نقداً، فإنه يستطيع استبداله ب خطاب ضمان أو بشيك مؤشر عليه بالقبول. وقد راعى المشرع ضمان هذه العملية من خلال اشتراطه عدم انقطاع مدة سريان التأمين، وعدم الإخلال بمسئولية المورد أو المقاول في هذه الحالة.

وتعد الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠) المشار إليها آنفاً، وهذه المادة الأخيرة، وما ورد بهما من أحكام تسهيلاً وتيسيراً للموردين والمقاولين، وتشجيعاً لهم على الدخول في المناقصات الحكومية. وقد خلا القانون البحريني ولائحته التنفيذية من أحكام مشابهة لتلك الأحكام.

إشكاليات حساب التأمين الابتدائي:

كما سبق وأوضحنا في معرض حديثنا عن مبلغ التأمين الابتدائي في بداية المطلب الأول من هذا المبحث، بأن هناك دولاً تحدد مبلغ التأمين الابتدائي كنسبة من القيمة التقديرية للعملية، بينما هناك دول أخرى تحدد بنسبة من قيمة العطاء، وأخرى تجمع بين هذه الطريقة الأخيرة وتحديد مبلغ معين وفق الفئات المحددة للقيمة التقديرية للعملية.

وأياً ما كانت الطريقة التي تتبع في تحديد التأمين الابتدائي، إلا أن هناك بعض الحالات التي تتطلب التوقف عندها، لإيضاح كيفية حساب مبلغ التأمين الابتدائي، ومن هذه الحالات:

١ - إذا ما تقدم المورد أو المقاول بعطاء مرادف يتميز عن العطاء الأصلي:

تنص المادة (٢٦) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني على أنه ((يجوز أن تتضمن وثائق المناقصة السماح للمقاول أو المورد بتقديم أكثر من سعر أو مقترح، أما إذا لم تتضمن الوثائق ذلك فيتعين الالتزام بما ورد بها)).

ومن هذا النص يتضح بأن المشرع البحريني أجاز تقديم أسعار أو مقترحات أخرى إذا تضمنت وثائق المناقصة ذلك، وفي هذه الحالة، وإذا ما كان هذا العطاء المرادف أكثر تميزاً وتطوراً من العطاء الأصلي، وبالتالي يرتفع سعره كثيراً عن هذا العطاء الأخير، فكيف تتم عملية احتساب مبلغ التأمين الابتدائي، بالنسبة للدول التي تحدد التأمين الابتدائي بنسبة من قيمة العطاء؟

في هذه الحالة يرى جانب من الفقه - وبحق - أن يُحسب التأمين الابتدائي على العطاء الأعلى سعراً، حيث إنه إذا قبلت الجهة المشتريّة هذا العطاء المرادف الأعلى سعراً فإن قبولها يكون مطابقاً للقانون، أما إذا لم تقبله وقبلت بدلاً عنه العطاء الأصلي الأقل سعراً، فإن الأمر يستوجب حجز مبلغ التأمين الابتدائي المخصص لهذا العطاء حسب سعره، وترد الفرق إلى صاحب العطاء، أو تحسب ذلك الفرق من التأمين النهائي^(١).

وعليه فلا يجوز استبعاد العطاء المشتمل على مقترحين أصلي ومرادف، بسبب أن مبلغ التأمين الابتدائي لا يغطي سعر المقترح الأعلى سعراً، حيث إنه إذا كان المقترح الأصلي الأقل سعراً مطابقاً للشروط والمواصفات، فلا يوجد مانع من الإرساء عليه في ظل وجود التأمين الابتدائي الذي يغطيه، لأن في استبعاد العطاء ككل خسارة للجهة المشتريّة وإلحاق ضرر بمصالح الخزانة العامة، خاصة في حالة زيادة سعر العطاء التالي زيادة كبيرة^(٢).

أما مجلس المناقصات بمملكة البحرين فقد قرر بأن التأمين الابتدائي المرفق مع العطاء المشتمل على مقترحين أو سعرين ليس بالضرورة أن يغطي مجموع المقترحين أو السعرين، بل العبرة بأن يكون مغطياً المقترح أو السعر الأكبر^(٣).

٢ - كيفية حساب التأمين الابتدائي في العطاء غير محدد الموضوع:

كمثال على هذه الحالة التعاقد بين إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة الخاضعة للقانون وأحد المستشفيات الخاصة، لعلاج موظفي الهيئة أو المؤسسة، أو قيام شركة أدوية بتزويد أحد المستشفيات الحكومية بعدد من الأدوية غير المعينة المقدار، والحالات المشابهة بالنسبة للعقود المستمرة، أي التي يتم بواسطتها التزام الشركة أو المؤسسة بتقديم السلعة أو الخدمة متى تمت الحاجة لها خلال مدة العقد، مثل مناقصات تموين شركات الطيران بوجبات الطائرات، أو توفير مواد بناء عند الطلب خلال مدة العقد، ويتم التعاقد في مثل هذه الحالات على سعر الوحدة، حيث أن الكمية غير معروفة سلفاً.

في مثل هذه الحالات لا يمكن تحديد مبلغ التأمين الابتدائي بنسبة محددة عن القيمة التقديرية للعملية، إذ لا يمكن حساب هذه العملية حساباً دقيقاً، كما لا يمكن تحديد التأمين بنسبة محددة من قيمة العطاء، نظراً لأن الكمية غير معروفة، ويُقترح سعر العطاء على أساس سعر الوحدة وليس الإجمالي، وبالتالي ففي مثل هذه الحالات يتعين على جهة الإدارة أن تقرر مبلغاً محدداً كتأمين ابتدائي يتوجب

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) الكتاب الدوري رقم (٩) لسنة ١٩٨ للهجرة العامة للخدمات الحكومية.

(مشار إليه في المرجع السابق، ص ٩٠).

(٣) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٩٠) المنعقدة بتاريخ ٢٩/١٠/٢٠٠٦ (غير منشور).

إرفاقه مع العطاء، وذلك بعد أن تقوم بعمل دراسة لما قامت بشرائه عبر السنوات السابقة خلال الفترة ذاتها، مع الأخذ في الاعتبار تقلبات الأسعار وكافة الظروف الاقتصادية الأخرى ذات العلاقة^(١).

٣ - كيفية حساب التأمين الابتدائي إذا ما تضمن العطاء جزءاً أو عدة أجزاء من الكميات المطلوبة:

تنص المادة (٥٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات البحريني على أنه «إذا أغفل مقدم العطاء تحديد سعر صنف من السلع المطلوب توريدها، اعتُبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة لهذا الصنف.

ويُستبعد هذا العطاء إذا نصت وثائق المناقصة على عدم جواز التجزئة».

وبموجب هذا النص فإن المورد يستطيع أن يتقدم للمنافسة بعطاء يتضمن توريد بعض من الكميات المطلوبة وليس جميعها، ما لم تنص شروط المناقصة على عدم جواز تجزئة الكميات، وفي هذه الحالة يتم استبعاد العطاء الذي لم يشتمل على أسعار جميع الكميات المطلوبة.

وفي حالة التقدم بجزء أو بأجزاء من الكميات المطلوبة، تبدو صعوبة تحديد قيمة التأمين الابتدائي، خاصة في ظل التشريعات التي تحدد التأمين بنسبة معينة من التكلفة التقديرية للعملية المطروحة، حيث إنه عادة ما تُحسب هذه النسبة على أساس تكلفة العملية بالكامل، وهنا يكون من غير الملائم أن نلزم المورد أو المقاول بدفع قيمة التأمين الابتدائي عن الكمية بكاملها، مقابل أنه قدم عطاءه عن جزء أو أكثر فقط من تلك الكمية.

أما بالنسبة للتشريعات التي تحدد التأمين الابتدائي بنسبة محددة من سعر العطاء، فتبدو المسألة أكثر سهولة، حيث تكون قيمة التأمين معادلة لتلك النسبة من سعر العطاء المقدم عن الأجزاء التي تقدم لها المورد فقط، وليس على أساس جميع الكميات المطروحة في المناقصة. ومن هنا تبدو أهمية إقرار طريقتين لتحديد قيمة التأمين الابتدائي، على غرار ما قام به المشرع البحريني.

ولكن في الحالات التي ترى فيها الجهة المشتريّة تجزئة المناقصة على عدة موردين أو مقاولين، فنرى أن يتم توزيع مبلغ التكلفة التقديرية على عدد الموردين أو المقاولين المقترح الإرساء عليه ومن ثم حساب التأمين الابتدائي على أساس المبلغ المخصص لكل مورد أو مقاول وليس على أساس مجموع مبلغ التكلفة التقديرية، حيث أن هذه العملية تتيح فرصاً متساوية لجميع الموردين والمقاولين من حيث قيمة التأمين الابتدائي.

٤ - كيفية حساب التأمين الابتدائي في حالة تصحيح الخطأ الحسابي:

(٤) د. جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص ٨٨.

طبقاً لنص المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، يتوجب تصحيح الأخطاء الحسابية التي تُكتشف أثناء تقييم العطاءات، ثم يتم التقييم بعد التصحيح بالسعر المصحح. وهنا تبرز حالتان:

الحالة الأولى: إذا أصبح سعر العطاء بعد التصحيح أقل من السعر الأصلي، حيث لا توجد مشكلة بشأن التأمين الابتدائي، باعتبار أنه كان محسوباً على أساس السعر الأكبر، فإنه سوف يغطي السعر الجديد.

الحالة الثانية: وهي ما إذا كان السعر بعد التصحيح يفوق السعر الأصلي الذي حُدِّد التأمين الابتدائي على أساسه، حيث سيكون مبلغ التأمين الابتدائي ناقصاً ولا يغطي السعر الجديد المصحح للعطاء.

عرضت مثل هذه الحالة على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، وانتهت إلى أنه (متى كان ما تقدم فإنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن الخطأ المادي، الذي يتمثل في زلات القلم والأخطاء الحسابية هو خطأ غير مقصود، فيتعين تصحيحه وإعمال ما يترتب على هذا التصحيح من آثار).

ولما كانت الحالة المعروضة ليست مجرد خطأ مادي ناتج عن العمليات الحسابية العادية، التي يُقترَن بها احتمالات الخطأ والصواب، وقد أثر وضع قيمة البند على هذا الأساس على قيمة التأمين الابتدائي المقدم مع العطاء، فجاءت أقل من النسبة المقررة قانوناً، التي تُحسَب على أساس الإجمالي الصحيح للعطاء، ولما كانت قيمة التأمين في الحالة المعروضة تقل كثيراً عن القيمة المطلوبة قانوناً، وهذا أمر يكشف عن عدم جدية المتناقص، ومن ثم لا يسوغ صحة النظر في تكملتها إلى القيمة المطلوبة، لما في ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين^(١)، وتبعاً لذلك لا يجوز السماح للمتناقصين بتكملة التأمين المؤقت في الحالة المعروضة^(٢).

وقد يثور هنا التساؤل التالي: كيف يتم استبعاد ذلك العطاء المشتغل على خطأ حسابي غير مقصود أثر على حساب قيمة التأمين الابتدائي، وعدم السماح لصاحبه بتكملة هذا التأمين بعد التصحيح؟ غاية الأمر أنه لو تم السماح بذلك لفتح الباب على مصراعيه أمام الموردين والمقاولين للتحايل على القانون، حيث سيتم تعمد القيام بأخطاء حسابية في بنود العطاءات، ومن ثم تقديم تأمينات ابتدائية قليلة القيمة على غير حقيقة معدل أسعار العطاءات. وإذا ما قرر المورد أو المقاول الانسحاب من المناقصة فإن مبلغ التأمين الابتدائي بسيط جداً لن يعبأ به إذا ما تمت مصادرتة، أما إذا ما رأى المورد أو المقاول الاستمرار في المناقصة وأن عطاءه هو الأفضل شروطاً والأقل سعراً،

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (٩٨٠) بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٠/٤/١٩٨٩ ملف رقم ٤٣ و ٤٤/١٥٨/٤٢٣.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

فسوف يُسمح له باستكمالها. ولذلك جاءت الفتوى المشار إليها لتغلق باب التحايل ولترد قصد الموردين والمقاولين في تعمد عمل الأخطاء الحسابية في عطاءاتهم.

وبعد بحث هذه الإشكاليات التي تصادف جهة الإدارة أثناء تحديد قيمة التأمين الابتدائي، فإننا نتفق مع توجه المشرع البحريني في الأخذ بطريقتين لتحديد قيمة التأمين، وهي إما ١% من قيمة العطاء أو حسب المبلغ المحدد بالجدول السابق الإشارة إليه^(١). حيث تستطيع جهة الإدارة تحديد قيمة التأمين حسب التكلفة التقديرية للعملية، إذا ما كان بوسعها تحديد هذه التكلفة، حتى ولو بشكل تقريبي وفق جدول فئات الأسعار، وفي الوقت ذاته. وبالنسبة لبعض الأنواع من المشتريات التي يصعب معها تحديد تكلفتها التقديرية، تتحدد قيمة التأمين الابتدائي بنسبة ١% من قيمة العطاء، وبناءً على ذلك استطاع المشرع البحريني التغلب على الإشكاليات المذكورة آنفاً.

ولكن مع ذلك يتطلب الأمر حذف عبارة (أيهما أقل) من قرار رئيس مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ، الواردة في المادة الثانية منه، إضافة إلى حذف السقف الأقصى للتأمين الابتدائي، المحدد بالجدول بقيمة ٥٠٠٠ (خمسة آلاف دينار) إذا ما تجاوزت قيمة العملية ١٠٠٠٠٠٠ (مليون دينار فأكثر)، حيث إنه في وجود تلك العبارة وهذا الحد الأقصى ضرر كبير على جهة الإدارة، من حيث عدم تناسب قيمة العطاء المقدم في المناقصة مع قيمة التأمين الابتدائي الواجب إرفاقه مع العطاء، والذي يكون في مثل هذه الحالة بسيطاً جداً لا يحقق الغرض الذي فرض من أجله، كضمان لجهة الإدارة تطمئن من خلاله على جدية المورد أو المقاول في الالتزام بعطائه حتى نهاية العملية. كما أن الحاجة تستدعي ضرورة زيادة النسبة المقررة من قيمة العطاء كضمان ابتدائي لتصبح مثلاً ٣% وليس كما هي الآن ١% من قيمة العطاء كضمان ابتدائي، حيث إن ١% مبلغ بسيط عادة لا يكون رادعاً للمورد أو المقاول عن التهرب والعدول عن الالتزام بعطائه، خاصة إذا ما كان سعر عطائه كبيراً جداً، ونسبة ١% منه لا تشكل قيمة ذات تأثير كبير عليه^(٢)، وهذا ما يؤدي إلى كثرة الانسحابات من إجراءات المناقصات وعدم

(١) أنظر سابقاً، ص ١٣٩.

(٢) في الإمارات العربية المتحدة لا تقل قيمة التأمين الابتدائي عن ٥% من قيمة العطاء (بالنسبة للعطاءات التي تزيد قيمتها عن مائة ألف درهم) طبقاً للمادة (٣٢) من القرار الوزاري رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة:

في سلطنة عمان لا يقل التأمين الابتدائي عن ٢% من مجموع قيمة العطاء. طبقاً لنص المادة (٤٣) من نظام المناقصات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٦ بإصدار قانون ونظام المناقصات الحكومية. في المملكة العربية السعودية يتراوح الضمان الابتدائي ما بين ١% و ٢% من قيمة العطاء، طبقاً لنص المادة (٢/د) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكية رقم م/١٤ بتاريخ ١٣٩٧/٤/٧ هـ.

الالتزام بما جاء في العطاءات حتى نهاية العملية، الأمر الذي يتسبب في ضرر كبير على جهة الإدارة وعلى الدولة ككل، حيث بلغ عدد حالات مصادرة الضمان الابتدائي لعام ٢٠٠٦ فقط إحدى عشرة حالة، وهذه نسبة ليست قليلة^(١).

وإضافة إلى ما تقدم نرى حذف عبارة (أيهما أقل) من الإعلان، أو من الدعوة الموجهة إلى الموردين أو المقاولين في حالة المناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة، أو في طلب تقديم الاقتراحات، أو المناقصة على مرحلتين، حيث يتوجب إما تحديد قيمة التأمين الابتدائي بنسبة معينة من قيمة العطاء، أو حسب المبلغ المحدد بجدول فئات التكلفة التقديرية وفقاً لطبيعة ونوع المواد أو الخدمات أو الإنشاءات المراد شراؤها، وليس كما هو معمول به حالياً من ذكر الطريقتين معاً مصحوبة بعبارة (أيهما أقل).

ونعرض من خلال المطلب التالي للآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين الابتدائي.

في ولاية فيرجينيا الأمريكية لا تزيد قيمة التأمين الابتدائي عن ٥% من قيمة العطاء ، طبقاً لنص المادة

(٤٣٣٦-٢,٢) من قانون المشتريات العمومية لولاية فيرجينيا الصادر في يولييه ٢٠٠٦

<http://www.eva.state.va.us/dps/manuals/docs vppa.htm>

في باكستان لا تتجاوز قيمة التأمين الابتدائي ٥% من قيمة العطاء ، طبقاً لنص المادة (٢٥) من قواعد المشتريات العمومية لعام ٢٠٠٤.

<http://www/Pakistan.gov.pk/divisions/science and technology media public procurement rules.>

=

= في لبنان قيمة التأمين الابتدائي (الكفالة) تساوي ٣% من قيمة العطاء . طبقاً لما جاء في دفتر الشروط الخاص، المعد في ضوء المادة (١٢٧) من قانون المحاسبة العمومية .

(مشار إليه في د . عبدالرؤوف جابر : مرجع سابق ، ص ٤٣٣) .

(١) إحصائية غير منشورة .

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين الابتدائي

تنص المادة (٢٨) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني على أنه «يجب أن يؤدي مع كل عطاء ضمان ابتدائي (ضمان العطاء) يحدد المجلس مبلغه ومضمونه وشكله ومصدره ضمن شروط الإعلان، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية».

وفي ظل خلو النص المشار إليه في حكم صريح باستبعاد العطاء غير المصحوب بالتأمين الابتدائي، ثارت العديد من التساؤلات حول مدى قانونية رفض أو قبول العطاءات غير المصحوبة بالتأمين الابتدائي.

وفي هذا الشأن ذهبت دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين إلى أن «الحكمة المتوخاة من تقديم الضمان المؤقت هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة، والتحقق من سلامة قصده في تنفيذ العقد، في حالة رؤس المناقصة عليه، وتفادي انسحاب كل من تحدثه نفسه بالانصراف عن تنفيذ العملية إذا مارسا العطاء عليه. وإذا كان المشرع لم يقرر صراحة جزاءً على مخالفة مصاحبة الضمان الابتدائي للعطاء، فإن القواعد العامة تقرر البطلان لإغفال شرط جوهري وهو عدم مصاحبة الضمان للعطاء، مما يستتبع رفض المجلس للعطاء غير المصحوب بالضمان الابتدائي. ولا يجوز للمجلس قبول أداء هذا الضمان بعد موعد فتح المظاريف، لما في قبوله من إخلال بمبدأ المساواة بين المتنافسين» (١).

والواقع أن ما ذهبت إليه فتوى دائرة الشئون القانونية يتفق وصحيح القانون والمبادئ العامة لإجراءات المناقصة، وذلك أن صيغة الوجوب التي وردت بها المادة (٢٨) تفيد بما لا يدع مجالاً للشك أنه يتعين استبعاد العطاء غير المصحوب بالضمان الابتدائي، ذلك أن الضمان الابتدائي مقرر للمصلحة العامة لضمان جدية الموردين والمقاولين في المشاركة في المناقصات الحكومية، وبالتالي ضمان حق الإدارة في مصادرتة إذا ما أخل المورد أو المقاول بالتزاماته، خاصة إذا ما تم إرساء المناقصة على عطائه، وذلك لضمان استمرار العمل بالمرفق العام وعدم تعطله نتيجة عدم إنجاز الأعمال المطلوبة من خلال المناقصة في المواعيد المحددة، وإذا لم يُصحب العطاء بضمان ابتدائي، فإن نص المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية يكون لغواً لا فائدة ترجى منه، باعتبار أن الفقرة الثانية منها قررت مصادرة الضمان الابتدائي في حالة عدم قيام المورد أو المقاول الذي رست على عطائه المناقصة، بتقديم ضمان التنفيذ (الضمان النهائي) خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه خطاب الرغبة المبدئية (بالنسبة للمتعاقدين المحليين) وخلال عشرين يوماً (بالنسبة للمتعاقدين من الخارج).

(١) فتوى دائرة الشئون القانونية رقم ٢٠٠٣/١٠٧٠ بتاريخ ٢٠٠٣/٩/١٠ (غير منشورة).

وتفعيلاً لهذا النص يتوجب أن يكون العطاء مصحوباً بضمان ابتدائي، حتى تستطيع الإدارة مصادره في هذه الحالة.

وعلى هذا الأساس لايجوز لجهة الإدارة التراخي أو التساهل في ذلك.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الضمان الابتدائي يُعتبر من أهم الشروط الجوهرية للمناقصة. ولما كان نص المادة (٣٢) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني قد جرى على أنه «يجب تقديم العطاءات وفقاً للمعايير الواردة في وثائق المناقصة، على أن يُرفض العطاء في الحالات التالية:

أ (عدم أهلية صاحب العطاء.

ب) إذا لم يكن العطاء مؤهلاً للقبول.

ج)».

فإن ما ورد في البند (ب) من المادة المشار إليها، وهي الحالة التي لا يكون فيها العطاء مؤهلاً للقبول كسبب من أسباب رفض هذا العطاء، تندرج فيها حالة عدم إرفاق الضمان الابتدائي بالعطاء، باعتبار أن الضمان - كما تمت الإشارة إليه آنفاً - شرط جوهري من شروط المناقصة، وبالتالي يكون العطاء غير المصحوب بالضمان الابتدائي عطاءً غير مؤهل للقبول يُستوجب رفضه.

أما في جمهورية مصر العربية فإن نص المادة (١٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ جاء صريحاً في استبعاد كل عطاء غير مصحوب بكامل مبلغ التأمين المؤقت، على عكس نص المادة (١٩) من القانون السابق (رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) التي قررت وجوب تقديم التأمين لكنها لم تقرر جزاء عدم التقديم، وهي التي تشابه نص المادة (٢٨) من القانون البحريني الحالي.

وفي ظل النص القديم في المادة (١٩) من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، اتجه قضاء مجلس الدولة المصري إلى تقرير بطلان العطاء، إذا لم يكن مصحوباً بالتأمين المؤقت وإلزام جهة الإدارة بعدم قبول العطاء في هذه الحالة.

وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن «المشرع قد أوجب على كل مقدم عطاء أن يرفق مع عطائه تأميناً لا يقل عن ١% من قيمة العطاء في مقاولات الأعمال و ٢% من قيمة العطاء فيما عدا ذلك. ولايغير من ذلك أن المشرع لم يقرر صراحة جزاءً على مخالفة حكم هذه المادة. وتقرر القواعد العامة البطلان لإغفال إجراء جوهري، ونتيجة ذلك هي عدم جواز قبول العطاء غير المصحوب بالتأمين المؤقت كاملاً»^(١).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٢١٣ بتاريخ ١٩٨٦/٢/٢٢ بجلستها المنعقدة في (١٩٨٦/٢/٥) ملفان رقم ٣٩ و ٦٢٩/٢٣٧/٤٠. وانظر كذلك:

حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٧٤ لسنة ٢٩ ق بجلسة (١٩٩٠/٣/٣١) ١٤٩٤/١٤٠/٣٥ =

أما في مرحلة ما قبل القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، فقد صدرت أحكام متعارضة بشأن رفض أو قبول العطاء غير المصحوب بالتأمين الابتدائي، فمنها ما يقرر أن هذا التأمين مقرر لصالح الإدارة ومن ثم للمصلحة العامة، دون ترتيب جزاء على مخالفته إذا ما اطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءة مقدم العطاء^(١).

وقررت أحكام أخرى أن التأمين الابتدائي يُقصد به تحقيق أمرين، هما: جدية العطاءات والمساواة بين المتناقصين. ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقدم التأمين الابتدائي، فإن من المتعين عدم الالتفات إلى العطاء واستبعاده، فإذا قبلت الإدارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح^(٢).

ويرى بعض الفقه - وبحق - أن القضاء الأول يتعارض مع مبدأ المساواة بين المتناقصين، وإذا كان قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية من شأنه أن ييسر على الإدارة، فإنه قد يفتح باباً للتحايل، بتعمد تقديم عطاءات غير مصحوبة بتأمين نقدي، جساً للنقض بقصد معرفة أسعار العطاءات، وفي الوقت ذاته تستطيع الإدارة أن تتمسك بعدم تقديم التأمين المؤقت لاستبعاد بعض العطاءات، ولو كانت الأفضل، دون أن يكون في وسع المناقص أن ينتقد موقفها، مما يجعل موقف الإدارة أقرب إلى السلطات المطلقة منه إلى السلطة التقديرية من الناحية العملية، ولذلك فإن هذا الفقه يؤيد قضاء المحكمة الإدارية العليا الثاني الذي يستوجب رفض العطاءات غير المصحوبة بالتأمين الابتدائي^(٣).

ومن خلال أحكام وفتاوى مجلس الدولة المصري، وفتوى دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين، وآراء الفقهاء، يتضح جلياً أن التأمين الابتدائي شرط جوهري يتحتم وجوده ضمن العطاء

= فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٨٠ بتاريخ ١٠/٢٢/١٩٨٩، جلسة ١٠/٤/١٩٨٩ (ملف رقم ٤٣، ٤٤/١٥٨/٤٢٣).

(مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٢٦ وما بعدها).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٦٩ (س ١٤، ص ٤٣٧).
المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٥ ق الصادر في (١٩/١١/١٩٦٠) (١٣٩/٢١/٦).
المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٣) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

أنظر كذلك د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

د. رفيق محمد سلام: مرجع سابق، ص ١٦٤.

د. عبدالله دخيل: العقود الإدارية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢١٠.

د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١١٣.

د. محمد أنور حمادة: قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، ص ٣٧.

كسبب لقبوله، ومن ثم يتوجب استبعاد أي عطاء غير مصحوب بهذا التأمين حتى لو لم ينص على هذا الاستبعاد، طالما وردت صيغة الوجوب في حكم المادة التي تستلزم تقديم التأمين. وعلى الرغم من ذلك، فقد يثار التساؤل بأن المصلحة العامة تستوجب قبول العطاء غير المصحوب بالتأمين الابتدائي، خاصة إذا ما كان سعر هذا العطاء يقل عن سعر العطاء التالي له بمبلغ كبيراً جداً؟

ورداً على ذلك نرى بأن المشرع وهو بصدد تشريع القوانين المختلفة، يكون هو الذي يقرر ويراعي المصلحة العامة للدولة، وبالتالي فإن هذه المصلحة تكون حينها قرر المشرع بالنص، ولاتقبل الاجتهاد أو التأويل بما يخرج عن مضمون النص، والمصلحة في هذا الشأن تكون متحققة عندما يراعي القانون المبادئ الأساسية للمناقصة من مساواة وعلائية وحرية منافسة. ولما كان تقديم التأمين الابتدائي مع العطاء بالإضافة إلى كونه يمثل ضماناً لجدية المورد أو المقاول في الاشتراك في المناقصة، فإنه يمثل مساواة بين المتنافسين، كونه من الشروط الجوهرية الواجب التقيد بها من الجميع، كما أنه مقرر للمصلحة العامة وليس فقط لمصلحة جهة الإدارة. وفي حالة قبول عطاء غير مصحوب بالتأمين الابتدائي لأي سبب من الأسباب، يختل مبدأ المساواة وتكون الإدارة قد خالفت نصوص القانون والمبادئ العامة المستقر عليها، إضافة إلى أن الإدارة لاتستطيع معاقبة المتنافس، إذا ما انسحب من المناقصة بعد تقديم عطائه أو إرساء المناقصة عليه.

وفي هذا الخصوص فقد انتقد بعض الفقه الأمريكي الفقرة (2) من المادة (4-101-28) من قانون المشتريات الفيدرالي الأمريكي، التي تعطي الحق للجهة المتعاقدة في قبول أو رفض العطاء غير المصحوب بضمان ابتدائي حسب سلطتها التقديرية، باعتبار أن قبول عطاء غير مصحوب بضمان ابتدائي يمكن أن يؤثر على سلامة إجراءات المناقصة، ويخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص^(١). وقد أفرزت التطبيقات العملية لإجراءات المناقصات العامة في مجال التأمين الابتدائي حالات يجدر بنا التوقف عندها، لما تمثله من أهمية خاصة في نطاق البحث، وذلك على النحو التالي:

أولاً - مدى جواز قبول التأمين الابتدائي بعد فتح المظاريف:

ذهب إفتاء مجلس الدولة المصري في هذا الشأن إلى أن عبارة (ليجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت) تعني وجوب تقديم التأمين كاملاً في الوقت عينه، الذي يقدم فيه العطاء، مع جواز تراخي ذلك إلى الميعاد المسموح به للمتناقص بالتعديل في عطائه إلى ما قبل فتح المظاريف وإلا وجب الالتفات عنه^(٢).

(1) John Cibinic, Jr/Raiph c.nash, jr. FORMATION of Government contracts. (Third Edition), The George Washington university, p.548.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٢١٣ بتاريخ ١٩٨٦/٢/٢٢ بجلسة (١٩٨٦/٢/٢٥) ملف رقم ٣٩ و ٤٠/٢٣٧/٦٢٩.

كما انتهى الإفتاء ذاته إلى عدم جواز تأخير تقديم التأمين المؤقت عن جلسة فتح المظاريف، وأن يكون العطاء مصحوباً بالتأمين المؤقت^(١).

ونؤيد ما ذهب إليه كل من الفتويين السابقتين، باعتبار أن العبرة من التأمين الابتدائي هو أن يكون مرفقاً بالعطاء ابتداءً، أو أن يرفق به لاحقاً بشرط أن لا يتعدى ذلك موعد فتح المظاريف، باعتبار أن تقديم العطاء مصحوباً بالتأمين المقرر يعني جدية المتناقص في الالتزام بما تسفر عنه نتيجة المناقصة، أما تراخيه إلى ما بعد فتح المظاريف فإنه يعني أن ينتظر الوقوف على الأسعار المقدمة، فإذا ما تبين له أن الفرصة سانحة لقبول عطائه تقدم بالتأمين، أي إن جديته مرهونة بمصلحته في الفوز بالمناقصة وليس بالتقدم لها.

لكن ما العمل إذا ما كان التأمين الابتدائي في صورة خطاب ضمان، وتم إرساله بالبريد المسجل قبل جلسة فتح المظاريف بأيام؟

في هذه الحالة فإنه إذا ما قدم المتناقص ما يثبت إرساله خطاب الضمان كتأمين ابتدائي إلى الجهة المعنية بتاريخ سابق على تاريخ جلسة فتح المظاريف، ووصل هذا الخطاب بعد الجلسة، فيتعين قبول العطاء في هذه الحالة، حيث لا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة أو مخالفة للقانون طالما أن التأخير تم لسبب خارج عن إرادة المورد أو المقاول.

وفي هذا الخصوص قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين قبول أحد العطاءات، عندما تبين له أن سبب التأخير في وصول الضمان إلى المجلس هو أحد البنوك المحلية، حيث كانت الشركة أجنبية خارج البحرين، وأوعز البنك إلى فرع في البحرين، بعمل خطاب ضمان بمبلغ الضمان الابتدائي وتسليمه باليد إلى مجلس المناقصات قبل فتح المظاريف بخمسة أيام، إلا أن البنك تقاعس في ذلك وأرسل خطاب الضمان بالبريد ووصل إلى المجلس متأخراً. وقد تقدم البنك برسالة إلى المجلس يعترف فيها بتقصيره، كما قدمت الشركة نسخة مصورة من خطاب الضمان مثبت فيه تاريخ سابق على تاريخ فتح المظاريف^(٢).

ثانياً - مدى جواز تكملة التأمين الابتدائي بعد فتح المظاريف:

ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري إلى أنه يجب على الجهة الإدارية استبعاد العطاءات غير المصحوبة بالتأمين المؤقت كاملاً، استهدافاً للصالح العام لضمان جدية

= (مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، ص ٢٢٦).

(١) فتوى إدارة الفتوى لوزارة المالية والاقتصاد والتموين المصرية رقم ٧٨٠ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٧ ملف رقم ٢٧٣/١/٢٠. (أشار إليها د. فتحي عطية السيد: مرجع سابق، ص ٢٢٩).

(٢) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم ٩٤ بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٣ (غير منشور).

ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري إلى أنه يجب على الجهة الإدارية استبعاد العطاءات غير المصحوبة بالتأمين المؤقت كاملاً، استهدافاً للصالح العام لضمان جدية العطاءات المقدمة. والإخلال بهذا الحكم والنظر في قبول عطاء غير مصحوب بالتأمين المؤقت كاملاً يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين أصحاب العطاءات، وهو أمر غير جائز قانوناً^(١).

كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في ذلك إلى أن الخطأ الوارد بالعطاء ليس مجرد خطأ مادي ناتج عن العمليات الحسابية العادية التي تقتزن بها احتمالات الخطأ والصواب، حيث إن وضع قيمة البند على هذا الأساس قد أثر على قيمة التأمين الابتدائي، فجاءت أقل من النسبة المقررة قانوناً، وهذا أمر يكشف عن عدم جدية المتناقص ومن ثم لايسوغ صحة النظر في تكملتها إلى القيمة المطلوبة، لما في ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين، وبالتالي لايجوز السماح للمتناقصين بتكملة التأمين المؤقت في هذه الحالة. وكان الخطأ يتحصل في أن مقدم العطاء وضع إجمالي البند بقيمة ٢٢٥٠ جنيهاً، في حين أن السعر الذي وضعه للوحدة هو ١٠٠ جنيه للوحدة في عدد ٢٥٠ وحدة، أي إن الإجمالي الواجب حسابه هو ٢٥٠٠٠ جنيه^(٢).

ومؤدى الفتوى المشار إليها، أنه إذا كان الخطأ كبير جداً ومما لايمكن اعتباره من زلات القلم، فإن مقدم العطاء هنا يكون غير جاد في عطائه، الأمر الذي يستوجب رفض عطائه وعدم السماح له بتكملة مبلغ قيمة التأمين الابتدائي.

أما إدارة الفتوى لوزارة الأشغال والموارد المائية بمجلس الدولة المصري^(٣)، فقد رأت جواز تكملة التأمين الابتدائي في حالة كون التأمين المقدم في المناقصة ناقصاً ستة جنيهات، نتيجة المراجعة الحسابية للجنة فتح المظاريف، وقد بادر المتناقص بسدادها فوراً، وأسست الإدارة فتواها على أساس أن هذا المبلغ لا يؤثر على جدية العطاء، إذ هو مبلغ ضئيل بالنسبة لقيمة التأمين المطلوبة. وعلى هذا يكون العطاء المقدم قد استوفى شروط التأمين المؤقت، ويتعين قبوله لكونه أقل الأسعار، وعدم استبعاده إلا بنص صريح في القانون، أو ثبوت عدم جدية بدليل واضح وراجح، كما أن إرساء المناقصة على صاحب العطاء التالي، فيه إرهاب للمال العام وإهدار له.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٧٤ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٩٠/٣/٣١.

الموسوعة الإدارية الحديثة، مرجع سابق، ص ٣٠٩ وما بعدها.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢١٣ بتاريخ ١٩٨٦/٢/٢٢ بجلستها في ١٩٨٦/٢/٥. مجموعة

المبادئ القانونية في ٤٠ عام، مرجع سابق ص ٢٢٦ وما بعدها .

(٣) فتوى إدارة الفتوى لوزارة الأشغال والموارد المائية رقم ١٤٦٦ بتاريخ ١٩٩١/١١/٢ ملف رقم ٦٥٤/٢/٣ .

(أشار إليها د. محمد ماجد محمود: مرجع سابق، ص ١٠٥).

ويؤيد جانب من الفقه هذا الرأي، باعتبار توافر عنصر الجدية إذا ما قلت قيمة التأمين الابتدائي بمبلغ بسيط عن القيمة الفعلية المطلوبة^(١).

أما في المملكة العربية السعودية فإنه قد تم في بادئ الأمر السماح بقبول العطاء المرفق به ضمان ابتدائي ناقص، بشرط أن يكون هذا النقص طفيفاً، مما يغلب معه الظن أنه نتيجة خطأ غير مقصود، وأن يكون العطاء يحقق وفراً للخزينة العامة، ففي هذه الحالة يُطلب من صاحبه أن يكمله خلال ثلاثة أيام من تاريخ فتح العطاءات، أما إذا كان النقص كبيراً مما يغلب معه الظن أنه مقصود، فإنه يتم استبعاد العطاء المرفق به هذا الضمان^(٢). إلا أنه قد تم العدول عن هذا الرأي لاحقاً، ومن ثم تقرر عدم قبول العطاءات المصحوبة بضمانات ابتدائية ناقصة عما ورد في الشروط، مهما كانت نسبة النقص أو مبرراته^(٣).

و إذا حدث الاختلاف بين قيمة العطاء الأصلية وقيمتها بعد تصحيح الخطأ الحسابي الوارد به، فإن ما يرد من تصحيحات على سعر العطاء نتيجة الأخطاء الحسابية، سواء بالزيادة أو النقص لا تؤثر على العطاء بعد تقديم العطاء المستوفي للشروط والمواصفات^(٤). ومفاد ذلك أن يظل الضمان الابتدائي كما هو دون زيادة أو نقص.

وفي الواقع فإن الحالة المشار إليها لا تتحقق إلا بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام تحديد التأمين الابتدائي بنسبة من قيمة العطاء، وإن العبرة في السماح بتكملة قيمة التأمين الابتدائي في حالة وجود خطأ مادي في حساب قيمة العطاء، تكون في مدى اعتبار الخطأ الوارد في العطاء خطأ مادياً من عدمه، أما كون الفرق الناتج عن هذا الخطأ بسيطاً أو كبيراً ليس بمقياس واضح وفاصل يحدد متى يكون الفرق بسيطاً ومتى يكون كبيراً، وبالتالي فقد تتعسف جهة الإدارة في استعمال سلطتها في رفض أو قبول عطاءات دون سند أو مبرر صحيح، وهو ما قد يفتح الباب للتلاعب في استعمال السلطة التقديرية في هذا الشأن.

(٤) د. محمد ماجد محمود: مرجع سابق، ص ١٠٦.

(١) تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالمملكة العربية السعودية رقم ١٥٣٧٥/١٧ بتاريخ ١١/٩/١٣٩٩هـ.

نظام تأمين مشتريات الحكومة: مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) خطابات وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالمملكة العربية السعودية أرقام ٦٧/١٧ بتاريخ ٢/٤/١٤٠٨هـ،

٤٨٧٢٨/١٧ بتاريخ ٢٧/١٠/١٤٠٨هـ، ٢٣١/٧/١٧ تاريخ ١٥/٢/١٤٠٩هـ.

(أشار إليها د. عبدالله الوهيبي: مرجع سابق، ص ١٣٩).

(٣) خطابات وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالمملكة العربية السعودية أرقام ٩١٥٠/١٧ بتاريخ ٢٤/٣/١٤١٠هـ،

٢٩٠٩٨/١٧ تاريخ ٩/٧/١٤١٣هـ، ٣٣١٨٧٥/٤٢ تاريخ ٣٠/٧/١٤٢٠هـ.

(أشار إليها د. عبدالله الوهيبي: مرجع سابق، ص ١٤٢).

مصادرة التأمين الابتدائي:

من المعلوم أن التقدم بالعتاء يترتب عليه أثر قانوني هام بالنسبة لمقدمه، ويتمثل ذلك في ارتباطه بعتائه طوال مدة سريانه^(١)، خاصة بعد فتح المظاريف، كما أنه يترتب على علم مقدم العطاء بقبول الإدارة لعتائه انعقاد العقد بينهما، ووجوب تقيد كل طرف بالتزاماته تجاه الآخر، وعليه فإن المتعاقد الذي فاز بالمناقصة يتوجب عليه (طبقاً للقانون المصري) تكملة التأمين المؤقت إلى ما يساوي ٥% من قيمة العقد^(٢)، وتقديم ضمان التنفيذ (طبقاً للقانون البحريني)^(٣) خلال المهلة التي حددها كل من القانونين، وإذا لم يقدّم المورد أو المقاول بتقديم ضمان التنفيذ بعد إرساء المناقصة على عطاءه خلال المهلة المحددة، فإنه تتم مصادرة التأمين الابتدائي.

ومصادرة التأمين الابتدائي جزاء يفرض على مقدم العطاء الذي يخل بالتزامه من ناحية ارتباطه بعتائه حتى نهاية إجراءات المناقصة وصدر قرار الإرساء^(٤). وهذا الجزاء هو جزاء يختلف عن التعويض الاتفاقي في القانون المدني، في أن الإدارة توقعه بنفسها دون حاجة لصدور حكم من القضاء، ودون أن تلتزم بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء الإخلال بشروط العقد، وهذا التأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه^(٥).

والمشرع المصري، يقرر مصادرة التأمين المؤقت في حالتين:

الأولى: إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل جلسة فتح المظاريف الفنية^(٦).

الثانية: عدم أداء صاحب العطاء الفائز بالمناقصة التأمين النهائي خلال المهلة المحددة^(٧).

أما المشرع البحريني، فإنه يقرر المطالبة بمبلغ الضمان الابتدائي في الحالات التالية^(٨):

١ - سحب العطاء أو تعديله بعد المواعيد النهائية لتسليم العطاءات.

٢ - التخلف عن توقيع عقد الشراء.

٣ - التخلف عن تقديم ضمان التنفيذ.

(١) اعتبر المشرع المصري الانسحاب قبل فتح المظاريف سبباً من أسباب مصادرة التأمين المؤقت، المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية للقانون.

(٢) المادة (١٨) من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

(٣) المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية للقانون.

(٤) د. أيمن محمد جمعة: مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٥) د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ٣٥٠.

(٦) المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

(٧) المادة (٢١) من قانون المناقصات والمزايدات.

(٨) المادة (٧٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية.

وفي هذا الشأن قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين مصادرة الضمان الابتدائي لإحدى الشركات، وذلك لعدم تقديمها ضمان التنفيذ وعدم البدء في العمل خلال المهلة المنصوص عليها في القانون، بعد أن صدر قرار الترسية عليها(١).
كما أن مجلس الدولة المصري يرتب جزاء مصادرة التأمين الابتدائي على النكوص عن سداد التأمين النهائي(٢).
وبعد أن انتهينا من التأمين الابتدائي سنتعرض للتأمين النهائي بشيء من التفصيل من خلال المبحث التالي .

(١) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٤٤) المنعقدة بتاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٣ (غير منشور).
(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٢٦٢٣) لسنة ٤٥ ق، ع، جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٢ غير منشور.
(أشار إليه د. أيمن محمد جمعة: مرجع سابق، ص ٢٧٠).
حكمها في الطعن رقم ١٦٤٥ - لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢.
مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

المبحث الثاني

التأمين النهائي

تستوجب أغلب التشريعات تقديم تأمين نهائي (ضمان تنفيذ، ضمان نهائي، تأمين الأداء، كفالة حسن التنفيذ)^(١) من قِبَل صاحب العطاء الفائز بالمناقصة، وذلك خلال مهلة محددة. وهذا التأمين بمثابة ضمان لجهة الإدارة، تستوفي من خلاله الأخطاء التي قد يقوم بها المتعاقد معها، إضافة إلى أنه يضمن ملاءة هذا المتعاقد عند مواجهته للمسؤوليات التي قد يتعرض لها، جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية. والضمان المشار إليه لا يمكن أن يتحقق بأي حال من الأحوال، ما لم تكن الإدارة في وضع يمكنها من مصادرة ذلك التأمين، أي أن تقتضي قيمة التأمين عن طريق التنفيذ المباشر عند قيام أسبابه، دون حاجة للجوء إلى القضاء، وذلك بموجب سلطتها التقديرية.

ويثبت حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي، سواء نصّ في شروط العقد على ذلك أو لم يُنصّ عليه، كما أنه ليس على جهة الإدارة أن تثبت ركن الضرر، ذلك أن التأمين النهائي شُرع لمصلحة الإدارة وليس قيداً عليها، أو ضاراً بحقوقها في التعويض الشامل^(٢).

وسيتّم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: التكيف القانوني للتأمين النهائي وصوره.

المطلب الثاني: كيفية حساب التأمين النهائي.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين النهائي.

(١) جميع المصطلحات تعني التأمين النهائي الذي يقدم من قبل المورد أو المقاول الذي تم الإرساء على عطائه كضمانة لجهة الإدارة على حسن تنفيذه.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٨٩ بتاريخ ١٩٦٥/١/٢ .

وفي ذات المعنى حكمتها في الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥ ق بتاريخ ١٩٦١/٤/٢٢ وحكمتها في الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٢٦ ق بتاريخ ١٩٨٦/٢/١ .

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عام ، مرجع سابق ، ص ٥٥٤ وما بعدها .

المطلب الأول

التكييف القانوني للتأمين النهائي وصوره

سبق وأن أشرنا في صدر هذا المبحث إلى أن التأمين النهائي هو ضمان لجهة الإدارة، تتوقى من خلاله ما قد تتعرض له أثناء تنفيذ العقد من إخلال المتعاقد بالتزاماته، والعبرة هنا ليست بوجود هذا التأمين بقدر ما هي بمدى قدرته على تغطية الخسائر التي قد تتعرض لها جهة الإدارة. وعلى غرار التأمين الابتدائي، فإن للتأمين النهائي تكييفاً قانونياً يميزه، ويساهم في تحديد مدلوله.

فالتأمين النهائي هو ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطار التي يتركبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره^(١). وتأسيساً على ذلك لا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين بطريق التنفيذ المباشر. ولذلك فإن للإدارة حق مصادرة هذا التأمين كجزاء يوقع على المتعاقد معها، إذا اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، كما يجوز مصادرته بدون فسخ العقد وبعد إتمام التنفيذ، إذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلوب أو تراخى في التنفيذ أو قصر فيه^(٢).

التأمين النهائي ضماناً لجهة الإدارة:

لايجوز للإدارة أن تتغاضى عن التأمين النهائي، وذلك حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره، حيث إنه وإن شُرِعَ هذا التأمين لصالحها، فإنما ذلك لكونها قائمة على المرفق العام الذي تديره، وبالتالي فإن المصلحة العامة تقتضي مصادرة التأمين النهائي إذا ما أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته تجاهها، ومن ثم لايجوز لجهة الإدارة أن تتغاضى عن ذلك. وإذا ما كان التأمين النهائي على النحو السالف بيانه قد شُرِعَ ضماناً لجهة الإدارة ولمصلحتها ولحمايتها، فلايتصور أن يكون في الوقت ذاته قيداً عليها، أو ضاراً بحقوقها، أو مانعاً لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للأضرار الأخرى، التي قد تكون لحقتها جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته، خاصة إذا كان التأمين المودع لا يكفي لجبر كافة الأضرار تعويضاً شاملاً وافياً^(٣).

(١) أنظر في هذا المعنى د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ٣٤٩ وما بعدها.

أنظر كذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق بتاريخ ١٩٨٥/٢/٥.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

حكمها في الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩١/٧/٧.

(أشار إليه د. إبراهيم محمد علي: مرجع سابق، ص ٩٠).

(٢) د. إبراهيم محمد علي: المرجع السابق، ص ٩٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١٢٨٩ لسنة ٨ ق بجلسته ١٩٦٥/١/٢، أنظر سابقاً ص ١٧٥.

الفرق بين التأمين الابتدائي والتأمين النهائي:

إن التأمين النهائي يماثل التأمين الابتدائي من حيث الغاية من كل منهما، حيث إنهما كلاهما ضمان لجهة الإدارة تتوقى من خلاله أخطاء المورد أو المقاول أو المتعاقد معها، أو إخلاله بالتزاماته تجاهها. ويكمن الفرق بينهما في أن التأمين الابتدائي شرط جوهري من شروط قبول العطاء، والتأمين النهائي - أيضاً - شرط جوهري من شروط تنفيذ العقد الإداري، بعد صدور قرار الإرساء وتبليغه إلى صاحب الشأن، كما يختلفان من حيث مقدار كل منهما، حيث إنه في الغالب الأعم تكون قيمة التأمين النهائي أكبر من قيمة التأمين الابتدائي، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى الأهمية الكبيرة لهذا التأمين، نظراً لدخول العقد حيز النفاذ، واحتمال حصول خسائر وأضرار لجهة الإدارة يكون أكبر من مجرد الإجراءات التمهيدية للعقد، المتمثلة في طرح المناقصة وتلقي العطاءات وإصدار قرار الإرساء.

ويترتب على ذلك أن جهة الإدارة تستطيع مصادرة التأمين النهائي مباشرة إذا امتنع المتعاقد معها عن تنفيذ العقود بعد البدء فيه، أما إذا التزم به حتى نهايته فيجب رده إليه، أما مصادرة التأمين الابتدائي فتتم إذا انسحب المورد أو المقاول بعد تقديم عطاءه وقبل جلسة فتح المظاريف أو إذا لم يقدم صاحب العطاء الذي رست عليه المناقصة ضمان التنفيذ خلال المهلة المحددة^(١).

صور التأمين النهائي :

لاتفرق أغلب التشريعات بين التأمين الابتدائي والتأمين النهائي من حيث الصور التي يقدم فيها كل منهما، ففي مصر حددت المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، صور التأمينات (ابتدائية ونهائية) في شكل النقد أو الشيكات المؤشر عليها بالقبول أو خطابات الضمان. كما أجازت الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها أن يطلب صاحب العطاء خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية، بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي، بينما قرنت المادة (٢٢) من القانون صرف دفعات تحت الحساب للمقاول أو المورد مقابل خطاب ضمان معتمد.

كما أن قرار مجلس المناقصات بمملكة البحرين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤، بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ، الصادر طبقاً لنص المادة (٢٨) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، قد حدد الأشكال ذاتها بالنسبة لكل من الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ،

(١) المواد (٢٨، ٣٨، ٣٩) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، والمادتين (٧٧، ٧٩) من اللائحة التنفيذية للقانون.

المواد (١٧، ١٨، ٢١، ٢٦) من القانون المصري، والمادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية للقانون.

وحصرها في النقد والشيكات المصدّق عليها بالقبول، وخطابات الضمان المعتمدة، وبوليصات التأمين الصادرة من شركات التأمين المحلية المعتمدة^(١).
ونظراً لتماثل صور التأمين النهائي مع صور التأمين الابتدائي، نحيل في ذلك إلى المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل تفادياً للتكرار.
ومن خلال المطلب التالي سوف نعرض لكيفية حساب التأمين النهائي .

(١) تم قصر الضمان الابتدائي والنهائي في المملكة العربية السعودية في شكل خطاب ضمان أو تعهد صادر من إحدى شركات التأمين المتخصصة المعتمدة، وبذلك تم استبعاد النقد والشيكات.
(قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٤٨٩/١٧ بتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥هـ بتعديل نص المادة (٩) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٤٢٣ بتاريخ ١٣٩٧/٢٥هـ.
وفي دولة قطر، تكون التأمينات في شكل شيكات مقبولة الدفع، أو خطابات ضمان مقبول غير مقيدة بأي شرط أو خطابات قيد، المادة (٢٦) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.
وفي دولة الإمارات العربية المتحدة تكون التأمينات في شكل خطابات ضمان. المادتان (٣٢، ٥٠) من القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة.
وتتخذ التأمينات في سلطنة عمان شكل الضمان المصرفي وليس على سبيل الحصر. المادتان (٤٣، ٤٥) من نظام المناقصات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٤٦.
وفي سوريا يكون أداء التأمينات إما نقداً أو بشيك يؤشّر عليه بالقبول، أو كفالة أو حوالة مصرفية من المصارف المعتمدة. المادة (٥٠) الفقرة (ج) من نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٣.

المطلب الثاني

كيفية حساب التأمين النهائي

بالنسبة للمشرع البحريني فإنه طبقاً لنص المادة (٣٨) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات، أنشط بمجلس المناقصات تحديد مبلغ ضمان التنفيذ، وبالتالي فإن المشرع جعل مسألة تحديد مبلغ ضمان التنفيذ عملية أكثر مرونة مما أقرته التشريعات الأخرى، وبناءً على ذلك فإنه من السهولة تغيير النسبة التي يحدّد على أساسها ضمان التنفيذ، تبعاً لمتغيرات الظروف والأوضاع الاقتصادية المختلفة.

وتنص المادة الثامنة من قرار مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ على أنه (تحدد قيمة ضمان التنفيذ بالنسبة لمناقصات الإنشاءات بمقدار ١٠% من قيمة العطاء، وتحدد قيمة ضمان التنفيذ في مناقصات تجهيز السلع والخدمات حسب الجدول التالي:

قيمة العطاء بالدينار البحريني	معدل ضمان التنفيذ من قيمة العطاء
أقل من ٢٥٠٠٠	١٠% بحد أدنى ٥٠٠ دينار
٢٥٠٠١ إلى ٥٠٠٠٠	٨% بحد أدنى ٢٥٠٠ دينار
٥٠٠٠١ إلى ١٠٠٠٠٠	٦% بحد أدنى ٤٠٠٠ دينار
أكثر من ١٠٠٠٠٠	٥% بحد أدنى ٦٠٠٠ دينار

ويبين من ذلك أن المشرع البحريني قد فرق بين قيمة ضمان التنفيذ بحسب نوع العملية موضوع المناقصة، فبالنسبة للإنشاءات قرر أن تكون قيمة الضمان بمقدار ١٠% من قيمة العطاء، بينما في حالة شراء السلع أو الخدمات تكون قيمة الضمان وفق الجدول المشار إليه.

من خلال الجدول أعلاه يتضح عدم وجود أي مبرر للترقية بين قيمة ضمان التنفيذ كما جاء في المادة الثامنة المشار إليها آنفاً، فإنه وإن كانت المناقصات الإنشائية أكثر تعقيداً وأعلى سعراً إلى حد ما من مناقصات السلع أو الخدمات، إنما ذلك ليس قاعدة عامة وفي الأحوال جميعها، فقد تكون هناك سلع معقدة أيضاً وأسعارها عالية جداً أيضاً، والمنطق ذاته بشأن الخدمات. ولذلك من الأفضل أن يتم توحيد النسبة المقررة لضمان التنفيذ بالنسبة لجميع المشتريات سواء أكانت سلعاً أو خدمات أو إنشاءات.

كما أنه لا مبرر لوضع حد أدنى في الجدول، لأن ذلك قد يؤدي إلى مفارقات غير منطقية، حيث إنه طبقاً للجدول إذا كان سعر العطاء مثلاً ١٠٠٠٠٠ (مائة ألف دينار) سيكون ضمان التنفيذ بواقع ٦% من هذا السعر، وهو ما يساوي ٦٠٠٠ (ستة آلاف دينار)، وإذا ما زاد سعر العطاء قليلاً وأصبح بقيمة ١١٥٠٠٠ (مائة وخمسة عشر ألف دينار) فإن ضمان التنفيذ سيكون بنسبة ٥% من هذا السعر، أي من المفروض أن تكون قيمة الضمان في هذه الحالة ٧٥٠ (خمسة آلاف وسبعمائة وخمسين ديناراً) ولكن نظراً لوجود الحد الأدنى بواقع ٦٠٠٠ (ستة آلاف دينار) حسب

الجدول، فإن على المورد أو المقاول أن يدفع هذا المبلغ الأخير، والذي هو بطبيعة الحال يفوق نسبة ٥% المقررة بالجدول. وحسابياً يكون ضمان التنفيذ وفق الجدول المشار إليه ٦٠٠٠ (ستة آلاف دينار) سواء كان سعر العطاء ١٠٠٠ (مائة ألف دينار) أو ١١٥٠٠ (مائة وخمسة عشر ألف دينار)، وهذا من غير شك لا يحقق المساواة ولا العدالة بين المتعاقدين. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا تؤيد وجود تسلسل في النسبة التي تُحدد على أساسها قيمة ضمان التنفيذ حسب سعر العطاء، إذ من المتوقع أن تكون النسبة ثابتة مهما كان سعر العطاء، تحقيقاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

وقد حددت المادة (١٨) من قانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي قيمة التأمين النهائي بـ ٥% من قيمة العقد، وذلك بالنسبة لجميع أنواع المشتريات، ومهما كانت أسعار العطاءات^(١). وكان القانون الملغى رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ يفرق بين مقاولات الأعمال والعقود الأخرى، حيث جعل نسبة التأمين النهائي بالنسبة للأول ٥% من قيمة المقاولات و ١٠% من قيمة العقود الأخرى. وسمح المشرع المصري طبقاً لنص المادة (١٨) المشار إليها للمورد أو المقاول بتكملة التأمين المؤقت إلى ما يساوي ٥% من قيمة العقد كتأمين نهائي، بينما لم ينص المشرع البحريني على ذلك صراحة، إلا أننا نرى إمكانية ذلك طالما كان التأمين الابتدائي سارياً وصالحاً وجاهزاً للتسليم في أي وقت، ولو أن الأمر هنا يتطلب حتماً تجديد فترة سريان التأمين الابتدائي، حيث إنه عادة ما يرتبط بمدة سريان العطاء أو أطول من هذه المدة بفترة بسيطة لا تتجاوز عادة شهراً واحداً. ومن الناحية العملية فإن إصدار ضمان نهائي ابتداءً قد يكون أفضل من عملية تكملة التأمين الابتدائي، لما قد تفرزه هذه العملية من إشكالات.

(١) جرى تحديد التأمين النهائي في دولة الإمارات العربية المتحدة بمقدار ١٠% من قيمة العطاء. المادة (٥٠) من القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة. وفي سلطنة عمان حُدِّد ضمان حسن التنفيذ بمقدار ١٠% من قيمة ما رسا عليه العقد. المادة (٤٥) من نظام المناقصات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٦. وفي سوريا حُدِّدَت التأمينات النهائية بنسبة ١٠% من قيمة العقد، مع جواز تخفيض هذه النسبة حتى ٥%، شريطة ذكر ذلك في دفتر الشروط الخاصة والإعلان. المادة (٢٠) من نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٣. وتم تحديد الضمان النهائي في المملكة العربية السعودية بواقع ٥% من قيمة العقد. المادة (٧/أ) من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

أما في أمريكا فإن قيمة التأمين النهائي يساوي ١٠٠% من قيمة العقد، وفي حالة زيادة كمية قيمة العقد أيضاً تكون قيمة التأمين النهائي تساوي ١٠٠% من هذه الزيادة، ما لم يقرر المسؤول بالجهة المشتري مبلغ آخر أقل مناسب يحمي الحكومة.

المادة (B-٢-١٠٢-٢٨) من قانون المشتريات الفيدرالي الأمريكي الصادر في ١ يناير ٢٠٠٤، ص ٦١٢.

ومن خلال الاطلاع على بعض التشريعات ، يتضح بأن النسبة التي يحدّد على أساسها التأمين النهائي تختلف من دولة إلى أخرى، وهي تتراوح بين ٥% و ١٠%، فهل النسب سواء العالية أو البسيطة تحقق الأهداف المرجوة منها؟

وكما أشرنا آنفاً، فإن قرار مجلس المناقصات بشأن الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ السابق الإشارة إليه، حدد ضمان التنفيذ بنسبة ١٠% من قيمة العطاء بالنسبة للإنشاءات، وبنسب مختلفة للسلع والخدمات، طبقاً لفئات أسعار العطاءات، تتدرج تناقصياً بارتفاع سعر العطاء من ١٠% حتى ٥%، وفق الجدول الموضح في بداية هذا المطلب.

ونرى ضرورة توحيد النسبة التي يحدد على أساسها ضمان التنفيذ لتصبح ١٠% من قيمة العطاء لجميع أنواع المشتريات ولأية قيمة جاء بها العطاء، ذلك أن هذه النسبة تعتبر معقولة لجبر الضرر الذي قد تتعرض له جهة الإدارة عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، حيث إنه كلما قلت هذه النسبة زادت فرص إخلال المتعاقد، على اعتبار أن مبلغ ضمان التنفيذ لا يشكل بالنسبة له رادعاً يمنع عن ذلك الإخلال. ونظراً للدور الكبير المناط بجهة الإدارة للحفاظ على حسن سير وانتظام المرافق العامة، فإن ضمان أداء المتعاقد معها لالتزاماته تجاهها، أمرٌ في غاية الأهمية، يستوجب ضرورة شعور المتعاقد مع الإدارة بخسارة مبلغ كبير فيما لو تعمد الإخلال أو الانسحاب من تنفيذ العملية موضوع المناقصة، ولذلك نرى زيادة النسبة التي يحدّد على أساسها ضمان التنفيذ، بالنسبة للدول التي تقل فيها هذه النسبة عن ١٠% لتصل إلى هذه النسبة.

ولكن جانباً من الفقه يرى عدم تحديد نسبة الـ ١٠% على إطلاقها وجوباً في كل الحالات، باعتبار أن أغلب صور التأمينات هي خطابات ضمان، وإذا ما ارتفعت قيمة هذا الضمان فسوف يقابلها ارتفاع أيضاً في نسبة الغطاء المقدم للبنك، والرسوم السنوية المستحقة عليه، مما يزيد من أعباء المقاول ويُثقل كاهله، لذلك يرى أصحاب هذا الرأي 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^(١).

ومع وجاهة هذا الرأي، إلا أنه لم يحدّد الأساس الذي سوف يتم بموجبه تقرير النسبة من ٥% إلى ١٠%، إضافة إلى أن منح جهة الإدارة سلطة تحديد النسبة قد يفتح الباب للتلاعب من قبل الجهة الإدارية عند ممارسة سلطتها دون ضوابط ولا حدود. كما أنه إذا وصلت النسبة إلى ١٠% من قيمة العقد فلا محل للانتقادات التي ساقها أصحاب الرأي السابق بشأن زيادة النسبة من ٥% إلى ١٠%.

(١) د. أيمن محمد جمعة: مرجع سابق، ص ٢٧٣ وما بعدها.

حساب التأمين النهائي بالنسبة للعقود طويلة الأجل:

قد تتعاقد جهة الإدارة لمدد طويلة تصل إلى عشر أو خمس عشرة سنة، فهل تُحسب نسبة التأمين النهائي على أساس قيمة العقد كاملاً عن تلك المدة، أم على أساس سنوي، ويجدد التأمين تلقائياً في بداية كل سنة؟

عُرِضَ هذا الموضوع على اللجنة الأولى بمجلس الدولة المصري، في شأن عقد نظافة لإحدى المحافظات لمدة خمس عشرة سنة، وكانت كراسة الشروط تنص على أن يكون التأمين النهائي بموجب خطاب بنكي، بما يعادل نسبة ٥% من القيمة الكلية للمتعاقد، ويكون ساري المفعول لمدة ثلاثة شهور تالية لتاريخ نهاية العقد، وذهبت اللجنة إلى أن التأمين شُرِعَ ضماناً لجهة الإدارة، ليؤكد حسن نية مقدم العطاء، ويضمن ملاءته وإمكانياته لتنفيذ العقد وجديته. والنزول عن شرط سداد قيمة التأمين على أساس قيمة العقد الكلية يترتب عليه إخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، بحسبان أنه سيتم النزول عن هذا الشرط بعد انتهاء إجراءات طرح المناقصة، خاصة 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 شُرِعَت لصالحها، لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهو ما قد يترتب عليه نتائج يتعذر تداركها فيما بعد.

وانتهت اللجنة إلى احتساب قيمة التأمين النهائي في الحالة المعروضة على أساس ٥% من قيمة مدة العقد البالغة خمسة عشر عاماً^(١).

ومن خلال المطلب التالي سنتناول الآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين النهائي ومصادرته.

(١) اللجنة الأولى لقسم الفتوى بمجلس الدولة، سجل رقم ٥٧/١ ملف رقم ٣٣٠/٢٣/٩٣ صادر ٢٠٠٣/٣/١٩. (أشار إليها د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٧٠٠ وما بعدها).

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على عدم إيداع التأمين النهائي ومصادرته

ترتب أغلب التشريعات جزاء مصادرة التأمين الابتدائي في حالة عدم أداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة لأدائه، كما ترتب تلك التشريعات مصادرة التأمين النهائي في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته تجاهها.

وطبقاً لنص المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، إذا لم يتم صاحب العطاء الفائز بأداء ضمان التنفيذ في المدة المحددة له، اعتُبر منسحباً من المناقصة، ويصدر ضمانه الابتدائي، ويحرم بقرار من مجلس المناقصات من الاشتراك في المناقصة لمدة لا تقل عن سنة، ويجوز للمجلس في هذه الحالة إعادة طرح المناقصة أو ترسيته على مورد أو مقاول آخر. ووفق هذه القاعدة فقد قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين مصادرة الضمان الابتدائي خلال عام ٢٠٠٣ لثلاث حالات، وخلال عام ٢٠٠٤ لثمان حالات وخلال عام ٢٠٠٥ لأربع حالات وخلال عام ٢٠٠٦ لإحدى عشرة حالة^(١).

ونظراً لكون المصادرة عقوبة أو جزاء^(٢) فقد كان من المتوقع النص عليها في القانون وليس في اللائحة التنفيذية.

أما المشرع المصري فإنه طبقاً لنص المادة (٢١) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي، أجاز للجهة الإدارية في حالة عدم قيام صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة، إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد أصحاب العطاءات الأخرى حسب ترتيب أولويتهم. وفي جميع الحالات يصبح التأمين الابتدائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها، من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء.

التكييف القانوني للمصادرة:

لم يتفق الفقه على طبيعة قانونية موحدة لمصادرة التأمين، حيث ذهب جانب إلى أنها تعتبر تقديراً جزافياً للتعويض أو شرطاً جزائياً متفقاً عليه في العقد، مقابل إخلال المتعاقد بالتزاماته

(١) إحصائية غير منشورة.

(٢) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن مصادرة التأمين المنصوص عليها في العقد تعتبر من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد، إذا قصر في تنفيذ التزاماته، حتى ولو لم يلحقها أية أضرار من هذا الإخلال.

نقض مدني في ٢٣/٤/١٩٦٤، مجموعة المكتب الفني، من ١٥ رقم ٩٧ ص ٦١٤.

(أشار إليه د. عبدالمجيد الفياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٧٥، ص ١٨٨.

التعاقدية، يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه^(١)، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى ((أن شرط مصادرة التأمين بعيد كل البعد عن أن يكون تعويضاً اتفاقياً، حيث إن الإدارة لا تملك أن تتفق عليه في عقد آخر، كما هي طبيعة الاتفاق، ذلك أن من يملك أن يتفق، يملك ألا يتفق، في حين أن القاعدة العامة في العقود الإدارية هي أن تقديم تأمين والنص على مصادرته في حالات معينة واجب ومفروض بحكم القانون، لا يمكن للإدارة أن تتجاوز عنه، لذلك فإن شرط مصادرة التأمين لا يعدو أن يكون عقوبة، تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته، حتى ولو لم تلحقها أية أضرار نتيجة هذا الإخلال))^(٢).

كما ذهب 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 إثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء ذلك، أو إلى استصدار حكم من القضاء))^(٣).

ونحن بدورنا نؤيد هذين الرأيين الأخيرين، ذلك أن المصادرة هو جزاء مالي وليس تعويض اتفاقي، كما أن مصدره القانون، وبالتالي لا تملك جهة الإدارة الحرية في عدم المصادرة عندما يخل المتعاقد بالتزاماته، كما لا تملك أن تصدر في حالات معينة ولا تصادر في حالات أخرى، كما أنه مقرر للمصلحة العامة.

أما مجلس الدولة في مصر وبعدها عدل المشرع من القواعد العامة في القانون المدني في خصوص الآثار المترتبة على فسخ العقد أو سحب العمل من المتعاقد وأخذ بأحكام القانون الإداري، ووفق ما ورد بأحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فإنه جعل من مصادرة التأمين جزاءً وعقوبة^(٤).

(١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٧٥، ص ٤٩٨، أشار إليه د. أيمن جمعة: مرجع سابق، ص ٢٨١، وانظر في ذات المعنى : د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

(٢) د. عبدالمجيد الفياض: مرجع سابق، ص ١٨٦، د. أيمن جمعة: المرجع السابق، ص ٢٨١، د. عزيزة الشريف: مرجع سابق، ص ١٦٦ وما بعدها، وليد سعود فارس : الجزاءات في مجال العقود الإدارية، رسالة مقدمة لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة آل البيت ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، ٢٠٠٠، ص ٦٤. أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١١٥٧) لسنة ٢٦ ق، بجلسة ١٩٨٦/٢/١، مكتب فني ٣١، ص ١٠٠٦ الذي ذهبت فيه المحكمة إلى أنه ((وبذلك كان من حق الهيئة الطاعنة توقيع الجزاءات المنصوص عليها في لائحة المناقصات والمزايدات، ومنها مصادرة التأمين المرفوع من الشركة)).

مجموعة المبادئ القانونية في المكتب الفني، وسائط مدمجة، مرجع سابق.

(٣) د. أيمن جمعة: المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٤) المادة (٢١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

وبهذا العدول التشريعي اختلف تكييف مصادرة التأمين من التعويض الاتفاقي إلى العقوبة نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي^(١).

الجمع بين مصادرة التأمين والجزاءات الأخرى:

طبقاً لنص المادة (٢٦) من قانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي، فإن لجهة الإدارة حق مصادرة التأمين النهائي، وفي الوقت ذاته حقها في التعويض عن الأضرار التي تتعرض لها نتيجة أخطاء المتعاقد معها، وكلاهما يعتبر من الجزاءات المالية التي تتضمن معنى العقوبة، ولكنهما يختلفان في عنصر الضرر، ذلك أن جهة الإدارة تستطيع مصادرة التأمين النهائي، بمجرد إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية دون مطالبتها بإثبات الضرر، ودون النظر إلى مدى كفاية مبلغ التأمين النهائي لجبر الأضرار التي تصيب جهة الإدارة. أما جزاء التعويض فيلزم لتوقيعه تعرض جهة الإدارة لأضرار مادية تزيد قيمتها على قيمة التأمين النهائي. وبذلك فإن جزاء مصادرة التأمين النهائي يدور مع خطأ المتعاقد وجوداً وعدماً، بينما يدور جزاء التعويض وجوداً وعدماً مع خطأ المتعاقد والضرر الذي يصيب الإدارة وعلاقة السببية بينهما^(٢).

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن «قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مصادرة التأمين لضمان تنفيذ العقد إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا يكون هناك محل لطلب التعويض. أما إذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تكفي وحدها لجبر الضرر، فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره، ومن ثم فإنه ينبغي عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه»^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الذي ذهبت فيه إلى «أنه في جميع الأحوال يجب مصادرة التأمين كجزاء مالي توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزامه. وإن مصادرة التأمين في هذه الحالة لا تحول بينها وبين المطالبة بالتعويض عن أية أضرار تكون قد أصابها من جراء إخلال المتعاقد معها»^(٤). كما قضى الحكم ذاته بأن مصادرة التأمين هو أحد الجزاءات التي نص عليها القانون صراحة في حالة فسخ العقد، وفي حالة سحب العمل وتنفيذه على حساب المقاول المقصر وطبيعة مصادرة التأمين كجزاء تختلف عن التعويض عن الضرر، ومن ثم فلا تترتب أن تجمع الإدارة بين فسخ العقد أو تنفيذه على الحساب مع مصادرة التأمين والحصول على ما تستحقه من تعويض^(٥) الطعن رقم ٢٦٤٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٣/١/٢٠٠١ غير منشور، أشار إليه د. أيمن جمعة: مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٢) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٤٧٠ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢٥/١٠/١٩٩٤.

(٤) أشار إليه د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٤٧٢.

أنظر كذلك حكمها في الطعن رقم ٤٦٦٩ ، ٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق عليا، جلسة ٢٥/١١/١٩٩٧.

الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، مرجع سابق، ص ١٩٢.

أنظر كذلك د. إبراهيم محمد علي: مرجع سابق، ص ٩٨.

كما ذهب في حكم آخر لها إلى أن «مصادرة التأمين لا تكون حقاً لجهة الإدارة إلا في حالة فسخ العقد أو سحب الأعمال وتنفيذها على الحساب لإخلاله بأي شرط من شروط العقد»^(١).

ولابد من إخطار المتعاقد مع الإدارة بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، بالإجراء المزمع اتخاذه حتى يكون على بينة من الإجراء الذي سوف يتخذ في مواجهته، وبالتالي فإن عدم الإخطار يتعارض مع حسن النية في العقود الإدارية ويمثل ركن الخطأ في مسئولية الإدارة^(٢).

وقد حظرت المحكمة الإدارية العليا بمصر في قضاء لها، الجمع بين جزاء مصادرة التأمين المؤقت وبين التنفيذ على الحساب، حيث يكون لها اتخاذ أحد الإجراءين هما: إلغاء العقد مع مصادرة التأمين المؤقت أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر^(٣).

وذهب بعض الفقه إلى أن «والعلة من حظر الجمع بين إجراء إلغاء العقد ومصادرة التأمين المؤقت وبين التنفيذ على الحساب، تكمن في أن التنفيذ على الحساب يُعد من قبيل التنفيذ العيني للالتزام الذي يفترض بقاء العقد قائماً، ومن ثم لا يستقيم عملاً إجراء التنفيذ العيني للالتزامات المتولدة عن عقد انقضى بفسخه ومصادرة التأمين المؤقت»^(٤).

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن لجهة الإدارة الخيار بين إلغاء العقد ومصادرة التأمين الابتدائي، أو الاستمرار في التعاقد والتنفيذ على حساب المتعاقد الذي امتنع عن إيداع التأمين النهائي، أو امتنع عن السير في إجراءات تنفيذ العقد، فإن هي اختارت الطريق الأول وهو إلغاء التعاقد، فلا جناح عليها إن هي صادرت التأمين المؤقت كنوع من التعويض عما أصابها من ضرر، دون أن يُخل ذلك بحقها في المطالبة بأية أضرار أخرى تجاوز قيمة التأمين^(٥).

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية يتضح عدم جواز الجمع بين فسخ العقد والتنفيذ على الحساب. إنما يجوز الجمع بين فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي والتعويض، إذا كان له

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٣٩ ق. ع، جلسة ١٩٩٨/٥/١٩.

(أشار إليه د. أيمن جمعة: مرجع سابق، ص ٢٧٥).

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٩، الجزء الثاني، ص ١١١٣، مشار إليه في د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٣) حكمها في الطعن رقم ٤٨٢٦ لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٩٩/١/٥، غير منشور.

أشار إليه د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٤) د. عاطف سعدي محمد: المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٨٥ لسنة ٣٨ ق، جلسة ١٩٩٩/١/٢٦.

(أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٧١٩).

أنظر في المعنى ذاته، حكمها في الطعن رقم ٤٨٢٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٩/١/١٥، المرجع السابق، ص ٧١٩. وكذلك حكمها في الطعن رقم ٣٣٧٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢٩. المرجع السابق، ص ٥٤٥.

مقتضى^(١)، بشرط ألا يوجد ما يحظر ذلك في العقد، وأن يكون الضرر ما يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين، أي أن تكون قيمة الضرر تجاوز قيمة التأمين^(٢).

ويذهب جانب من الفقه إلى أن شرط مصادرة التأمين هو في حقيقته جزاء، يدخل ضمن الجزاءات الأخرى التي تملكها الإدارة لضمان تنفيذ العقد، حرصاً على سير المرافق العامة على نحو منظم ومستمر، ومن حق الإدارة تطبيقه متى قصر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، وبهذا فإن المصادرة تختلف عن التعويض من حيث الأساس القانوني لكل منهما، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من الجمع بينهما في حالة تحقق الحالات الموجبة لهما^(٣).

وللسبب ذاته يجوز الجمع بين مصادرة التأمين وفرض غرامات التأخير^(٤)، كما يجوز فسخ العقد مع مصادرة التأمين واستحقاق التعويض، ذلك أن التعويض مختلف في طبيعته وغايته من شرط مصادرة التأمين الذي هو جزاء مالي منصوص عليه في العقد، وبالتالي فلا تترتب إن اجتماع في حالة فسخ العقد مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض، إذ لا يعتبر الجمع في هذه الحالة ازدواجاً للتعويض^(٥).

أما المشرع البحريني فلم ينظم جزاء مصادرة التأمين النهائي، حيث إن المادة (٣٩) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات نصت على أن «يكون ضمان التنفيذ ضامناً لحسن تنفيذ العقد، ويجب رده بعد إتمام التنفيذ طبقاً لنصوص العقد. ولا يؤدي ضمان التنفيذ إذا قام صاحب العطاء الفائز بتوريد جميع السلع التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة المشتريّة خلال المهلة المحددة لأداء هذا الضمان».

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٤١ ق، بجلسة ١٩٩٩/٤/٢٠، والذي ذهب فيه إلى أنه «لا يعتبر الجمع بين الفسخ ومصادرة التأمين والتعويض ازدواجاً للتعويض محظوراً، حتى ولو لم يُنص في العقد على استحقاق التعويض، ويُشترط أن يكون الضرر مجاوزاً قيمة التأمين المصادر. وإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يُتفق على غير ذلك». مشار إليه في د. محمد ماهر ابو العنين، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣١٦ لسنة ٧ ق، تاريخ ١٩٦٤/٢/٢٢، المكتب الفني ٩، صفحة ٦٤٨، مجموعة المبادئ القانونية، المكتب الفني بمجلس الدولة، وسائط مدمجة، مرجع سابق.

(٣) د. عبد المجيد الفياض: مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٤) د. وليد سعود فارس القاضي: مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٩٣ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٧٣/١٢/١، مكتب فني ١٩، ص ٢٨.

أنظر كذلك حكمها في الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٨ ق، جلسة ١٩٦٥/١١/٢٧، مكتب فني ١١، ص ٥١. مجموعة المبادئ القانونية، المكتب الفني بمجلس الدولة، وسائط مدمجة، مرجع سابق.

بينما المادتان (٨٣، ٨٨) من اللائحة التنفيذية أHALتA بالنسبة لتأخر المقاول أو المورد في تنفيذ التزاماته إلى نصوص العقد المبرم بين الطرفين.

وفي الواقع فإن خلو القانون واللائحة التنفيذية من أحكام صريحة لحالات مصادرة التأمين النهائي، واقتضاء التعويض اللازم، وغرامات التأخير، والتنفيذ على الحساب، وحق الإدارة في إنهاء العقد أو تعديله، ووضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، يعتبر قصوراً تشريعياً يستوجب إكمالها، ذلك أن هذه الجزاءات تعتبر من أهم مميزات العقد الإداري، لأنها تمثل جزءاً كبيراً من الشروط الاستثنائية التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى، نظراً للامتيازات التي تتمتع بها الإدارة تجاه المتعاقد معها ضماناً لحسن سير المرفق العام الذي تديره. وتأسيساً عليه يتوجب النص عليها في القانون ابتداءً، ثم تُفصل في اللائحة التنفيذية. ولا يمكن بأية حال الارتكان إلى بنود العقد المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، إذا ما رأت تضمينها العقد وإذا ما رأت استبعادها.

كما أنه ولئن كان ينظر المشرع البحريني إلى أن المتعاقد مع الإدارة يُعتبر معاوناً لها في الحفاظ على حسن سير وانتظام المرفق العام الذي تديره، ولذا لم يشأ أن يضمن قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية الجزاءات المشار إليها، إضافة إلى رغبة المشرع البحريني في تشجيع عملية التطوير وتنمية الاقتصاد في المملكة، إلا أن كل ما تقدم بطبيعة الحال لا يمنع بتاتاً من تضمين القانون الأحكام التي تضمن بها مملكة البحرين حسن تنفيذ عقودها الإدارية بصفة عامة، سواء مع موردين أو مقاولين محليين أو من خارج المملكة، ذلك أن الحفاظ على حسن سير وانتظام المرافق العامة واستمرارية تقديمها لخدماتها للجمهور من أهم الواجبات المناطة بمختلف الجهات الإدارية ولها الأولوية على أية اعتبارات أخرى.

أما والحال كذلك فيتوجب وحتى يتم تعديل القانون المشار إليه، أن يتم تضمين وثائق المناقصات التي تطرحها الجهات الخاضعة للقانون الشروط والأحكام المشار إليها آنفاً، وذلك حتى يكون الموردون والمقاولون على دراية بها أثناء تقديمهم لعطاءاتهم، ومن ناحية أخرى لكي تضمن تلك الجهات تنفيذ الأعمال المطلوبة على الوجه الأكمل، والحصول على ما يعوض خسارتها نتيجة إخلال الموردين أو المقاولين بالتزاماتهم التعاقدية، على أن يتم تضمينها ثانية في بنود العقود التي تبرمها تلك الجهات مع المتعاقدين معها.

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر ١٩٥٧ إلى أن «.... ومن حيث أن هذه الجزاءات هي ضمانات جرى العرف الإداري على ذكرها في العقود الإدارية، وإن كانت لاتستقيم مع قواعد القانون المدني، لأن قواعد هذا القانون لاتستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة، وهذه هي العلة في انطواء مثل هذه

الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة، بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف بمجرد قيام سببها، وبصرف النظر عن القواعد التي يقررها القانون الخاص» (١).

كما أيدت المحكمة الإدارية العليا ذلك المبدأ في أحكام عدة (٢).

ذلك أن المصلحة العامة تتطلب إجبار الإدارة على مصادرة التأمين النهائي وطلب التعويض، وفرض غرامات التأخير، وفسخ العقد والتنفيذ على الحساب والحراسة الإدارية في حالة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته تجاه المرفق العام، ولايتأتى ذلك إلا من خلال النص على تلك الجزاءات في القانون.

وهنا نتساءل: هل تتم مصادرة ضمان التنفيذ (التأمين النهائي) بالكامل على الرغم من أن المتعاقد مع الإدارة قد قام بتنفيذ جزء من العملية؟

ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، إلى أن مصادرة التأمين النهائي بالكامل إنما تكون في حالة ما إذا ألغي العقد إلغاءً كلياً، أما إذا وقع الإلغاء بعد تنفيذ بعض الالتزامات التي يقضي بها العقد، واقتصر أثره على ما لم يتم تنفيذه من تلك الالتزامات، فإن مصادرة التأمين في هذه الحالة تكون محكومة بالقواعد العامة. وبناءً على ذلك يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة في حالة إلغاء العقد - بسبب تقصير المتعاقد معها - أن تقتصر على مصادرة جزء من التأمين المقدم منه، حتى يكون هناك تناسب بين ما لم يتم تنفيذه من الالتزامات وبين قيمة ما يصادر من التأمين (٣).

وكان هذا الرأي قد تم إعداده في ظل لائحة المخازن والمشتريات التي كان معمولاً بها في مصر، حيث تنص المادة (١٣٧) وفي البند (٤٥) منها على وجوب الاحتفاظ بالتأمين كاملاً، إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية. ولم تتضمن المادة حكماً يفيد بمصادرة التأمين أو إلغاء العقد. أما طبقاً للقانون الحالي فإن المادة (٢٩) منه صريحة في الحكم على مصادرة التأمين النهائي، إذا ما تم فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد مع الإدارة، ولذا فإن المصادرة هنا تكون كاملة وليست جزئية.

(١) حكمها في الدعوى رقم ٤١٨٦ لسنة ١ ق، الصادر في ١١/٢٤/١٩٥٧، أشار إليه د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٩١، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

(٢) أنظر حكمها الصادر في ١٧/٣/١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٤٥٩)، والصادر في ١٦/١٢/١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) والصادر في ٢١/٣/١٩٧٠ (السنة ١٥ ص ٢٢٢).
مشار إليها في المرجع السابق، ص ٤٩٩.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢٦٠ بتاريخ ١٣/٥/١٩٥٥.
مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمى الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في خمسة عشر عاماً، أحمد سمير أبوشادي: دار الفكر العربي، ص ٧٥٩ وما بعدها.

وإن كان ذلك لا يمنع - بطبيعة الحال - أن يتسلم المتعاقد مع الإدارة حقوقه المالية التي استحقها نتيجة تنفيذه أجزاء من العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة.

خصائص مصادرة التأمين^(١):

١ - إن حق الإدارة في مصادرة التأمين عن التقصير في التنفيذ، يقوم حتى ولو لم يُنص عليه في العقد.

٢ - إن للإدارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بإرادتها المنفردة دون انتظار حكم من القضاء.

٣ - إن الإدارة تقوم بتوقيع جزاء المصادرة بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات تعرضها لضرر ما، جراء إخلال المتعاقد معها، حيث إن الضرر هنا مفترض.

٤ - إن التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، ولكنه لا يمثل الحد الأقصى، بمعنى أنه لا يقبل من المتعاقد المقصر إثبات أن الضرر يقل عن التعويض. وإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للحكم بتعويض آخر، إلا إذا اتفق على غير ذلك.

٥ - إذا ألغي العقد لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ولم يكن التأمين النهائي قد دُفع بكامله، فللإدارة الحق في المطالبة بما تبقى منه، باعتبار أنه شرط جزائي يحدد مقدماً قيمة التعويض عن الإخلال بشروط العقد.

وهكذا ومن واقع إن تلك الجزاءات المالية هي ضمانات لجهة الإدارة، وإن كانت لاتستقيم مع قواعد القانون المدني من فسخ أو تنفيذ عيني مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، حيث أن هذه لاتكفي للحيلولة دون تجاوز المتعاقد مع الإدارة وإخلاله بالصالح العام، لذلك يتوجب حفاظاً على المصلحة العامة وصيانتها فرض جزاءات رادعة تُوقع على المتعاقد مع الإدارة، نتيجة لتخلفه وتقصيره في الالتزام بتنفيذ واجباته المنصوص عليها في العقد مباشرة، دون حاجة إلى إتباع أية قواعد أو إجراءات بيروقراطية، كتلك الموجودة في القانون المدني، حيث أن قواعد هذا القانون الأخير لاتستقيم مع السرعة والمرونة التي يتطلبها حسن سير وانتظام المرافق العامة.

رد التأمين النهائي:

يُرد التأمين النهائي أو ما تبقى منه لصاحبه بعد تنفيذ العقد بصفة نهائية، بما في ذلك مدة الضمان، بغير توقّف على طلب في هذا الشأن، وذلك خلال مدة لاتتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية^(٢).

(١) د. السلال سعيد جمعة الهويدي: مرجع سابق، ص ٣١٩ وما بعدها.

(٢) المادة (٧٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي.

أما وفقاً للقانون البحريني، فإن ضمان التنفيذ يرد بعد إتمام التنفيذ طبقاً لنصوص العقد^(١). ولا يؤدي التأمين النهائي أو ضمان التنفيذ، إذا ما قام صاحب العطاء الفائز بتوريد السلع التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية نهائياً خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي^(٢).

(١) الفقرة الأولى من المادة (٣٩) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني.
(٢) المادة (١٩) من القانون المصري، والفقرة الثانية من المادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية للقانون البحريني.

الفصل الخامس

ضمانات مرحلة تقييم العطاءات والإرساء

تمهيد وتقسيم :

تعتبر مرحلة تقييم العطاءات من أهم مراحل المناقصة، مع ما يستتبعها من تحديد العطاء الفائز، ومن ثم صدور قرار الترسية عليه.

ولذلك فإن أغلب التشريعات تحيط هذه العملية بسياج من الضمانات، سواء المقررة لصالح جهة الإدارة ، أو للمورد أو للمقاول المشارك في المناقصة.

ونقسم الدراسة في هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: تشكيل لجان البت وتحديد نظام عملها.

المبحث الثاني: تقييم العطاءات.

المبحث الثالث: الإرساء على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً.

المبحث الأول

تشكيل لجان البت ونظام عملها

موقف التشريع من تشكيل لجان البت:

طبقاً للقانون المصري فإن إجراءات المناقصة تتم من خلال لجنتين، تقوم إحداهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة. ولجنة البت هي الجهة المعنية بتقييم العطاءات من الناحية الفنية، وذلك بعد أن يتم توحيد أسس المقارنة بينها، ثم بعد ذلك تقوم بعملية التقييم المالي للعطاءات المقبولة فنياً، ولكن بمراعاة التحفظات المالية المقترنة بهذه العطاءات، حتى تكون عملية التقييم صحيحة ودقيقة^(١).

ويصدر بتشكيل كل من اللجنتين قرار من السلطة المختصة.

أما في قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، فإن فتح المظاريف والبت في المناقصات يتم عن طريق المجلس ذاته بالنسبة للمناقصات التي تصل تكلفتها إلى ٥٠٠.٠٠٠ (خمسمائة ألف دينار) فأكثر، وما قل عن ذلك عن طريق لجنة البت في المناقصات الأقل من ٥٠٠.٠٠٠ (خمسمائة ألف دينار). وترسل العطاءات بعد فتحها من قبل مجلس المناقصات أو اللجنة إلى الجهة المشتريّة أو إلى أية جهة أخرى للتقييم، مع حق المجلس في التقييم ابتداءً أو إعادة التقييم. كما أجاز القانون أن تقوم الجهة المعنية بالتقييم بطلب استيضاحات من أصحاب العطاءات، دون أن يؤدي ذلك إلى أي تغيير في مسألة جوهرية في العطاء أو في السعر^(٢).

ويعتبر تشكيل لجنة للبت في المناقصة في القانون المصري، بخلاف لجنة الفتح، وكذلك في مجلس المناقصات في القانون البحريني، بتقييم العطاءات أو إعادة تقييمها أو إحالتها إلى أية لجنة أو جهة أخرى للتقييم، جميعها تعتبر ضمانات هامة لتوفير النزاهة والحيادية في أهم عملية من عمليات المناقصة العامة، كما أن تشكيل تلك اللجان في مصر يعتبر من النظام العام فلا يجوز استبعاد أحكام القانون بصدها، نظراً لما تمثله من ضمانات أساسية لنزاهة إجراءات المناقصة^(٣).

كما أن هناك ضمانات أخرى تتمثل في علانية جلسات لجان البت وكذلك في تدوين محاضر هذه الجلسات، حيث تؤدي العلانية إلى ضمان نزاهة عملية البت في المناقصة وعدم التلاعب بها. كما أن كتابة كافة الإجراءات التي تقوم بها لجنة الفتح أو لجنة البت، وتوقيع جميع الأوراق من قبل رئيس اللجنة وأعضائها هي الأخرى تشكل ضمانات وجود مراجع ثابت فيها مختلف الإجراءات والقرارات، كدليل على ما تم في تلك الاجتماعات يمكن الرجوع إليه عند الضرورة.

(١) المواد (٢٣) و(٢٥) و(٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(٢) المادة (٣٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني.

(٣) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق ص ١٤٨.

وقد حذا المشرع البحريني في هذا الشأن حذو قانون (اليونسترا) في المادة (١١) المتعلقة بسجل إجراءات الاشتراء، وما يجب أن يحويه من معلومات وبيانات^(١)، وكذلك المادة (٣٣) المتعلقة بفتح العطاءات، وجواز حضور الموردين أو المقاولين أو ممثليهم جلسات الفتح^(٢). حيث نصت المادة (١٧) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أن (تحتفظ كل من الجهة

(١) ينص البند (١) من المادة (١١) من قانون (اليونسترا) على أنه:

((١ - تحتفظ الجهة المشتريّة بسجل لإجراءات الاشتراء يتضمن، كحد أدنى، المعلومات التالية:

(أ) وصفاً موجزاً للسلع أو الإنشاءات أو الخدمات المراد اشتراؤها.

(ب) أسماء وعناوين الموردين أو المقاولين الذي قدموا عطاءات أو اقتراحات أو عروضاً أو عروض أسعار، واسم وعنوان المورد أو المقاول الذي أبرم معه عقد الاشتراء وقيمة العقد.

(ج) معلومات تتعلق بأهلية أو عدم أهلية الموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات أو اقتراحات أو عروضاً أو عروض أسعار.

(د) قيمة أو أساس تحديد قيمة كل عطاء أو اقتراح عرض أسعار وقيمة عقد الاشتراء، وملخصاً لسائر الأحكام والشروط الرئيسية لكل منها.

(هـ) ملخصاً لتقييم العطاءات أو الاقتراحات أو العروض أو عروض الأسعار والمقارنة بينها.

(و) إذا رفضت جميع العطاءات أو الاقتراحات أو العروض أو عروض الأسعار، يُدرج بيان عن هذا الرفض والأسباب الداعية إليه.

(ز) إذا استخدمت إجراءات اشتراء تنطوي على أساليب اشتراء أخرى غير أسلوب المناقصة، ولم تؤد هذه الإجراءات إلى إبرام عقد الاشتراء، يُدرج في السجل بيان عن ذلك وعن الأسباب الداعية إليه.

(ح) المعلومات المطلوبة بموجب المادة (١٥) في حالة رفض عطاء أو اقتراح أو عرض أو عرض أسعار بموجب الحكم الوارد في تلك المادة.

(ط) إذا استخدمت إجراءات اشتراء تنطوي على أسلوب اشتراء في إطار الفقرة الفرعية (أ) أو (ب) من الفقرة (٣) من المادة ١٨، يُدرج البيان المطلوب بموجب المادة ١٨ (٤) عن الأسباب والظروف التي استندت إليها الجهة المشتريّة لتبرير اختيار وسيلة الاشتراء المستخدمة.

(ي) في حالة اشتراء الخدمات بواسطة الفصل الرابع، يُدرج البيان المطلوب بموجب المادة ٤١ (٢) عن الأسباب والظروف التي استندت إليها الجهة المشتريّة لتبرير اختيار إجراءات الانتقاء المستخدمة.

(ك) إذا استخدمت إجراءات اشتراء تنطوي على التماس مباشر لتقديم اقتراحات بشأن الخدمات وفقاً للمادة ٣٧/٣، يُدرج بيان بالأسباب والظروف التي استندت إليها الجهة المشتريّة لتبرير الالتماس المباشر.

(ل) إذا استخدمت في الاشتراء إجراءات تقوم فيها الجهة المشتريّة، وفقاً للمادة ٨ (١) بحصر المشاركة على أساس الجنسية، يُدرج بيان عن الأسباب والظروف التي استندت إليها الجهة المشتريّة في فرض هذا الحصر.

(م) ملخصاً لأي طلبات لتوضيح وثائق التأهيل أو وثائق التماس العطاءات وللردود على هذه الطلبات، بالإضافة إلى ملخص لأي تعديلات أدخلت على هذه الوثائق^(٣).

(٢) ينص البند (٢) من المادة (٣٣) من قانون (اليونسترا) على أن ((تسمح الجهة المشتريّة لجميع الموردين أو المقاولين الذي قدموا عطاءات أو لممثليهم، بأن يكونوا حاضرين عند فتح العطاءات)).

المشتري والمجلس وأية لجنة يشكلها المجلس بسجل يسمى ((سجل إجراءات الشراء)) تثبت فيه إجراءات الشراء). كما حددت المواد من (٧ إلى ١١) من اللائحة التنفيذية للقانون البيانات والمعلومات الواجب تدوينها في السجل، وجواز الاطلاع عليها أو على بعضها من قبل أي شخص أو مورد أو مقاول مشارك في المناقصة، وفق الإجراءات التي يحددها مجلس المناقصات. كما أجازت المادة (٢٩) من القانون حضور أصحاب العطاءات أو مندوبيهم جلسات فتح مظاريف العطاءات.

ويعد حضور الموردين أو المقاولين أو مندوبيهم جلسات فتح المظاريف من الأمور الداعمة للنزاهة والحيادية والمنافسة الشريفة، إلا أن حضورهم جلسات البت في المناقصة العامة أمر غير مستساغ، نظراً لما قد يسببه ذلك من اعتراضات ومشاحنات بين لجنة البت والموردين والمقاولين أو مندوبيهم، مما قد يتسبب ذلك بدوره في تأخير إصدار القرارات النهائية وتعطيل تنفيذ الأعمال ذات العلاقة بالمرافق العامة، فيما يكون نشر وتسبب قرارات الإرساء وتدوين ملخص عملية التقييم في سجل إجراءات الشراء، ومن ثم حق المورد أو المقاول في الاطلاع على هذا السجل، إضافة إلى حقه في طلب إعادة النظر، أو التظلم إلى مجلس المناقصات، إجراءات كفيلة جميعها بتحقيق ضمانات المورد أو المقاول، للتأكد من صحة الإجراءات والقرارات التي اتخذتها الجهة المشتريّة. وبالتالي فإن قصر حضور الموردين أو المقاولين أو مندوبيهم على جلسة فتح المظاريف (التي تشتمل على العطاءات الفنية والمالية حسب القانون البحريني) تحقق الضمانة المطلوبة في مثل هذه الحالة، خاصة في ظل تفرغ الأسعار على شاشة العرض، وتسليم كل الحاضرين نسخ من أسماء جميع الشركات المشاركة وأسعارها.

كما أنه للمورد أو المقاول حق معرفة سبب عدم فوزه بالمناقصة، سواء من خلال طلب التظلم الذي يستطيع التقدم به وفقاً لنص المادة (٥٧) من القانون، أو من خلال الاطلاع على سجل إجراءات الشراء، الذي يشتمل على ملخص لتقييم العطاءات وأسس ومعايير المقارنة بينها ، وفقاً للبندين (ب) و(هـ) من المادة (٨) من اللائحة التنفيذية للقانون.

وتشكيل لجان البت في كل من القانونين المصري والبحريني ونظام عملها مختلفان نوعاً ما، الأمر الذي يستوجب توضيحه والتعليق عليه، وهذا ما سوف يتم تناوله من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: لجان البت في القانون المصري.

المطلب الثاني: لجان البت في القانون البحريني.

المطلب الثالث: نظام عمل لجان البت في كل من القانونين المصري والبحريني.

المطلب الأول

لجان البت في القانون المصري

تنص المادة (١١) من قانون المناقصات والمزايدات المصري على أن (يكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين، تقوم إحداها بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة. على أنه بالنسبة للمناقصة التي لاتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه، فتتولى فتح المظاريف والبت في المناقصة لجنة واحدة).

كما نصت المادة (١٢) من القانون ذاته على أنه (يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة، وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد.

ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه).

كما أجازت المادة (١٣) من القانون ذاته أن تعهد لجنة البت إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها، بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات ومدى مطابقتها للشروط المقدرة، وكذا بالتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات، وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة بهم من أهل الخبرة، وتقدم اللجان الفرعية تقارير بنتائج أبحاثها وتوصياتها إلى لجنة البت.

ومن النصوص المتقدمة يتضح أن المشرع المصري قرر أن تكون هناك لجنة واحدة للفتح والبت في المناقصات، ولكن ذلك فقط بالنسبة للمناقصات التي لاتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه، أما ما فاق ذلك فإن الأمر يتطلب وجود لجنتين إحداها لفتح المظاريف والأخرى للبت في العطاءات. وكضمانة من ضمانات المناقصة العامة خصوصاً والمناقصات الأخرى ومشتريات الحكومية عموماً، فإن المشرع المصري وضع ضوابط في تشكيل اللجان طبقاً للمواد المشار إليها، وتتمثل تلك الضوابط في الآتي:

١. صدور قرار من السلطة المختصة بتشكيل تلك اللجان.
٢. مراعاة أن يتضمن التشكيل موظفين ذوي درجات عالية إذا ما كانت المناقصة ذات أهمية كبيرة.

٣. ضرورة توافر عناصر قانونية وفنية ومالية في تشكيل اللجان^(١).
٤. إذا ما زادت قيمة المناقصة على ٥٠٠٠٠٠ (خمسمائة ألف جنيه) فيجب أن تضم لجنة البت مندوباً من وزارة المالية وعضواً من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة^(٢).
- ومن خلال المطلب التالي سنعرض للجان البت في القانون البحريني.

(١) تنص المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي على أنه (يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة، برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة، وعضوية ممثل عن الجهة المطالبة وعضو قانوني وعضو فني وعضو مالي ومدير إدارة المشتريات أو من ينييه).

(٢) وتنص المادة (٢٢) من اللائحة ذاتها على أنه (يكون تشكيل لجان بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية، وفق أهمية وطبيعة التعاقد. ويجب أن يشترك في عضوية لجنة البت من تندبه وزارة المالية لذلك وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يندبه رئيسها، وذلك في الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات).

المطلب الثاني

لجان البت في القانون البحريني

لم يقرر المشرع البحريني صراحة إنشاء لجنتين إحداها لفتح المظاريف والأخرى للبت في المناقصة كما فعل المشرع المصري، وإنما أناط - وفق نص المادة (٢٩) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات - بمجلس المناقصات، الذي يشكل بمرسوم ملكي كل سنتين، أو أية لجنة يكلفها هذا المجلس، فتح مظاريف العطاءات في المكان والزمان المحددين في وثائق المناقصة^(١).

وكذلك أناط بالمجلس - وفق نص المادة (١١) من القانون ذاته - البت في المناقصات، مع جواز تشكيل لجنة تعمل تحت إشرافه من بين أعضائه أو من غيرهم برئاسة أحد الأعضاء، تختص بالمناقصات التي تقل عن ٥٠٠.٠٠٠ (خمسمائة ألف) دينار بحريني، على أن ترفع هذه اللجنة توصياتها إلى المجلس لاعتمادها^(٢).

وعلى ذلك فإن الأصل أن يتم فتح المظاريف في جميع المناقصات أمام مجلس المناقصات ذاته، إضافة إلى أنه هو الذي يبت في جميع المناقصات. ونظراً لكون المشرع قد تتبأ مما قد يشكله ذلك من عبء كبير على المجلس، قياساً بالكثير من المناقصات والمشتريات الحكومية - علماً بأن المجلس يجتمع مرة كل أسبوع، للنظر والبت في الطلبات والمناقصات الواردة من الجهات المشتريّة - فقد أجاز للمجلس تشكيل لجنة البت المشار إليها، وفي هذا الصدد أصدر رئيس المجلس القرار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بتشكيل لجنة البت في المناقصات الأقل من ٥٠٠.٠٠٠ (خمسمائة ألف) دينار بحريني.

ومنذ صدور هذا القرار فإن المجلس يجتمع ويبت في المناقصات التي تصل قيمتها التقديرية أو تفوق ذلك الحد، إضافة إلى اعتماده قرارات تلك اللجنة بالنسبة للمناقصات والمشتريات التي تقل قيمتها عن ذلك الحد.

كما أن العطاء وفقاً للقانون البحريني يقدم في مظروف واحد يشمل على العطاء الفني والمالي ليس في مظروفين كما هو معمول به في القانون المصري.

(١) المادة (٢٩) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات نصت على أنه ((يقوم المجلس أو أية لجان يكلفها بفتح العطاءات في المكان والزمان المحددين في وثائق المناقصة، وفي الموعد النهائي في حالة المد، وذلك في حضور أصحاب العطاءات أو مندوبيهم)).

(٢) المادة (١١) من القانون ذاته نصت على أنه ((يختص المجلس بالبت في المناقصات، وله أن يشكل لجنة تحت إشرافه من بين أعضائه أو من غيرهم، برئاسة أحد أعضاء المجلس، تختص بالمناقصات التي تقل قيمتها عن ٥٠٠.٠٠٠ (خمسمائة ألف) دينار بحريني، على أن ترفع هذه اللجنة توصياتها إلى المجلس لاعتمادها)).

ونلاحظ من نص المادة (١١) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، حرص المشرع على وجود ضمانات في تشكيل تلك اللجنة وعملها، بأن تكون من أعضاء المجلس أو من غيرهم بشرط أن يرأسها عضو من أعضاء المجلس، إضافة إلى أنها تعمل تحت إشراف المجلس وهو الذي يعتمد قراراتها.

كما أن تشكيل مجلس المناقصات ذاته بمرسوم ملكي هو الآخر يشكل ضمانات أخرى نظراً لمكانة المجلس ودوره الكبير في الرقابة السابقة واللاحقة، على الإجراءات المختلفة للمناقصات والمشتريات الحكومية.

وما يلاحظ على القانون البحريني، أنه لم ينص صراحة في تشكيل كل من مجلس المناقصات^(١) أو اللجنة المشار إليها في المادة (١١)، على ضرورة وجود عنصر من وزارة المالية أو من دائرة الشؤون القانونية، ولكن تضمن تشكيل المجلس هذين العنصرين، خلال دورتين متتاليتين، فيما خلا التشكيل الجديد للدورة الثالثة التي بدأت اعتباراً من شهر يناير ٢٠٠٧ من العنصر القانوني. ونرى ضرورة وجود عضو قانوني ضمن أعضاء المجلس وذلك أسوة بالقانون المصري وغيره من القوانين الأخرى، التي تتطلب وجوده ضمن لجان الفتح والبت في المناقصات، لضمان سير الإجراءات وفق أحكام القانون دون اجتهادات فردية قد تتعارض مع هذه الأحكام^(٢) من أشخاص غير

(١) تنص المادة (٨) على أنه ((يُنشأ مجلس مستقل يسمى ((مجلس المناقصات)) ويلحق بمجلس الوزراء. ويشكل المجلس من رئيس ونائب للرئيس وسبعة أعضاء يعينون بمرسوم، ويجب أن يحضر جلسات المجلس من تتيبه الجهة بقرار يصدر من الوزير المعني، دون أن يكون له صوت معدود)).

(٢) تنص المادة (٦) من قانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي على أن ((تتولى إجراءات كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة، تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد.

وفي حالة الممارسة الداخلية، يجب أن يشترك في عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية إذا تجاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا تجاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه. أما في حالة الممارسة الخارجية، فيجب أن يشترك في عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا تجاوزت القيمة مليون جنيه)).

- كما قررت المادة (٢٨) من ذات القانون وجوب اشتراك ممثل من وزارة المالية ووزارة الإسكان وعضوية إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وذلك في تشكيل اللجنة المعنية بالمفاضلة بين العروض المقدمة في شراء واستئجار العقارات.

- نصت المادة (٤) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن المناقصة العامة الكويتي على أن "تتألف لجنة المناقصات المركزية من :

أ -

ب - ممثل لوزارة المالية والصناعة.

=

متخصصين. إضافة إلى أن وجود ذلك العضو في المجلس يساعد على اتخاذ الرأي القانوني المناسب خلال كافة إجراءات المناقصات، وذلك نظراً لما تشكله عمليات الشراء الحكومي من أهمية بالغة، تتطلب الدقة والإلمام بالقوانين وتفسيرها وما أستقر عليه من مبادئ قانونية ومصادر من أحكام .

وفي الواقع أنه طالما أن مجلس المناقصات هو الجهة المركزية المعنية بالمناقصات والمشتريات الحكومية، وأن له كافة السلطات، من حيث تأهيل الموردين والمقاولين، واعتماد المواصفات الفنية وفتح المظاريف، وتقييم أو مراجعة تقييم العطاءات واعتماد هذا التقييم، وإصدار قرارات الإرساء وإلغاء المناقصات وإعادة طرحها، وتطبيق الجزاءات المنصوص عليها في القانون على الموردين والمقاولين، والبت في طلبات إعادة النظر والتظلمات المرفوعة من قبلهم^(١)، فإنه لكل ذلك من اللازم - بالإضافة إلى تفعيل لجنتي اعتماد المواصفات وتأهيل الموردين والمقاولين - أن يقوم بتشكيل لجنة مختصة لعملية تقييم العطاءات تضم أعضاء أكفاء ذوي تخصصات فنية متنوعة، على أن يمثل الجهة المشتريّة أيضاً شخصاً متخصصاً في العملية موضوع المناقصة، وحسب كل مناقصة على حدة، على أن ترفع هذه اللجنة توصياتها إلى المجلس ليتخذ القرار اللازم بشأنها، ذلك أن قيام الجهة المشتريّة ذاتها بتقييم العطاءات، ومن ثم تقديم توصيتها بالإرساء على العطاء الذي ترشحه، عملية لا تسلم من النقد، نتيجة لما قد تلجأ إليه الجهة المشتريّة من أساليب قد لا تتماشى مع القانون، في سبيل تفضيل أحد العطاءات على الأخرى. ولاشك أن استقطاب الكفاءات المذكورة عملية تتطلب منحهم الرواتب والمخصصات المناسبة التي تعادل جهدهم ومستواهم الفني ومسئوليتهم الكبيرة في الحفاظ على أموال الدولة ، وهذا لن يتأتى إلا باستقلال المجلس مالياً وإدارياً عن قانون وأنظمة الخدمة المدنية. خاصة وإن المادة (١٢) من القانون أجازت لمجلس المناقصات تشكيل لجان فرعية لدراسة مسائل معينة يرى إحالتها إليها، إضافة إلى أن نص المادة (٣٠) من القانون ذاته جاءت صريحة في منح المجلس حق إحالة العطاءات بعد فتح مظاريفها إلى أية جهة أخرى لتقييم العطاءات.

ومن خلال المطلب التالي نعرض لنظام عمل لجان البت في كل من القانونين المصري والبحريني.

= ج - ممثل لإدارة الفتوى والتشريع

د - كما أن المشرع القطري استلزم وجود ممثل لإدارة الفتوى والعقود بوزارة العدل ضمن لجنة المناقصات

المركزية، وفق نص المادة(١٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم(٢٦) لسنة ٢٠٠٥.

(١) المادة (١٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات.

المطلب الثالث

نظام عمل لجان البت في كل من القانونين المصري والبحريني

أولاً - القانون المصري :

جاء القانون المصري أكثر تفصيلاً لأعمال لجان الفتح والبت في العطاءات، وذلك وفقاً للمادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي التي نصت على أنه "يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات، في الساعة الثانية عشرة ظهراً في اليوم المعين لفتح المظاريف الفنية، كآخر موعد لتقديم العطاءات، وعليه اتخاذ الإجراءات التالية وفقاً لترتيبها:

- ١ - إثبات الحالة التي وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامتها.
- ٢ - القيام بحصر العطاءات وإثبات عددها في محضر فتح المظاريف.
- ٣ - التحقق من وجود مظلوفين منفصلين مقدمين عن كل عطاء، أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، وإثبات ذلك في محضر فتح المظاريف.
- ٤ - ترقيم العطاءات على هيئة كسر اعتيادي، بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة، وإثبات رقم كل عطاء على المظلوف الفني وعلى المظلوف المالي، الذي يتم التحفظ عليه مغلقاً.
- ٥ - إعادة وضع المظاريف المالية بعد التوقيع عليها دون فتحها، داخل صندوق العطاءات بعد التحقق من غلقه.
- ٦ - فتح المظاريف الفنية بالتتابع، وكل مظلوف يثبت رئيس اللجنة رقم العطاء عليه وعلى كل ورقة بداخله.
- ٧ - ترقيم الأوراق بداخل كل مظلوف وإثبات عدد تلك الأوراق.
- ٨ - قراءة اسم صاحب العطاء وقيمة التأمين المؤقت ونوعه، وغيرها من محتويات المظلوف الفني على الحاضرين من مقدمي العطاءات أو مندوبيهم.
- ٩ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على المظلوف الفني وكل ورقة بداخله.
- ١٠ - التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح في البيانات الواردة بالمظلوف الفني، ويجب إثبات كل كشط أو تصحيح وُضِعَ حوله دائرة حمراء تفصيلاً، والتوقيع منه وجميع أعضاء اللجنة على هذه التأشير.
- ١١ - التوقيع منه ومن جميع الأعضاء على محضر اللجنة، بعد إثبات كافة الخطوات المتقدمة في السجل المعد لذلك.

١٢ - تسليم التأمينات المؤقتة لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف، كما يوقع رئيس الحسابات في اليوم نفسه أو في اليوم التالي على الأكثر، بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قُيدت بالحسابات المختصة.

١٣ - إرفاق المظاريف الفنية وجميع الأوراق المقدمة بها بمحضر اللجنة، وتسليمها لمدير إدارة المشتريات أو لرئيس القسم المختص، وذلك لحفظها في خزانة مغلقة.

١٤ - مراجعة العينات السابق تقديمها من مقدمي العطاءات على الكشف الذي دُونت به عند ورودها، بعد التأكد من سلامة أختامها وغلافاتها، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها.

١٥ - يجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله في الجلسة ذاتها".

وطبقاً لنص المادة (٢٣) من اللائحة التنفيذية للقانون فإن لجنة البت تقوم بالتالي:

١ - دراسة العروض الفنية للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة.

٢ - تشكيل لجان فنية من بين أعضائها أو من غيرهم من أهل الخبرة، لدراسة العروض ورفع تقارير بنتائج الدراسة إلى لجنة البت.

٣ - كما للجنة البت أن تستوفي من مقدمي العروض ما تراه من بيانات ومستندات، واستيضاح ما تمخض من أمور فنية، بما لا يخل بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة.

٤ - على لجنة البت أن تبين بالتفصيل أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً.

كما تضمنت المادة (٢٤) من اللائحة حالة الاختلاف بشأن قبول أو رفض أحد العطاءات، حيث قضت بالتالي:

١ - إذا اختلف أعضاء اللجنة في الرأي حول قبول أو رفض أي من العطاءات، فيتم إثبات ذلك في محضر اللجنة ويكون الفصل فيه للسلطة المختصة.

٢ - إذا كان الاختلاف في الرأي مع العضو الفني، فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب عضواً آخر للانضمام للعضو الأول للاسترشاد برأيه، فإذا اتفق رأيهما يؤخذ به، وإن اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين.

٣ - ترفع لجنة البت محضراً بتوصياتها موقعاً من جميع أعضائها ومن رئيسها، للسلطة المختصة لتقرير ما تراه.

ووفقاً لنص المادة (٢٥) من ذات اللائحة، يتم اتخاذ الإجراءات التالية:

١ - بعد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة، تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمي العروض المقبولة فنياً، بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية، ليتسنى لهم الحضور أو حضور مندوبيهم أعمال اللجنة.

٢ - يجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل، بين تاريخ إعلان أسباب القرار الخاص بقبول أو استيفاء العروض الفنية في لوحة الإعلانات، وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية.

وبشأن فتح المظاريف المالية فقد نظمتها المادتان (٢٦، ٢٧) من اللائحة، وعلى النحو التالي:

١ - تجتمع لجنة فتح المظاريف بذات تشكيلها السابق، في الموعد والمكان المحدد لفتح المظاريف المالية.

٢ - تتولى اللجنة مباشرة الاختصاصات ذاتها المنصوص عليها بشأن فتح المظاريف المالية، بعد التحقق من سلامة المظاريف المالية ووجود رقم العطاء، وتوقيع أعضاء اللجنة السابق إثباته على كل مطروف بجلسة فتح المظاريف الفنية.

وطبقاً للمادة (٢٧) من اللائحة، يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة العروض المالية قبل تعريفها مراجعة حسابية تفصيلية، والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة.

وإذا وُجد اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات، فإنه يعول على سعر الوحدة، وفي حالة اختلاف السعر المبين بالأرقام عن السعر بالتتقيط يؤخذ بهذا الأخير.

وتكون نتيجة المراجعة هي الأساس الذي يعول عليه في تحديد سعر العطاء.

وأخيراً وطبقاً لنص المادة (٢٨) من اللائحة ذاتها يتم اتخاذ الإجراءات التالية:

١ - تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة بين العروض، بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية، مع الأخذ في الاعتبار شروط توفير الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد، وغيرها من العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات، بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد.

٢ - إذا تضمنت شروط الطرح تقييم العروض بنظام النقاط، فإنه يتم ترتيب أولوية العطاءات، بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها.

٣ - ترفع لجنة البت محضراً بإجراءاتها وتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه.

وهكذا فإن كلاً من المشرعين المصري والبحريني لم يشأ أي منهما، أن يقصر الضمانات فقط على كتابة إجراءات المناقصة في محاضر أو علانية إجراءات فتح المظاريف والبت في المناقصة، إنما تعدت الضمانات كل ذلك، ووصلت إلى حد النص في القانون وفي اللائحة التنفيذية على إجراءات لجان البت، وما يتوجب عليها إتباعه في عملها أمام الموردين والمقاولين، بشأن كافة الإجراءات ذات العلاقة بسير عملية التقييم والبت في المناقصة، ليتمكنوا من الوقوف على ما قد يحصل من قصور من قبل أي من تلك اللجان أثناء تأديتها لمهامها. وما هذه الإجراءات إلا ضمانات لجهة الإدارة من ناحية حسن سير إجراءات المناقصات والمشتريات، طبقاً لما نص عليه القانون واللائحة، بما يقيها أية انتقادات أو شبهات. ومن ناحية أخرى فإنها ضمانات للموردين

والمقاولين يطمئنون بموجبها على سلامة وعدالة تلك الإجراءات، وبما يحقق مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة.

وهكذا نرى بأن المشرع المصري حرص على تقنين أدق التفاصيل المتعلقة بعمل لجان البت ولم يترك مجالاً للاجتهادات.

ثانياً - القانون البحريني:

يختلف نظام عمل لجان البت في القانون البحريني عنه في القانون المصري، ويتمثل نظام عمل اللجان في القانون البحريني في الآتي:

- ١ - تقديم العطاءات لدى مجلس المناقصات ، وفقاً للمادة ٢٩ من القانون.
- ٢ - يفتح المجلس المظاريف (الفنية والمالية)، وذلك بالنسبة للمناقصات التي تصل تكلفتها التقديرية إلى ٥٠٠.٠٠٠ (خمسمائة ألف دينار) وأكثر، بينما تفتح اللجنة المشار إليها آنفاً في المطلب الأول من هذا المبحث، العطاءات التي تقل تكلفتها التقديرية عن ذلك الحد، وذلك بحضور أصحاب العطاءات أو مندوبيهم في المكان والزمان المحددين في وثائق المناقصة وفقاً للمادتين ١١ و ٢٩ من القانون.
- ٣ - يتم إعلان اسم وعنوان كل صاحب عطاء يُفتح عطاؤه وقيمة العطاء، وقد خصص مجلس المناقصات لهذا الغرض شاشة عرض كبيرة، يتم من خلالها عرض الأسعار وأسماء الشركات ورقم المناقصة وعنوانها، بل إنه يتم تسليم كل مندوب حاضِر في الجلسة نسخة من نتيجة الفتح ، طبقاً للمادة ٢٩ من القانون.
- ٤ - يتم تدوين نتائج فتح المظاريف في محضر يسمى (محضر فتح المظاريف)، وقد اعتبر مجلس المناقصات استمارة فتح المظاريف، وما تحويه من معلومات عن العطاءات وأصحابها ونتيجة عملية الفتح وحالة العطاء، من حيث اكتماله أو نقصه أو رفضه أو قبوله، وتعليق المجلس أو اللجنة على ذلك وتوقيع الأعضاء عليها، وغيرها من البيانات الهامة، اعتبر ذلك محضراً لفتح العطاءات^(١).

(١) تنص المادة (٢٩) من القانون على أنه ((يقوم المجلس أو أية لجان يكلفها، بفتح مظاريف العطاءات في المكان والزمان المحددين في وثائق المناقصة أو في الموعد النهائي في حالة المد، وذلك في حضور أصحاب العطاءات أو مندوبيهم، على أن يتم إعلان اسم وعنوان كل صاحب عطاء يُفتح عطاؤه وقيمة العطاء، وتدوين نتائج فتح المظاريف في محضر يسمى (محضر فتح المظاريف) يتم التوقيع عليه من قبل أعضاء المجلس أو اللجنة حسب الأحوال)).

- ٥ - بعد ذلك يتم إرسال العطاءات إلى الجهة المشتريّة لتقييمها، ولكن بالرغم من أن هذه الخطوة هي المعتادة، إلا أنها لا تعني غلّ يد المجلس عن القيام بعملية التقييم ابتداءً، كما لا تغلّ يده عن إرسالها إلى أية لجنة أو جهة أخرى لتقييمها^(١).
- ٦ - يجوز للجهة التي تتولى تقييم العطاءات والمقارنة بينها، أن تطلب من أصحاب العطاءات بعض الإيضاحات عن عطاءاتهم، دون أن يؤدي ذلك إلى أي تغيير في مسألة جوهرية في العطاء أو في السعر، كما يجوز لها تصحيح الأخطاء الحسابية^(٢).
- ٧ - يجوز اعتبار العطاء مؤهلاً للقبول إذا ما احتوى على أخطاء ثانوية أو أخطاء سهو يمكن تصحيحها، دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير في أية مسألة جوهرية، على أن تقدر هذه الأخطاء كمياً وتتخذ في الاعتبار عند التقييم والمقارنة، وفقاً للمادة (٣١) من القانون.
- ٨ - عدم جواز الدخول في مفاوضات مع أي مورد أو مقاول بشأن عطائه. وفقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة (٣٣) من القانون.
- ٩ - المحافظة على سرية المعلومات ذات العلاقة بفحص العطاءات. حسبما تقضي به الفقرة الأولى من المادة (٣٣) من القانون.
- ١٠ - بعد الانتهاء من تقييم العطاءات تقوم الجهة المشتريّة أو اللجنة أو الجهة التي كلفها المجلس بتحليل العطاءات، بإرسال نسخة من نتائج التحليل مرفق معها تأكيد كتابي بتوفر الاعتمادات المطلوبة للشراء في الميزانية إلى المجلس لاعتمادها. طبقاً لنص المادة (٣٤) من القانون.
- ١١ - يقوم المجلس أو أية جهة يكلفها، بإصدار قرار الترسية على العطاء الذي تحقق من أنه هو العطاء الفائز وفقاً لمعايير التقييم. وفق نص المادة (٣٧) من القانون.
- ١٢ - تقوم الجهة المشتريّة بإرسال خطاب الرغبة المبدئية إلى صاحب العطاء والذي تقرر إرساء المناقصة عليه، ليتسنى له تقديم ضمان التنفيذ حسب شروط وثائق المناقصة، على أن تُخطر به بقرار الإرساء خلال ثلاثة أيام من تاريخ تسلمها لهذا القرار. حسبما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (٣٧) من القانون.
- ونعرض من خلال المبحث التالي لعملية تقييم العطاءات.

(٢) المادة (٣٠) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية .

(١) المادة ٣٠ من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية .

المبحث الثاني

تقييم العطاءات

ينتهي دور لجنة فتح المظاريف الفنية بعد أن تتأكد من وجود كافة المستندات والأوراق المطلوبة، وإن العطاءات قد قُدمت وفق الشروط المنصوص عليها في الإعلان، وحسب ما جاء في دفتر الشروط، حيث إنه بعد ذلك تقوم هذه اللجنة بإرسال العطاءات التي لم تُستبعد من هذه المرحلة إلى لجنة البت، التي تقوم بدورها بتقييم العطاءات فنياً وتقرير مدى قبولها من عدمه من هذه الناحية، إذ تختص هذه اللجنة بتحديد العطاءات المقبولة والمرشحة لفتح مظاريفها المالية، ومن ثم تحديد صاحب العطاء الفائز منها، وهذا في القانون المصري.

أما في مملكة البحرين، فإنه كما سبق بيانه تتم الإجراءات من قِبَل لجنة البت لأقل من ٥٠٠.٠٠٠ (خمسمائة ألف دينار) إذا كان المبلغ التقديري للمناقصة في هذا الحد، ومن قِبَل مجلس المناقصات إذا وصل أو تعدى المبلغ التقديري ذلك الحد، حيث إنه بعد فتح المظاريف (الفنية والمالية) يتم إرسالها للجهة المشتريّة للتقييم، ومن ثم تقديم الاقتراح للمجلس بالتوصية على العطاء المرشح للفوز بالمناقصة^(١).

وحيث إن إجراءات التقييم سواء كانت في حالة المظروف الواحد أو المظروفين لا تختلف جوهرياً من الناحية الفنية. وسنعرض لعملية التقييم هذه وفقاً للتالي:

المطلب الأول: التقييم الفني.

المطلب الثاني: التقييم المالي.

المطلب الثالث: التحفظات والمفاوضة.

(١) قرر مجلس المناقصات بجلسته رقم (٥٨) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/٩/١٤ أن عملية التقييم التي تجربها المشتريّة للعطاءات ليست نهائية، حيث إن للمجلس حق إعادة التقييم بل إجراء التقييم إبتداءً. (غير منشور)

المطلب الأول

التقييم الفني

إن الهدف من التقييم الفني للعطاءات هو الوقوف على مدى توافر الجودة والمواصفات الفنية المنصوص عليها في وثائق المناقصة، ومن ثم مدى قدرة الأشياء المطلوب التعاقد بشأنها على الوفاء باحتياجات الإدارة من تلك الأشياء، كما يهدف إلى بيان مدى مطابقة العطاء للاشتراطات الفنية المطروحة، بشرط أن يتم توحيد أسس المقارنة بين العطاءات كما سبق بيانه.

وتوحيد أسس المقارنة بين العطاءات هي الأخرى ضمانة للموردين والمقاولين، من حيث إلزام جهة الإدارة بمراعاة مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والمنافسة الشريفة بينهم.

وذلك لن يتأتى إلا عن طريق نهج الإدارة نهجاً موحداً واضحاً لا لبس فيه وهي بصدد تقييم العطاءات، وإلا تكون قد أخلت بالشروط والمواصفات التي وضعتها هي نفسها، سواء بإضافة شروط جديدة أو إهدار شروط قائمة، وبشرط أن يكون أساس التقييم عاماً مجرداً لا يتضمن تمييز شخص على آخر، وأن يتفق مع طبيعة وظروف المناقصة ومواصفاتها^(١). ومن المتوجب أن يتم تضمين شروط المناقصة أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات، حتى يتمكن الموردون والمقاولون من الاطلاع على هذه الأسس، ومن ثم تقديم عطاءاتهم وهم على بينة من الأسس والمعايير التي سوف تتم بموجبها عملية التقييم.

وبعد إجراء الدراسة المستفيضة وتحليل العطاءات الفنية طبقاً للأسس والمعايير الموحدة، يصدر قرار من قبل لجنة البت (في مصر) بقبول العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات، وبرفض تلك غير المطابقة للشروط والمواصفات، وتدون ذلك في محضر، ومن ثم تحيل ملف العملية إلى لجنة فتح المظاريف المالية، حيث تقوم هذه اللجنة بالتنسيق لتحديد موعد فتح المظاريف المالية، وتعيد ملف العملية من جديد متضمناً العطاءات المالية إلى لجنة البت، لاتخاذ القرار النهائي بشأن الإرساء.

أما في مملكة البحرين فإن مجلس المناقصات بعد أن يفتح العطاءات المالية والفنية يرسلها إلى الجهة المشتريّة، التي تقوم بدورها بتحليلها وإجراء عملية تقييمها من قبل المختصين فيها، ثم ترسل توصياتها إلى المجلس متضمنة التقييم الذي أجرته للوصول إلى أنسب العروض. ومن حق المجلس هنا أن يقيم العطاءات ابتداءً أو يعيد التقييم من جديد، أو يكلف أية جهة أخرى بإجراء إعادة للتقييم، إذا ما وجد مبرراً لذلك أو حتى دون وجود مبرر. وهذه سلطة ممنوحة للمجلس طبقاً لنص المادة (١٠) الفقرة (د) من القانون. وإذا ما رأى المجلس دقة وصحة عملية التقييم، فإنه يصدر قراره بالإرساء على صاحب العطاء الذي أوصت الجهة المشتريّة بالإرساء عليه، أما إذا قام المجلس بعملية إعادة

(١) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣١٣ وما بعدها.

التقييم، فإنه يُصدر قراره طبقاً لما يتوصل إليه من نتيجة. وإذا ما أحال المجلس التقييم إلى جهة أخرى، فإنه ينتظر توصية هذه الجهة في عملية التقييم، ومن ثم يصدر قراره النهائي طبقاً لما يتوصل إليه من قناعة. وفي ذلك فإن المادة (٣٧) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني قد أجازت المجلس أية جهة أخرى بإصدار قرار الإرساء.

ومن الملاحظ على هذه المادة أنها أعطت صلاحية لمجلس المناقصات بأن يكلف جهة أخرى بإصدار قرار الإرساء مما يخل بالضمانات التي تغيهاها المشرع من إجراءات عمليات الشراء الحكومية. ولذلك من المناسب حذف هذه العبارة من المادة المشار إليها.

وقد تكون هناك مشتريات لها طبيعة خاصة، وتتطلب نظاماً خاصاً بها للتقييم، حيث إنه على الجهة المشتريّة في هذه الحالة وضع نظام خاص للتقييم بالنقاط. ويتم النص في وثائق المناقصة على الأسس العامة للمقارنة، والمعايير وأوزانها النسبية التي ستم عملية التقييم بموجبها، حتى يكون المتناقص على بينة من هذه الأسس والمعايير والأوزان النسبية، وبالتالي يقدم عطاءه طبقاً لها وبما يحقق له الفائدة. وهذه ضمانات للموردين أو المقاولين المشاركين في المناقصة، من حيث اطمئنانهم مسبقاً على سلامة عملية التقييم، والأسس التي سوف يتم إتباعها في تلك العملية.

وإذا لم يتم النص في وثائق المناقصة على أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات بنظام النقاط، فلا يجوز من ثم إتباع هذا النظام في التقييم^(١).

وقد نصت المادة (٣٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أنه «يضع المجلس النظام الخاص بتحديد المعايير التي يتم على أساسها إجراء المقارنة بين العطاءات، على أن تكون هذه المعايير موضوعية وقابلة للتقدير الكمي. ويكون السعر هو المعيار الأساسي في حالة استيفاء المعايير الفنية والمعايير الأخرى.

ويجب أن تتضمن وثائق المناقصة المعايير التي تستند إليها الجهة المشتريّة لاختيار العطاء الفائز والوزن النسبي لتلك المعايير، بما في ذلك وقت التنفيذ والصيانة والتشغيل وشروط الدفع، وغير ذلك من الضمانات الأخرى».

ومن هذا النص يتضح جلياً حرص المشرع البحريني على وجوب تضمين وثائق المناقصة معايير المقارنة بين العطاءات في جميع الأحوال والأوزان النسبية لتلك المعايير، نظراً لما تشكله عملية التقييم من أهمية بالغة، بل إنها تعتبر أهم عملية من عمليات المناقصة على الإطلاق، حتى يكون الموردون والمقاولون على علم بأسس ومعايير المقارنة والأوزان النسبية لهذه المعايير.

(١) فتوى وزارة التعليم المصرية رقم ٨٠٥ في ١٢/٣/١٩٩٨ ملف رقم ١٨٥/٦/١٨.

(أشار إليها د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٥٣٥).

وفي هذا الشأن قرر مجلس المناقصات أن تقييم المناقصة يجب أن يستند إلى المعايير والأوزان النسبية الواجب إدراجها ضمن وثائق المناقصة، مع وجوب تحديد نسب منطقية للمواصفات الفنية والمالية، حسب طبيعة المشروع^(١).

كما يتضح من النص أعلاه بأن المشرع البحريني قد وازن بين السعر والجودة في عملية التقييم، حيث منحت الجهة المعنية بالتقييم (سواء كانت الجهة المشتري ذاتها، أو مجلس المناقصات، أو أية جهة أخرى يكلفها المجلس) حرية كبيرة في اختيار أفضل العطاءات، استناداً إلى العوامل الفنية وليس السعر الأقل، حيث إنه يتم تحديد العطاء الفائز بالمناقصة بمقارنة السعر بالجودة الفنية للعطاء. وبالتالي فإن أقل العطاءات سعراً حتماً سيكون هو أجودها من الناحية الفنية ومحققاً للمصلحة العامة، حيث تضمن جهة الإدارة حسن تنفيذ الأعمال المناطة بالمرفق العام الذي تديره، بكفاءة واقتدار^(٢).

ويقرر المشرع المصري في المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ أيضاً، وجوب تضمين شروط الطرح عناصر وأسس التقييم، بالنسبة للتعاقبات التي تتطلب الطبيعة الفنية فيها تقييم العروض بنظام النقاط، على أن يتم اعتمادها أولاً من السلطة المختصة.

ونستخلص مما سبق أن أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات تعتبر من الأمور الهامة جداً، التي تتطلب طبيعتها إدراجها ضمن شروط المناقصة، أي ما كانت الطريقة التي تتبعها الجهة المشتري، سواء بنظام النقاط أم بغيره، وذلك كضمانة للموردين والمقاولين، ومنعاً للجهة المشتري من أن تقوم بإجراء عملية التقييم وفق هواها، وعلى أسس ومعايير غير معلومة مسبقاً للموردين والمقاولين، الأمر الذي قد يؤدي إلى تفضيل عطاء على آخر دون مبررات أو أسس حقيقية وواضحة أو محاباة. ويعد ذلك كما سبق إيضاحه ضمانة للموردين والمقاولين.

هذا ولا يكتمل التقييم إلا بعد تقييم العطاء المالي، وهذا ما سيتم بحثه في المطلب التالي.

(١) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٨١) المنعقدة بتاريخ ١٦/٨/٢٠٠٦. غير منشور

(٢) قرار مجلس المناقصات بمملكة البحرين بجلسته بتاريخ ٢١/٢/٢٠٠٣ ضرورة موافاته بتقرير تفصيلي عن عملية تقييم العطاءات، بما في ذلك أسباب عدم التوصية بالترسية على العطاء الأقل سعراً، ومن ثم أسباب الترسية على العطاء التالي له في السعر، لكي يتمكن المجلس من اتخاذ القرار النهائي بشأن ذلك.

جلسة مجلس المناقصات رقم (١٨) المنعقدة بتاريخ ٢١/٢/٢٠٠٣. غير منشور

المطلب الثاني

التقييم المالي

تقييم العطاءات من الناحية المالية في كل من القانونين المصري والبحريني:

في جمهورية مصر العربية، فإن لجنة البت بعدما تبنت في العطاءات الفنية تعود مرة أخرى لتبنت في العطاءات المالية لتلك العطاءات المقبولة فنياً، وذلك للوقوف على السعر الحقيقي للعطاء، حيث إن بعض العطاءات قد تكون أبدت تحفظات يمكن تقييمها مالياً، وبالتالي فإن السعر المدون في العطاء المالي قد لا يكون هو السعر الحقيقي والنهائي، وذلك عند إضافة القيمة المالية للتحفظات عليه، كما قد يتكشف للجنة البت أو للجهة المعنية بالتقييم وجود أخطاء حسابية في تكاليف البنود أو في المجموع النهائي لها، وهذا أيضاً ما يجعل السعر يتغير.

وبالنسبة لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، فإنه قد أخذ بنظام المظروف الواحد، كما أشرنا آنفاً، وبالتالي فإن عملية التقييم هي واحدة من الناحية الفنية والمالية في الوقت ذاته، حيث إن المظروف المقدم في المناقصة يشتمل على العطاء الفني والعطاء المالي. والجهة المعنية بالتقييم تنتهي من تقريرها بتحليلها للعطاءات من الناحيتين الفنية والمالية، وترسل توصياتها إلى مجلس المناقصات لاتخاذ القرار النهائي بشأنها.

وهناك بعض من الأمور يتوجب على لجنة البت أو الجهة المعنية بالتقييم أن تضعها أمامها قبل إصدار قرارها النهائي بالإرساء، ومن هذه الأمور ما يلي:

١ - الأخطاء المادية:

إن هذه الأخطاء واردة كثيراً جداً في العطاءات، وقد تكتشفها لجنة التقييم من تلقاء نفسها، أو قد يتداركها المورد أو المقاول ذاته فيما بعد ويُسعر اللجنة بها، سواء قبل أو بعد فتح المظاريف. وطبقاً لأغلب التشريعات فإنه يتوجب تصحيح هذه الأخطاء أولاً ومن ثم البدء في عملية التقييم.

ومثال ذلك اختلاف السعر المدون بالأرقام عن السعر المدون بالتفقيط، أو ذكر تمييز للوحدة أو للعملة على خلاف المقصود أو الواقع، فتُذكر وحدة الطول مثلاً متراً بينما هي الكيلومتر، أو يكتب الدينار بدلاً من الدولار، وهذه تعتبر من أخطاء القلم يجوز للجهة الإدارية المعنية تصحيحها إذا ما رأت أن ذلك لا يخل بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة، وإذا ما تحققت من أنها فعلاً غير مقصودة.

وفي القانون البحريني تنص المادة (٤٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية على أنه ((تصحح الأخطاء الحسابية التي تكتشف أثناء تقييم العطاءات، ويتم إخطار صاحب العطاء بهذا التصحيح، فإذا رفض قبول التعديل جاز للمجلس استبعاد عطاءه من التقييم، ما لم يكن هذا العطاء هو الأقل سعراً والأفضل شروطاً)).

وقد ثار تساؤل بشأن المادة المشار إليها، وهو هل العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً الذي يتم استبعاده إذا رفض صاحبه التعديل، أن يكون كذلك قبل أو بعد التعديل؟

كما أن هناك حالات معينة يرفض أصحابها التعديل حتى لو كان في صالحهم، أي يتمثل التعديل في زيادة أسعار عطاءاتهم، فما هو الحل في الحالتين؟

بالنسبة للتساؤل الأول، فإن المادة المشار إليها بدأت بعبارة (تصحح الأخطاء الحسابية)، وعليه فإننا نرى أنه يتوجب على جهة الإدارة أن تصحح أولاً أية أخطاء حسابية تكتشفها أثناء عملية التقييم، ومن ثم يتم تبليغ صاحب العطاء المعني بها، وبالتالي فإن استبعاد العطاء إذا ما رفض صاحبه ذلك التعديل يكون في مرحلة ما بعد التعديل، وإلا لو كانت العبرة بقبول العطاء الأقل سعراً قبل التعديل لفتح الباب أمام تلاعب الموردين والمقاولين، حيث سيعتمد المورد أو المقاول عمل أخطاء حسابية، وفي الظاهر يكون سعره هو الأقل، ولكن بعد التصحيح يصبح هو الأعلى. وإذا ترك لهم الأمر بقبول أو رفض التعديل، فإنهم بطبيعة الحال سوف يرفضون التعديل ويتقيدون بأسعارهم المثبتة في عطاءاتهم، بينما هذه الأسعار في حقيقتها ليست هي الأقل، وهذا بلاشك فيه إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، وعليه فإذا ما أصبح العطاء بعد التعديل هو الأقل سعراً، ورغم معارضة صاحبه للتعديل فإنه لا يتم استبعاده ويدخل عملية التقييم، لأن هذا الإجراء من الإجراءات التي تحقق المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين، ويمنع التلاعب والإضرار بإجراءات المناقصة. أما إذا لم يكن ذلك العطاء بعد التعديل هو الأقل سعراً فإنه يتم استبعاده، وبحسب السلطة التقديرية للمجلس، لأن المسألة جوازية هنا في الاستبعاد.

أما بالنسبة للتساؤل الثاني، فإن رفض صاحب العطاء التعديل، رغم أن هذا التعديل يكون لصالحه، أي يتمثل ذلك بزيادة سعر العطاء، فإننا في هذه الحالة نكون أمام ثلاثة فروض:

الأول: إن التعديل في العطاء وتصحيح الأخطاء الحسابية تمثل في زيادة سعر العطاء، ورغم ذلك ظل هذا العطاء هو الأقل سعراً، في هذه الحالة لا يستبعد هذا العطاء ويتم تقييمه حسب السعر بعد التعديل، حتى لو رفض صاحبه التعديل.

الثاني: إن التعديل في العطاء تمثل في زيادة في قيمة العطاء، بحيث تعدى به عطاءات أخرى ولم يكن هو الأقل بينها، ففي هذه الحالة يجوز للجهة الإدارية استبعاده إذا ما رأت مبرراً لذلك.

الثالث: إن التعديل نزل بالسعر عما هو مثبت بالعطاء، وأصبح أقل العطاءات سعراً، وفي هذه الحالة يتم تقييمه رغم معارضة صاحب العطاء.

وعليه يتضح بأن الأمر الفصل في استبعاد العطاء الذي اشتمل على أخطاء حسابية أو مادية يكون للجهة الإدارية وليس للمورد أو المقاول، وذلك منعاً للتلاعب والتأثير على إجراءات المناقصة وعملية تقييم العطاءات، وبما يحقق المساواة وتكافؤ الفرص والمصلحة العامة.

وعلى ذلك فلا مناص من تعديل المادة (٤٨) المشار إليها، بحذف الحكم الخاص بجواز رفض صاحب العطاء للتعديل. ليصبح التعديل في جميع الأحوال ملزماً للمقاول أو المورد، ولايتوقف ذلك على قبوله أو رفضه سواء كان العطاء بعد التعديل هو الأقل أو الأعلى سعراً، وذلك منعاً للتلاعب. وفي هذا الشأن ذهبت دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين إلى ((وجوب تصحيح ما يقع في العطاء من أخطاء حسابية وتحديد العطاء الأقل سعراً وفقاً لقيمتة الحقيقية بعد إجراء ما يلزم من تصحيح، وإنه في حالة رفض مقدم العطاء قبول تصحيح ما وقع في عطائه من أخطاء حسابية، يتم استبعاده إذا لم يكن هو صاحب العطاء الأقل سعراً))^(١).

وبناءً على هذه الفتوى من دائرة الشئون القانونية، أصدر مجلس المناقصات قراره بجلسته رقم (٧٧) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٩ بإعادة تقييم إحدى المناقصات بعد تصحيح الأخطاء الحسابية الموجودة في العطاء الأقل سعراً، ومن ثم الرجوع إلى المجلس بالتقييم الجديد بعد إجراء ذلك التصحيح^(٢).

ويقابل المادة (٤٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات البحريني ، المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري التي تنص على أنه ((يكلف موظف مسئول أو أكثر، بمراجعة العروض المالية قبل تفرغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة، وإذا وُجد اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط في حالة وجود اختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام.

وتكون نتيجة هذه المراجعة هي الأساس الذي يعول عليه في تحديد سعر العطاء)).
وذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن الظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد على ما سلف بيانه، تقطع بأن ما وقع فيه المدعي من غلط كان من غلطات القلم، حيث أخطأ في كتابة تمييز الرقم الذي دونه سعراً للكيلومتر الواحد من أعمال البندين المشار إليهما وهو ثلاثة آلاف وخمسمائة، فذكر أنه المليم بينما كانت إرادته متجهة فعلاً إلى القرش، على ما يبين من القيمة الإجمالية التي دونها بهذين البندين، وهي ٤٣٧٥ جنيهاً وهي حاصل الضرب الصحيح لفئة الكيلومتر الواحد، مقدرةً على أساس القرش مضروبة في عدد الكيلومترات وهو ١٢٥ كيلومتراً،، وحيث إن المدعي قد بادر فور فض المظاريف وقبل البت في المناقصة، إلى إخطار الجهة الإدارية بالغلط الذي وقع فيه، فإنها إذ طرحت اعتراض المدعي رغم قيامه على أساس سليم، ولم تقم بما يوجبها القانون من وجوب تصحيح عطاء المدعي، وأرست العملية بمبلغ لم يعرض في عطائه ولم يصدر به

(١) فتوى دائرة الشئون القانونية رقم ٢٠٠٦/١١٤٠ بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٩. غير منشورة

(٢) قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٧٧) الدورة الثانية بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٩. غير منشور

إيجاب منه، وبتغاضيها عن كل اعتراضاته وتحفظاته، فإنها تكون بذلك قد خالفت حكم القانون على وجه يتحقق به ركن الخطأ الموجب لمسئوليتها^(١).

كما ذهبت الجهة العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمصر إلى أنه «لومن حيث إن مفاد ما تقدم أن إرادة الطرفين انصرفت أساساً إلى التعويل على السعر الإجمالي للعملية، وأن نتيجة توزيع هذا السعر على الأقسام المختلفة للعملية وإن تضمنت لبساً فيما يتعلق بأحد الأقسام، فإن ذلك مرده إلى خطأ مادي واجب التصحيح، وليس ثمة ما يحول قانوناً دون تصويبه، ذلك أن عملية التوزيع سواء أكانت مشوبة في إحدى جزئياتها ببعض الأخطاء أم لم يعترها أي لبس، فإن ذلك لا يؤثر في كون المناقصة تمت على أساس سعر إجمالي للعملية»^(٢).

وفي الاتجاه ذاته ذهب قانون (اليونسترال) في المادة (٣٤-١-ب) إلى أنه «تصحح الجهة المشتريّة الأخطاء الحسابية البحتة التي تُكتشف أثناء فحص العطاءات، وتقوم الجهة المشتريّة على الفور بإخطار المورد أو المقاول الذي قدم العطاء بهذا التصحيح».

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣١٤ لسنة ١٣ ق بجلسة (١٩٧٣/١١/٢٤) ١٧/٧/١٩ مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ١٨٥.

أنظر كذلك حكمها في الطعن رقم ١٣٤٢ لسنة ٦ ق بجلسة ١٩٦٢/٢/٢.

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، نوفمبر ١٩٥٥ - نوفمبر ١٩٦٥، ص ١٣٦٩.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ملف رقم ١٢/٢/٧٨ بجلسة ١٩٨٣/٥/١٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ١٨، ص ٧٣٣.

(أشار إليها د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٦٤).

وعرضت على إدارة الفتوى لوزارة النقل البحري والمصالح العامة بمدينة الإسكندرية بمجلس الدولة (ملف رقم ٢٦/١/١٠) حالة مدى جواز تصحيح الخطأ المادي في العطاء، إذا كان الادعاء بحصوله قد قُدم بعد فتح المظاريف، والتي أحالتها إلى اللجنة الأولى لقسم الفتوى فاستعرضت الموضوع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٨. وذهبت الإدارة إلى أن الشكوى من حصول غلط في الحساب أو وقوع غلط من غلطات القلم هي مما يجوز لمقدم العطاء الادعاء به في أي وقت، سواء قبل فتح المظاريف أو بعد فتحها وأيضاً بعد التعاقد. وانتهت اللجنة إلى أن الخطأ في الكتابة أو في الحساب وغلطات القلم يجوز تصحيحها جميعاً في أية مرحلة من مراحل التعاقد، ويكون الفصل في الشكوى التي يقدمها أصحاب الشأن من اختصاص لجنة البت والوزير المختص قبل البت في العملية، فإذا تم البت كان التصحيح من سلطة القاضي.

(أشار إليها د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٥٧٦).

أنظر كذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٦٣ بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٩، ملف رقم ٢٨/٢/٧٨.

(مشار إليها في المرجع السابق، ص ٥٧٩).

ورتب ذات القانون في البند (٣ - الفقرة ب) من المادة (٣٤) المشار إليها عدم قبول العطاء إذا رفض صاحب العطاء تصحيح الخطأ الحسابي.

ونؤكد هنا على ضرورة عدم ترك الأمر للمورد أو للمقاول ليقرر متى يوافق ومتى لا يوافق على تصحيح الخطأ الحسابي، ذلك أن عدم قبول العطاء في بعض الحالات يفيد، ولذلك لا يجوز أن يستفيد المخطئ من خطئه، خاصة إذا ما كان متعمداً ذلك لتحقيق غرض ما في نفسه.

أما في حالة وجود اختلاف بين السعر المبين بالحروف والسعر المبين بالأرقام، فإنه طبقاً لنص الفقرة (ب) من المادة (٥٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني، يؤخذ بالسعر المبين بالحروف، كما يؤخذ بسعر الوحدة إذا ما وُجد اختلاف بين هذا السعر وإجمالي سعر الوحدات.

وهذان الحكمان يطابقان ما ورد بنص المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

وفي بعض التشريعات إذا اختلف المبلغ المكتوب بالأرقام عن المبلغ المكتوب بالحروف، يؤخذ بالمبلغ الأقل. وإذا كان الخطأ الحسابي بالزيادة أو النقص يؤخذ بالقيمة الأقل أينما وُجدت^(١). ولكن بعض الفقه يفسر النص الأخير بأن الاعتداد بالسعر الأقل ليس في جميع الحالات، إنما ذلك يتعلق فقط بحالة واحدة، وهي القيمة الإجمالية للعطاء وليس أسعار الوحدات^(٢).

ونرى أن النص المشار إليه نص عام لم يفرق بين ما إذا كان الخطأ الحسابي في بنود العطاء أو في المجموع، ويؤخذ بالقيمة الأقل أينما وُجدت، وفي ذلك يقع عبء كبير على المتعاقد مع الإدارة، نتيجة خطأ غير مقصود في عدم إضافة (الصفر مثلاً) فيكتب المبلغ ١٠٠.٠٠٠ دينار بدلاً من ١.٠٠٠.٠٠٠ دينار، وبالتالي تكون العبرة في هذه الحالة بالمبلغ الأقل (وهو فرق كبير جداً) ويتضرر صاحب العطاء من ذلك.

والحل الأمثل بالنسبة للأخطاء الحسابية هو أولاً تصحيحها، ومن ثم تبليغها لصاحب العطاء فقط، وتقييمها على أساس سعرها بعد التصحيح. أما إذا اختلفت الأرقام عن الحروف فالعبرة بالحروف لأن احتمالات الخطأ فيها قليل قياساً بالأرقام وهذه الخطوات تحقق المساواة والعدالة، وليس فيها ظلم أو غبن في حق المتناقص.

ولكن ما هو الحل لو لم يضع المقاول أو المورد سعراً لأحد بنود عطائه؟

(١) المادة (٣٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ .

المادة (١١) من لائحة المناقصات العامة للهيئة العامة للإسكان في الكويت.

(٢) د. مصطفى المتولي: عرض ومراجعة لائحة المناقصات العامة للهيئة العامة للإسكان، مجلة الحقوق، جامعة

الكويت، العدد الثاني، السنة ١٣، يونيو ١٩٨٩، ص ١٨٢.

لم يَعْفَل المشرع البحريني عن إمكانية حدوث الحالة موضوع التساؤل، ولذلك فقد نصت المادة (٥٣) من اللائحة التنفيذية على أنه «(أ) إذا أغفل مقدم العطاء تحديد سعر صنف من السلع المطلوب توريدها، اعتُبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة لهذا الصنف.

ويستبعد هذا العطاء إذا نصت وثائق المناقصة على عدم جواز التجزئة.

أما في مناقصات الإنشاءات والخدمات، فللجهة التي تتولى تقييم العطاءات أن تضع للبند الذي أغفل العطاء تحديد سعره أعلى سعر لهذا البند في العطاءات المقدمة، وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات، فإذا أُرسييت عليه المناقصة يحاسب على أساس أقل سعر لذلك البند في العطاءات المقدمة.

وذلك كله دون إخلال بحق المجلس أو الجهة المشتريّة في استبعاد العطاء

ومن النص السابق يتضح مدى حرص المشرع البحريني على إعمال مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص لكافة الموردين والمقاولين، ومن ثم ضمان المعاملة المتساوية بينهم، وفي الوقت ذاته الوقوف أمام كل من تحدّثه نفسه منهم لمحاولة التلاعب أو استخدام أساليب ملتوية في سبيل الحصول على العقد موضوع المناقصة.

ويقابل النص المشار إليه، نص (المادة ٥٥، البند ٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصة والمزايدات المصري، مع ملاحظة أن المشرع المصري لم يُضَمّن الخدمات في حكم المادة المشار إليها، ومقرها على السلع ومقاولات الأعمال فقط، على عكس المشرع البحريني الذي عالج الحالة المشار إليها، سواء كان موضوع المناقصة سلعاً أو إنشاءات أو خدمات.

٢ - العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية:

تنص المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه «تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية محل اعتبار عند البت في أولوية العطاءات».

والتسهيلات الائتمانية هي عبارة عن ائتمان يقدمه المورد إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، عن قيمة المبالغ المستحقة له بمقتضى العقد بدلاً من أدائها فور تنفيذ العقد، وليس من شأن ذلك أن يقلب عقد التوريد إلى عقد قرض بالنسبة لباقي الثمن المؤجل سداده^(١).

ومفاد ما تقدم أن على الجهة الإدارية المعنية أن تضع في اعتبارها أولوية العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية على غيرها من العطاءات الأخرى، غير المقترنة بتلك التسهيلات .

وينبغي التأكيد هنا على ضرورة أن تكون تلك التسهيلات مقدمة ضمن العطاء، أي قبل فتح المظاريف، ولايجوز تقديمها بعد فتح المظاريف وكشف الأسعار، لأن ذلك يعد إخلالاً بمبدأ المساواة

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٦٩ بتاريخ ١٧/١/١٩٨٥ جلسة

١٩٨٥/١/٩، ملف رقم ٣٦/١/٨٨، السنتان ٣٩ و ٤٠، المجموعة ص ١٣٢.

(أشار إليها د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣٢).

وتكافؤ الفرص، كما أن على الجهة الإدارية المعنية أن تقوم بتقييم تلك الإئتمانات مالياً وإنقاصها من قيمة العطاء، ومن ثم تقييمه على أساس السعر الجديد بعد خصم مبلغ الائتمان.

ولا يوجد نص مقابل لنص المادة (٦٠) أعلاه في القانون البحريني.

٣ - المزايا الفنية الإضافية التي يشتمل عليها العطاء:

تقرر المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري أن على لجنة البت أن تضع في اعتبارها عند إجراء المفاضلة والمقارنة بين العطاءات، شروط توفير الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات، بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد.

ونص المادة المشار إليها قد يفسر بطريقتين:

الأولى: أن تقوم لجنة البت أثناء تقييم العطاءات بمراجعة الشروط الواردة بوثائق المناقصة، والمتعلقة بالضمان والصيانة وقطع الغيار والتشغيل والسداد والتسليم، والنظر في مدى توافرها في العطاءات المقدمة، ومن ثم تتم عملية التقييم في جزء منها على تلك الأسس.

الثانية: أن تقوم لجنة البت بمراعاة تلك الشروط حتى لو لم يتم النص عليها في الوثائق، وبالتالي يفوز بالمناقصة العطاء الذي تتوافر فيه الأفضلية من ناحية تلك الشروط المنصوص عليها في المادة (٢٨) المشار إليها، بالإضافة طبعاً إلى المواصفات الفنية الأخرى والسعر الأقل.

وعلى الرغم من أن التفسير الثاني للمادة (٢٨) المشار إليه آنفاً، يحقق صالح الجهة الإدارية المعنية، من حيث التعاقد مع أفضل المتنافسين من ناحية توافر الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم، إلا أننا نؤيد رجاحة التفسير الأول، إذ يتوجب، إعمالاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين، أن يتم تضمين وثائق المناقصة كافة الشروط المشار إليها، حتى يكون كل متنافس على علم ودراية بها، ومن ثم يقدم عطاءه على أساسها. وتتم المفاضلة والمقارنة بين العطاءات على أسس ومعايير موحدة ومعلنة لكافة المتنافسين.

وإعمالاً لذلك أيضاً لايحوز - من وجهة نظرنا - تفضيل عطاء على آخر بحجة أن صاحبه سوف يقوم بتوريد البضاعة في مدة أقل، أو أن مدة صيانة السلعة تفوق المدة التي تقدم بها المتناقص الآخر، أو أنه ارتضى شروط سداد لم يرتضها الآخر، أو بصفة عامة يتضمن ذلك العطاء (عادة ليس هو الأقل سعراً) مزايا تفوق العطاء الأقل منه سعراً. حيث إن في ذلك إخلالاً بالقانون وبالمبادئ العامة للعقود الإدارية، من وجوب توحيد أسس المقارنة بين العطاءات، وإتاحة الفرص المتكافئة، وإعمال مبدأ المساواة بين المتنافسين، فضلاً عن أنه لو كانت الجهة الإدارية المعنية في حاجة لتلك المزايا، لتوجب أن تضمنها كراسة الشروط والمواصفات التي طرحت المناقصة على أساسها.

وإن كان هذا لا يمنع جهة الإدارة من أن تضع في اعتبارها عند تقييم العطاءات ما سيفوتها من كسب أو ما ستلحقها من خسارة، فقد تكون هناك عطاءات أقل سعراً وأقل من الناحية الفنية في الوقت ذاته، وقد تكون هناك عطاءات أعلى سعراً ولكنها أعلى فنياً على المدى البعيد، مثل طول مدة التشغيل والعمر الافتراضي ودقة العمل. ففي هذه الحالة يكون العطاء الأعلى سعراً هو الأفضل بلاشك من الناحية الفنية، وكذلك من ناحية السعر على المدى البعيد، ومن حيث توفيره على الدولة سعر تكاليف الصيانة والتشغيل والاستبدال، بشرط أن يتم النص على مراعاة هذه الشروط في كراسة الشروط.

وقد شدد المشرع البحريني على ضرورة تضمين وثائق المناقصة المعايير التي تستند إليها الجهة المشتريّة لاختيار العطاء الفائز والوزن النسبي لتلك المعايير، بما في ذلك وقت التنفيذ والصيانة والتشغيل وشروط الدفع، وغير ذلك من الضمانات الأخرى^(١).

وهذا ما يؤكد المبادئ الأساسية للمناقصة العامة التي حرص المشرع البحريني على تضمينها القانون، ضماناً لحسن سير إجراءات المناقصة وطمأنَةً للمقاولين والموردين من أن عملية التقييم سوف تتم وفق أسس موحدة ومعلومة لديهم مسبقاً.

٤ - حالة تساوي الأسعار:

لم يعالج المشرع البحريني حالة تساوي أسعار عطاءين أو أكثر، بينما ذهب المشرع المصري في المادة (٦٨) من لائحته التنفيذية قرر أنه ((إذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها، إذا كان ذلك في صالح العمل، ويجوز ذلك أيضاً إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية، وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن، في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد، ومع صاحب العطاء الأقل عن باقي الكميات. وعلى لجنة البت في هذه الحالة أن تثبت في تقريرها الباقي من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك)).

ويرى بعض الفقه^(٢) بأن ((التجزئة تتحقق إذا ما كان موضوع المناقصة قابلاً للتجزئة، أما إذا لم يكن كذلك فلا محل للتجزئة، وفي هذه الحالة الأخيرة تسترشد جهة الإدارة في التمييز بين أصحاب أقل العطاءات المقاربة لاختيار المتناقص الأصلح بالقواعد التي يضعها المشرع، مثل تفضيل المصنوعات المحلية أو الكفاءة الشخصية للمتقدمين. وإذا ظل التساوي رغم ذلك يتم حسم الأمر بالقرعة)).

(١) المادة (٣٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية.

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٩ وما بعدها.

ونرى أنه منعاً للاجتهادات التي قد تنشأ بشأن كيفية الإرساء على أكثر من مورد أو مقاول، خاصة بالنسبة لتوريد السلع، أو أعمال الصيانة العاجلة التي لا يمكن أن يقوم بها مقاول واحد، مثل صيانة المدارس في فترة الإجازة الصيفية، لا بد إضافة نص إلى القانون، يفيد بجواز تجزئة المناقصة على أكثر من مورد أو مقاول سواء في حالة في تساوي الأسعار أو في حالة عدم استطاعة مورد أو مقاول واحد إنجاز الأعمال موضوع المناقصة خلال المهلة المحددة، بشرط عدم الإخلال بالشروط والمواصفات المنصوص عليها بوثائق المناقصة ومراعاة السعر الأقل والشروط الأفضل.

٥ - المنتجات الوطنية:

قد ينص القانون في بعض الدول - تشجيعاً للصناعة الوطنية - على تفضيل المنتج الوطني على الأجنبي، وذلك بتحديد نسبة معينة، لو زاد في حدودها سعر المنتج الوطني يكون صاحبه هو الفائز بالمناقصة.

ففي مصر نصت الفقرة الأخيرة من المادة (١٦) من قانون المناقصات والمزايدات على أنه «.... ويعتبر العطاء المقدم من توريدات من الإنتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية، أقل سعراً إذا لم تتجاوز الزيادة فيها ١٥% من قيمة أقل عطاء أجنبي».

أما المشرع البحريني فلم ينص على ذلك في قانون المناقصات أو لائحته التنفيذية، إنما جاء ذلك في قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢١) لسنة ١٩٨٧ استناداً إلى المرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٨٥^(١).

ولكن مع نفاذ اتفاقية التجارة الحرة المبرمة بين مملكة البحرين والولايات المتحدة الأمريكية، اعتباراً من شهر يوليو ٢٠٠٦، وطبقاً للبند (٩ - ٢) من الاتفاقية، فإنه يجب معاملة موردي ومقاولي الدولة المتعاقدة، المعاملة ذاتها التي يحظى بها الموردون والمقاولون المحليون. وإزاء هذا الحكم لم يعد جائزاً تفضيل المورد أو المقاول المتقدم بمنتج محلي على المورد أو المقاول الأمريكي الذي تقدم بمنتجات أمريكية، وبالتالي لا يجوز تفضيل مقاولي أو موردي دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية على المورد أو المقاول الأمريكي، باعتبار أن المورد أو المقاول الأمريكي يعامل معاملة موردي أو مقاولي البحرين طبقاً للاتفاقية المذكورة، وباعتبار أن قانون المصادقة على الاتفاقية مع أمريكا لاحق للرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٨٥ بشأن حماية ودعم الصناعات الوطنية وقرار مجلس الوزراء رقم (٢١) لسنة ١٩٨٧ بشأن القواعد الموحدة لإعطاء الأولوية في المشتريات الحكومية للمنتجات الوطنية والمنتجات ذات المنشأ الوطني بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

(١) أنظر سابقاً ص (٨٠) .

وفي ظل قرار رئيس مجلس الوزراء الصادر طبقاً للمرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٨٥ المشار إليه، وحكم البند (٩-٢) من الاتفاقية المنوه عنها، فإن ما يرد في الاتفاقية هو الذي يعول عليه في هذه الحالة، كما يجب إعادة النظر في القرار المشار إليه.

وفي ذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى إعمال ما يرد بالاتفاقية الدولية من أحكام متعلقة بشروط وإجراءات التعاقد واختيار المتعاقدين، فيما خالفت فيه أحكام قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية^(١).

كما قد يثار تساؤل آخر هو: إذا ما تضمنت العطاءات أو بعضها تحفظات معينة، فهل يجوز قبولها كما هي؟ وهل يجوز مفاوضة صاحب العطاء على النزول عن تحفظاته؟ هذا ما سيتم البحث عن إجابته من خلال المطلب التالي .

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥٥٩ في ١٩٨٥/٥/٩ بجلستها بتاريخ ١٩٨٥/٤/٣٠.
(أشار إليها د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١٠٠).

المطلب الثالث

التحفظات والمفاوضة

التحفظ اصطلاحاً يُقصد به رغبة المتحفظ في استبعاد أو إضافة شروط أو بنود واردة في وثائق المناقصة.

وفي هذا الشأن ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أن التحفظ هو ((كل شرط يضعه مقدم العطاء في عطاءه، ويكون مختلفاً عن الشروط التي تضعها جهة الإدارة أو يكون غير وارد فيها))^(١).

وفي فتوى لإدارة الفتوى بمجلس الدولة المصري لوزارة الأشغال والموارد المائية، أن المقصود بالتحفظات هو ((تلك الشروط ذات القيمة المالية التي يجب إضافتها إلى القيمة الرقمية للعطاء، والتي تتفق قدر الإمكان مع شروط المناقصة، أما التحفظات التي تخالف القواعد الأساسية والأحكام الجوهرية لشروط المناقصة فلا يمكن قبولها في جميع الأحوال، سواء كانت قابلة للتقييم الفني أو غير قابلة للتقييم))^(٢).

وعليه فإنه يلزم توافر شرطين في التحفظات، الأول أن تكون ملحقة بالعطاء الأصلي، أي ترسل في المظروف الفني ذاته المقدم للمناقصة، والثاني أن لا تخالف شروطاً جوهرية في المناقصة. أما المفاوضة (في العقود الإدارية) فهي إجراء مرحلي، تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن الإعداد لإبرام العقد، أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بشروط العقد أو تنفيذه^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٢٧١) لسنة ١٢ ق، مجموعة السنة الخامسة عشرة، ص ١٢٨.

(أشار إليها د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ١٠٠).

أنظر كذلك د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١٧٤.

د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١١٧.

(٢) إفتاء إدارة الفتوى بمجلس الدولة لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية رقم ٩٤٥ بتاريخ ١١/٩/١٩٩٨ ملف رقم ١٤٥/٢/٨ - غير منشور.

(أشار إليها د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣١٦).

ويرى فقه آخر بأن التحفظ معناه إيراد اشتراطات للعطاء تخالف الشروط المعلن عنها للدخول في المناقصة، وأن المفاوضة تكون للنزول عن كل هذه الاشتراطات أو بعضها، بما يجعلها متفقة مع شروط المناقصة قدر الإمكان. د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٣) د. محمد حسين عبدالعال: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقارية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجاوز الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٠.

والمفاوضة لاتمثل رابطة عقدية ملزمة، فهي لاتعدو أن تكون مجرد إجراءات تسبق عملية إبرام العقد وتمهد له وتساهم في تحديد إطاره، ومن ثم فهي تنفرد في طبيعتها عن العقد - مدينياً أو إدارياً - وتنفصل عنه، ويكون هدفها بالتالي (في مجال العقود الإدارية) حث المورد أو المقاول المشارك في المناقصة على النزول عن تحفظاته الواردة بعطاءه، سواء كلها أو بعضها.

وهناك نوعان من التحفظات، التحفظات المالية وهي المتعلقة بطريقة الأداء المالي في العقد إذا ما تم إبرامه، والتحفظات غير المالية، وهي تلك المتعلقة غالباً بظروف العمل موضوع العقد. وكمثال على النوع الأول من التحفظات تحديد طريقة معينة للدفع، أو تحديد طريقة معينة لصرف دفعات مقدمة تحت الحساب، أو طلب المحاسبة عن الزيادة التي قد تطرأ على المواد الخام، أو التحفظ بضرورة الأخذ في الاعتبار الأعباء الضريبية التي قد تستجد بعد قبول العطاء، أو توفير مستلزمات التشغيل مجاناً، أو تقديم تسهيلات ائتمانية. أما أمثلة النوع الثاني من التحفظات فهي اشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع، أو زيادة مدة المشروع بقدر مدة التأخير في صرف المستحقات، أو خفض السعر في حالة زيادة مدة التوريد، أو تحفظ المورد أو المقاول على شرط تجزئة الأصناف أو الأعمال على أكثر من مورد أو مقاول^(١).

ولكن السؤال الذي يثار هنا هو: طالما أن التحفظات هي شروط يضمنها صاحب العطاء عطاءه وتخالف الشروط المعلن عنها في المناقصة، فألاً يكون ذلك سبباً في رفض هذا العطاء المقترن بهذه التحفظات لمخالفته شروط المناقصة؟

الأصل في العقود الإدارية أن جهة الإدارة عادة ما توجه دعوتها للموردين والمقاولين للمشاركة في المناقصة، سواء كانت عامة أو محدودة، وفق شروط عامة وأخرى خاصة بموضوع المناقصة، إضافة إلى المواصفات الفنية المطلوبة، حيث تستقل تلك الجهة الإدارية بوضعها دون تدخل من أي من الموردين والمقاولين. وليس أمام هؤلاء إذا ما أرادوا الاشتراك في المناقصة إلا قبول تلك الشروط والمواصفات كما هي، ومن ثم تقديم عطاءاتهم بموجبها، أو رفضها ومن ثم عدم تقديمهم بعطاءاتهم. وعليه إذا ما أورد أي مناهم في عطائه شروطاً تعد خروجاً على الشروط التي وضعتها جهة الإدارة، فإنه يفترض أن يتم استبعاد العطاء المخالف.

التحفظات والمخالفات الجوهرية:

لا ضير على جهة الإدارة من أن تنتظر في التحفظات الواردة بالعطاء (الأقل سعراً والأفضل

= (أشار إليه د. عمر أحمد عبدالنعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٦).

(١) د. محمود محمد صبره: مرجع سابق، ص ٦٧.

أنظر كذلك: د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

شروطاً) وتحليلها ومن ثم تقديرها، فإذا ما كانت تخالف أياً من الشروط الجوهرية والأساسية فإنه يتم استبعاد العطاء المقترن بتلك التحفظات^(١). أما إذا لم تكن تلك التحفظات تشكل مخالفة جوهرية لأي من الشروط الجوهرية والأساسية فلا يوجد ما يمنع جهة الإدارة من قبول العطاء المقترن بهذه التحفظات، حتى لا يتم استبعاد عطاء مطابق للمواصفات الفنية وذي سعر مناسب ومقدرة مالية لصاحبه، لمجرد اشتماله على بعض التحفظات التي لا تؤثر على أولويته بين العطاءات الأخرى، كما لا يؤثر على عملية التعاقد ككل، وذلك حفاظاً على المال العام. وجهة الإدارة هي المعنية بتقدير ما إذا كانت التحفظات المرفقة بالعطاء تخالف الشروط الجوهرية من عدمه، بشرط عدم انحرافها بالسلطة في اتخاذها القرار في هذا الشأن.

وفرق مجلس الدولة المصري بين العيوب (المخالفات) الأساسية والعيوب (المخالفات) غير الأساسية، وألزم الإدارة باستبعاد العطاءات التي تحتوي على عيوب (مخالفات) أساسية، نظراً لتعلقها بالمبدأ الأساسي للمناقصة وهو وجوب إرساء المناقصة على أقل المناقصين، إضافة إلى أنه لا يمكن تصحيح هذه العيوب إلا بتعديل مضمون العطاء، وهذا ما يتعارض مع مبدأ مجلس الدولة من عدم إمكانية تعديل العطاء بعد إيداعه^(٢).

ومن هذه العيوب: اشتمال العطاء على تحفظات، فيما عدا التحفظات المتعلقة بالشروط غير القانونية أو غير المشروعة، أو التحفظات الشكلية التي لا تتعلق بمضمون العطاء ذاته. واشتمال العطاء على ما يخالف شروط العملية، أو التزام إضافي لم تتطلبه الشروط والمواصفات، يعطي صاحبه أفضلية على الآخرين.

أما العيوب التي يمكن تصحيحها بإجراء لاحق، فإنها وإن كانت أساسية أيضاً لأنها تتعلق بالضمانات الأساسية المقررة لمصلحة المتنافسين، مثل سرية العطاءات أو عدم ختمها أو توقيعها، إلا أنه يمكن تصحيحها لاحقاً، كونها لا تخل بمبدأ آلية المناقصة، ولا تعتبر تعديلاً في مضمون العطاء^(٣).

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١١٨.

أنظر كذلك د. أحمد عبداللطيف إبراهيم: شرح التنظيم القانوني للمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الأولى، الناشر: المتحدون، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

(٢) د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

أنظر في السياق ذاته، د. عبدالله الوهبي: مرجع سابق، ص ١٦٣ وما بعدها.

(٣) د. عبدالله الوهبي: المرجع السابق، ص ٢٧١.

وبموجب نظام تأمين مشتريات الحكومة السعودي، فقد حددت المادة (٥) الفقرة (د) منه حالات التفاوض مع صاحب أقل عطاء مطابق للشروط والمواصفات، أو غيره من المنافسين في حالة ارتفاع العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر، وفي حالة اقتران العطاء الأقل بتحفظ أو تحفظات النزول عنها أو عن بعضها. كما لا يجوز أن تتم مفاوضات صاحب العرض المخالف أساساً للشروط والمواصفات، بل يجب استبعاد عطائه. =

وفي هذا الشأن قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلستها المنعقدة في ١٩٨٧/١٢/٩، وأكدته بجلستها في ١٩٩٣/٣/٢٨، أن (تحديد صاحب العطاء الأقل يتطلب تقييم التحفظات مالياً، ذلك أن هذا الإجراء من شأنه إعلاء المساواة بين المتناقصين والمفاضلة بينهم على أسس موضوعية، فلا تكون الأولوية التي يجري ترتيب العطاءات على أساسها محض أولوية خادعة، تستند إلى قيمة رقمية لاتعبر عن حقيقة الحقوق المالية المطلوبة للتعاقد، وبالتالي عدم الاكتفاء بالقيمة الرقمية للعطاء، بل يضاف إليها قيمة التحفظات المالية توصلًا لتحديد صاحب العطاء الأقل، ومن ثم فإن التحفظات التي لها قيمة مالية تدخل في التقدير عند تحديد أولوية العطاءات للوصول إلى العطاء الأقل)^(١).

وإذا ما اقترن أي من العطاءات بتحفظات يمكن تقييمها مالياً، فلا يجوز لصاحبه أن يتنازل عن هذه التحفظات بعد فتح المظاريف، حيث يعد هذا تعديلاً في العطاء، وهذا لا يجوز بعد فتح المظاريف^(٢)، ذلك أنه لا يجوز بعد فتح المظاريف ومعرفة الأسعار أن يتقدم صاحب العطاء إلى الجهة المشتريّة طالباً تنازله عن تحفظاته حتى لا يتم تقييمها مالياً، وبالتالي يظل هو الأقل سعراً، إذ في ذلك إخلالٌ بمبدأ المساواة، ويمس الإجراءات الصحيحة والسليمة لعمليات البت في العطاءات.

= (خطاب وزارة المالية والاقتصاد رقم ١٤٣٠٠/١٧ بتاريخ ١٤٠٠/٧/٢٥ هـ) مشار إليه في نظام تأمين مشتريات الحكومة، الطبعة الثالثة، ص ٤٢).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٤ في ١٩٩٨/١/١٢ جلسة ١٩٨٧/١٢/٩، ملف ٤١ و٤٢/٤١٠/٥٨٨ وفتواها رقم ٣٣٢ في ١٩٩٣/٤/٢٤ جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨. مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٦٤ وما بعدها.

(٢) حيث أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بـ (ومن حيث إنه متى كان الأمر كذلك حسب ما تقدم جميعه، وكان الثابت من استعراض الوقائع أنه بعد تقييم التحفظات ذات الأثر المالي التي وردت بالعطاء رقم ٣/١ أصبحت قيمة عطائه مبلغ ٢٠٨٢٣٩٢١٧ ر. ٢٠٨ ر. ٣٦٣٧٥ ر. ١٦٩ ر. جنيهاً الذي يمثل قيمته الرقمية قبل تقييم التحفظات المقترنة به، فمن ثم لا يضحى هذا العطاء والحال كذلك هو أقل العطاءات المقدمة في العملية، ويصبح العطاء ٣/٢ وغير المقترن بأية تحفظات هو العطاء الأقل قيمة، بحيث يأتي هذا العطاء في الترتيب سابقاً على العطاء ٣/١، ولا يغير من ذلك تنازل الأخير عن الشروط والتحفظات المقترنة بعطائه، إذ إن المقاول المذكور قد تنازل عن شروطه الخاصة بتاريخ ١٩٨٩/١/٢٥ أي بعد فتح المظاريف الحاصل في ١٩٨٩/١/١٨، وبهذه المثابة فقد جاء تنازله في مرحلة تالية لتحديد أولوية العطاءات للوصول إلى صاحب أقل العطاءات سعراً وأفضلها شروطاً).

فتوى رقم ٥٧٤ بتاريخ ١٩٨٩/٦/١١ ملف رقم ٤٩٧/٢/٣ - مستشار أحمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، ١٩٩٥، ص ٣١٨.

(أشار إليها د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٦٨).

المفاوضة في القانون المصري:

وفي مصر فقد كانت المادة (١٦) من قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ تنص صراحة على مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول عن كل أو بعض تحفظاته، كما نصت على مفاوضة صاحب أقل العطاءات غير المقترنة بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق.

أما القانون الجديد رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فقد خلا من هذا النص، إلا أن بعض الفقه يرى أن عدم إيراد نص المادة (١٦) السابق في القانون الجديد لا يعني عدول المشرع عن مبدأ المفاوضة، وذلك نظراً لما ورد في نص المادة (١٥) من القانون الحالي من جواز إلغاء المناقصة، إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات، إضافة إلى ما ورد في عجز المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية للقانون، من أنه إذا رغب مقدم العطاء في إبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية فيجب أن يثبتها في كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفني. ومن خلال هذين النصين يتضح إمكانية ورود تحفظات في العطاءات، ومن ثم إمكانية مفاوضة العطاء المقترن بهذه التحفظات للنزول عن بعض أو كل هذه التحفظات، وإلا لكان المشرع قرر استبعاد العطاء المقترن بالتحفظات صراحة، ثم إنه ليس من المنطق أن ينص في المادة (٥٥) من اللائحة إعلان جواز تقديم التحفظات في كتاب مستقل، ثم لا يتم التفاوض بشأن هذه التحفظات^(١).

ويعتبر صرف الدفعة المقدمة من أمثلة التحفظات الواردة بالعطاء، ذلك أنه طبقاً لنص المادة (٢٥) من القانون المصري، يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وذلك بالنسب وفي الحدود ووفقاً للشروط والقواعد التي تبينها اللائحة التنفيذية. وتنص الفقرة الثانية من المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية على أن يراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات، إضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي وقت البت في المناقصة، إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم، وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدماً. وتحسب الفائدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلي.

والدفع المقدم هو المبلغ الذي يقدم إلى المقاول أو المورد قبل أن يبدأ بتنفيذ التزامه المنصوص عليه في العقد، على أساس أنه يُعد جزءاً من الثمن المستحق له، ويُمنح وفقاً للضوابط والشروط التي حددتها لائحة المناقصات والمزايدات، ومن ثم فإن اشتراط الدفع قبل تسليم المورد للأصناف المتعاقد عليها هو مما ينطبق عليه تعريف الدفع المقدم^(٢).

(١) د. صلاح الدين فوزي: مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٢) إفتاء اللجنة الثانية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، ملف رقم ٦٧/٥/٢، جلسة ١١/١١/١٩٩١،

ويتوجب أن يكون مبلغ الدفع المقدم معلوماً للجهة الإدارية وليس مجهلاً، حيث إن الفائدة المشار إليها في المادة (٦٩) أعلاه تحسب على أساس هذا المبلغ، ومن ثم يضاف مجموع المبلغ والفائدة إلى قيمة العطاء لتحديد أولويته من بين بقية العطاءات، وعادة ما يكون هذا الدفع المقدم مضموناً بخطاب ضمان، يقدم إلى الجهة الإدارية من قبل صاحب العطاء^(١).

كما أن تحمل جهة الإدارة مصروفات فتح الاعتماد يُعتبر من التحفظات الواردة بالعطاء، إذا طلب المورد أو المقاول ذلك، بشرط أن يؤخذ هذا الشرط في الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض، من حيث الأسعار والشروط المقدمة^(٢).

ولذلك يتوجب تقييم هذا الشرط من الناحية المالية، عن طريق إضافة تكاليف فتح الاعتماد التي تتكبدها الجهة الإدارية إلى إجمالي قيمة العطاء، للوقوف على قيمته الفعلية.

وهذه جميعها تعتبر من التحفظات الواردة بالعطاء إذا ما تقدم بطلبها المقاول المورد في عطائه، ولذلك يتوجب إعمالها وعدم إغفالها أثناء عملية التقييم.

أما القانون البحريني فقد خلا من النص على تلك التسهيلات، سواء الدفعة المقدمة أو فتح الاعتماد أو صرف الدفعات تحت الحساب.

ويتجه رأي آخر إلى أن خلو القانون المصري الحالي من النص على مفاوضة صاحب العطاء الأقل للنزول عن تحفظاته، هو إجراء مقصود في العدول عن ذلك، خاصة في ظل نص القانون على جواز الشراء عن طريق الممارسات العامة والمحدودة، ومن ثم فعلى السلطة المختصة منذ البداية أن تحدد أسلوب التعاقد^(٣).

كما قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن «الشارع رأى - رغبة منه في تمكين الإدارة من الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لأموال الدولة - إجازة المفاوضة، بعد فتح المظاريف مع صاحب العطاء الأقل، إذا كان مقترناً بتحفظ أو بتحفظات، وكانت القيمة الرقمية لأقل عطاء غير مقترن بشيء من ذلك تزيد كثيراً على العطاء المقترن بتحفظات...، ذلك لأن صاحب أقل عطاء - ما لم يُستبعد - هو في الأصل صاحب الحق في إرساء المناقصة عليه إذا كان عطاؤه مناسباً،

= (أشار إليه د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣١٧).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٦٤ في ١٢/١/١٩٨٨، جلسة (١٩٨٧/١٢/٩) ملف ٤١ و ٤٢/٢١٠/٥٨٨.

مجموع المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(٢) المادة (٦٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(٣) د. سعاد الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٣١٤.

ولأن تعديل عطائه إلى ما هو أقل أو إلى ما يجعله متمشياً مع مواصفات المناقصة وشروطها لا ضير منه على أي من أصحاب العطاءات الأخرى ولا يخل بقاعدة المساواة الواجبة بالنسبة إليهم^(١).

المفاوضة في القانون البحريني:

أما في مملكة البحرين، فإن الفقرة الأخيرة من المادة (٣٣) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، جاءت صريحة في عدم جواز دخول الجهة المشتريّة في مفاوضات مع أي مورد أو مقاول بشأن عطائه. وبشأن تفسير هذا النص، وما إذا كان يجوز مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعره إلى حدود التكلفة التقديرية للعملية موضوع المناقصة، أفادت دائرة الشئون القانونية بأن «نص المادة (٣٣) المشار إليها حظرت التفاوض مع المورد أو المقاول أثناء عملية التقييم، وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص. أما وبعد أن انتهت عملية التقييم وتحددت أولويات العطاءات، فلا ضير من مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، للنزول بسعره إلى حدود التكلفة التقديرية، باعتبار أن هذا العطاء هو الأحق بالإرساء عليه، وبالتالي فهو وحده الذي يجوز مفاوضة صاحبه بشأن إمكانية النزول بسعره إلى حدود التكلفة التقديرية للمشروع أو سعر السوق أيهما أقل، إذ إن هذا التعديل لا يضر منه أصحاب العطاءات الأخرى، ولا يخل بقاعدة المساواة، إضافة إلى ما يشكله ذلك من تحقيق للمصلحة العامة وحماية المال العام، وتغدياً للتأخير فيما لو تم إعادة الطرح، إضافة إلى احتمال ارتفاع الأسعار، وزيادة نفقات النشر والإجراءات الأخرى. كل ذلك بشرط أن يتم الإرساء عليه إذا وافق على النزول بسعره، أو إعادة طرح المناقصة وعدم التفاوض مع غيره حتى لا تتحول المناقصة إلى ممارسة^(٢)».

وإذا كانت الفتوى المشار إليها قد انتهت إلى جواز مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، للنزول بسعره إلى سعر التكلفة التقديرية أو سعر السوق، فإنه من الأولى أن تتم مفاوضته

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق بجلستها في ١٩٥٩/٥/٩، مجموعة المبادئ القانونية في (٤٠) عام، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

وحكمها في الطعن رقم ٣٣٣ لسنة ١٠ ق بجلسة ١٩٦٧/١٢/٢، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

(٢) فتوى دائرة الشئون القانونية رقم ٢٠٠٣/٥١٤ بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٥. غير منشورة

- وفي المعنى ذاته قرر مجلس المناقصات عدم جواز قيام الجهة المشتريّة بالتفاوض مع المورد أو المقاول بشأن تقليل كمية الأعمال المحددة في وثائق المناقصة، بغرض تخفيض السعر أو الوصول به إلى سعر التكلفة التقديرية، لما في ذلك من إخلال بمبدأ المساواة بين الموردين والمقاولين.

قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم ٤٨ المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٤/١/١٤. (غير منشور)

كما قرر المجلس بجلسته رقم (١٨) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢١ عدم جواز التفاوض مع صاحب العطاء الأعلى سعراً بهدف تخفيض سعره، لأن في ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة ومساساً بالمركز القانوني للعطاء الأقل سعراً المطابق للشروط والمواصفات (غير منشور).

للنزول عن تحفظاته إذا ما ضمَّها عطاءه، وإن حظر المفاوضة المنصوص عليه في عجز المادة (٣٣) المشار إليها يتعلق فقط بمرحلة التقييم، ضمناً لإعمال مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص. أما بعد التقييم وترتيب أولوية العطاءات فلا يوجد ما يمنع من مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول من تحفظاته إن وُجدت، وليس في هذا أي إخلال بمبدأ المساواة أو تكافؤ الفرص.

وخلاصة ما سبق يتبين أن مبدأ المفاوضة في مجال العقود الإدارية أمر هام وضروري، خاصة إذا ما تعلق بمحاولة ثني صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول عن بعض أو كل تحفظاته ابتغاءاً للمصلحة العامة وتوفيراً للمال العام، دون الانحراف بالسلطة. ونرى أن هذه العملية ضماناً للطرفين، فمن ناحية تحاول الإدارة قدر الإمكان الحصول على الأسعار المناسبة لتنفيذ العملية موضوع المناقصة بما يحقق الوفر المالي، ومن ناحية أخرى يكون الموردون والمقاولون متساوين في المعاملة وتكافؤ الفرص وعدم تفضيل أي واحد منهم على الآخر، وذلك من خلال إضافة القيمة المالية للتحفظات على السعر الأصلي للعطاء، وبناءً على ذلك يتم ترتيب أولوية العطاءات وتحديد العطاء الفائز. ولكن على الجهة الإدارية هنا أن تكون حذرة في تحديد التحفظات، وعدم خلطها مع المخالفات الجوهرية لشروط المناقصة أو للمواصفات الفنية. فعلى سبيل المثال لايجوز لجهة الإدارة أن تطلب من صاحب العطاء الأقل سعراً أن يحذف بنداً من البنود المطلوبة أو مرحلة من مراحل التنفيذ لكي ينزل سعر العطاء إلى حدود التكلفة التقديرية، لأن في هذا إجراء إخلالاً كبيراً بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، حيث إنه قد يكون السعر المقدم لهذا البند أو تلك المرحلة، مقدماً من قبل متناقص آخر كبير جداً، وإذا ما تم حذف أيهما سوف ينزل السعر إلى أقل من سعر ذلك المورد أو المقاول، ويصبح بالتالي هو الأولى بالفوز بالمناقصة.

وفي جميع الأحوال على الجهة المعنية بتقييم العطاءات أن تنتهي من عملية التقييم قبل تاريخ انتهاء صلاحية العطاءات، تفادياً لما قد يترتب على ذلك من تبعات مالية إضافية، نتيجة تقلبات الأسعار العالمية وتأثيرها محلياً، لاسيما عندما يرفض أصحاب العطاءات الإبقاء على أسعارهم بعطاءاتهم^(١).

وفي المبحث التالي نعرض لمبدأ الإرساء على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً.

(١) في هذا الشأن ذهب مجلس المناقصات بمملكة البحرين إلى ضرورة الانتهاء من تقييم العطاءات والتوصية بالترسية على أحد هذه العطاءات قبل التاريخ المحدد لانتهاء صلاحية أي منها، فالتأخير في التقييم حتى انتهاء مدة سريان العطاء يتسبب في رفع سعر العطاء، وفي هذا خسارة كبيرة للمال العام. غير منشور .
قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٥٤) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣. غير منشور .
تعميم المجلس رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ بشأن سرعة تقييم العطاءات وتبليغ قرارات الرفض إلى الموردين والمقاولين المعنيين. غير منشور .

المبحث الثالث

الإرساء على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً

يعتبر صدور قرار الإرساء هو آخر إجراء من الإجراءات الممهدة لعملية التعاقد ولكنه لا يعني التعاقد حتماً، حيث إن جميع القرارات الصادرة قبل إبرام العقد هي قرارات نهائية منفصلة عن العقد، يجوز الطعن عليها أمام قاضي الإلغاء وليس قاضي العقد.

وتعتبر عملية إرساء المناقصة على أقل العطاءات سعراً أحد الأسس التي تقوم عليها المناقصة، حيث ترمي هذه القاعدة إلى تحقيق المصلحة المالية للمرفق، وهنا تكون سلطة الإدارة مقيدة بوجوب الإرساء على هذا العطاء، إذا ما كان سعره يدخل ضمن حدود السعر الذي قدرته الجهة الإدارية لتنفيذ المشروع موضوع المناقصة⁽¹⁾.

وسوف نتعرض هنا لبعض المبادئ الهامة في هذا الشأن، من خلال ثلاثة مطالب وكالتالي:

المطلب الأول: آلية الإرساء.

المطلب الثاني: قرار الإرساء وإبرام العقد.

المطلب الثالث: سلطة الإدارة في عدم إتمام التعاقد.

(1) Quancard, op.cit, p.145.

(أشار إليه د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: مرجع سابق، ص ٢٥٥).

المطلب الأول

آلية الإرساء

الشروط الأفضل كمعيار للإرساء:

تختلف آلية تحديد أفضل العطاءات للفوز بالمناقصة بحسب المعيار المعمول عليه في المفاضلة بين العطاءات، فقد يكون السعر فقط، وقد يكون السعر والجودة معاً، وأخيراً قد يكون السعر والعينة المطلوب التعاقد على أساسها^(١).

وأياً ما كان المعيار المعمول عليه في المفاضلة بين العطاءات، فإنه يتوجب على لجنة البت أن لا يكون قرارها بالإرساء تعسفياً أو تحكيمياً، بل يجب أن يستند إلى أي من المعايير المشار إليها، كما يجب على الإدارة أن لاتختار بديلاً عن صاحب العطاء الذي تحقق فوزه بالمناقصة نتيجة توافر الشروط والمواصفات والسعر، وهذا ما يُعرف بآلية الإرساء، أي الإرساء على صاحب العطاء الفائز فقط.

وقد كان السعر الأقل هو المعيار الذي يتم على أساسه تحديد العطاء الفائز بالمناقصة، سواء في فرنسا أو في مصر حتى وقت قريب، حيث كان يُنظر فقط إلى تحقيق الوفرة المالي للدولة، دون الاعتداد بالكفاءة الفنية المطلوبة في مقدم العطاء وحسن التنفيذ، مما قد يترتب على ذلك خسائر كبيرة، نتيجة إتباع هذه القاعدة، الأمر الذي حدا بالمشروع الفرنسي إلى أن يضيف إلى المناقصة العامة وآلية الإرساء أساليب تعاقد أخرى، مثل المناقصة المحدودة والشراء المباشر والممارسة، والتي استطاعت الإدارة أن تختار الأسلوب الأمثل والمناسب من بينها لتوفير احتياجاتها، وفق الأسس الفنية والكفاءة وليس السعر فقط، عندما كانت تتبع إجراءات المناقصة العامة كأساس لعمليات الشراء وما فيها من مبدأ آلية الإرساء، وذلك بموجب المرسوم الفرنسي الصادر في ١٣ مارس ١٩٥٦ والرسوم الصادر في ٧ أبريل ١٩٥٧^(٢).

الوضع في القانون المصري:

قانون المناقصات والمزايدات الحالي رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، أضاف الممارسة العامة كأسلوب أساسي بجانب المناقصة العامة، لشراء احتياجات الإدارة من المنقولات والخدمات والدراسات ومقاولات الأعمال أو النقل، بموجب قرار من السلطة المختصة، وذلك في المادة الأولى من القانون. وبهذه الخطوة تكون للإدارة سلطة تقديرية في اختيار أسلوب الشراء المناسب طبقاً لنوع وظروف موضوع الشراء، إضافة إلى أنها من خلال الممارسة العامة أو المحدودة تستطيع أن تقف على الكفاءة

(١) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣٠٩.

(٢) د. السلال سعيد جمعة الهويدي: مرجع سابق، ص ٢٧٨.

والمواصفات الفنية اللازمة في العطاء وصاحبه، من حيث قدرته على تنفيذ العملية موضوع الشراء حتى وإن لم يكن هذا العطاء ليس هو الأقل سعراً.

كما نصت المادة (١٠) من القانون ذاته على أنه «تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين، أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنياً، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية».

ويتضح من هذا النص مدى حرص المشرع المصري على بيان أن السعر لم يعد هو الأساس لعملية الإرساء، إذ عدل عن هذه القاعدة ونهج أسلوباً جديداً، هو ضرورة أن تتوافر الشروط والمواصفات الفنية أولاً، ومن ثم يتم النظر إلى السعر، فيتم أولاً فتح المظاريف الفنية والتأكد من مدى توافر الشروط وتطابقها مع المواصفات الفنية المطلوبة، ثم يتم استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات، وأخيراً يتم فتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً.

كما أن هناك أنواعاً من المشتريات لا يمكن الاستناد إلى السعر الأقل فقط في عملية الإرساء بشأنها، لأن العنصر الفني لا يقل عن العنصر المالي اعتباراً بل إنه أكثر أهمية. حيث إن الاعتماد على السعر فقط في مثل هذه الأحوال، يؤدي إلى التعاقد مع أشخاص ليست لديهم الكفاءة اللازمة لتنفيذ الأعمال، ولا تتوافر الجودة في الخدمات التي يقدمونها، مما ينتج عن ذلك انخفاض الكفاءة وارتفاع التكاليف، ويتسبب بالتالي في إهدار المال العام وعرقلة جهود التنمية^(١).

وهكذا فإن أقل عطاء لم يعد بالضرورة هو أفضل العطاءات، كما أن عملية الاختيار باتت تسمح باستبعاد الموردين أو المقاولين غير الأكفاء، وتسمح بتقييم العطاءات من الناحيتين الفنية والسعرية، وليس الأخيرة فقط كما كان معمولاً به سابقاً.

الوضع في القانون البحريني:

أما المشرع البحريني فقد حرص على أن يكون التعاقد مع الإدارة مؤهلاً للدخول في المناقصة، إضافة إلى أن الإرساء تكون على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً^(٢). وعليه فإن أساس الإرساء طبقاً لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني هو الكفاءة الفنية أولاً ثم السعر، نظراً لما في هذا المبدأ من ضمان لجهة الإدارة عند تعاقدها من أحد الموردين أو المقاولين، بتوافر الشروط والمواصفات الفنية والكفاءة اللازمة لتنفيذ الأعمال. وإذا كان المشرع البحريني لم يقرر تقديم

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٢) تنص المادة (٣٥) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني في فقرتها الثالثة على أنه (يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات ...).

العطاء في مزروفين كما هو الحال في القانون المصري، فإنه قد حرص على أن يكون الاعتبار الأول للقيم الفني، وبعد الانتهاء منه يجري التقييم المالي^(١).

وفي الواقع أن تقديم العطاء في مزروفين هو أفضل من تقديمه في مزرووف واحد، نظراً لما يحدث من تأثير للسعر على عملية التقييم الفني، وهذا سيعود بنا إلى ما كان جارياً العمل بموجبه سابقاً في فرنسا ومصر، من الإرساء على العطاء الأقل سعراً دون التمحيص والتدقيق جدياً في العطاء من الناحية الفنية. وهنا تجدر الإشارة إلى أن عدول كل من المشرعين الفرنسي والمصري عن مبدأ الإرساء على السعر الأقل فقط، إلى ما تكشف لهما أثناء الفترة الماضية من خسائر كبيرة على المدى البعيد، نتيجة التعاقدات التي تتم بهذه الطريقة.

ولذلك حبذا لو نهج المشرع البحريني نهج المشرع المصري من حيث جعل تقديم العطاءات في مزروفين أحدهما فني والآخر مالي حيث أن ذلك يحقق ضمان التعاقد مع أكفأ الموردين أو المقاولين، من خلال التحقق من توافر الشروط والمواصفات الفنية في العطاء الفني (المزرووف الفني)، وعند توافر تلك الشروط والمواصفات في بعض أو كل العطاءات المقدمة، يتم فتح مظاريها المالية، أي يتم فتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً فقط، وتعاد المظاريف المالية التي لم تُفتح لأصحابها، أسوة بالقانون المصري.

ومن خلال ما تقدم يتضح بأن التشريعات الحديثة لم تعد تأخذ بمبدأ آلية الإرساء على السعر الأقل في المناقصة العامة، وإنما هجرته وقرنت صدور قرار الإرساء بضرورة توافر الشروط والمواصفات الفنية المنصوص عليها في وثائق المناقصة أولاً ومن ثم يتم النظر إلى السعر.

وترجع أسباب هجرة ذلك المبدأ إلى أن الإسناد بمقتضى السعر فقط يؤدي إلى الاهتمام بمصلحة الإدارة من الناحية المالية فقط، ويهدر في الوقت ذاته مصلحتها الفنية، مما قد يعود بالضرر الكبير على مصلحة المرفق والمصلحة العامة. إضافة إلى أن التطورات الحديثة في شتى المجالات تحتم ضرورة توافر العوامل والمواصفات الفنية العالية في التعاقد، إذ إن الخطأ فيها يصبح مكلفاً جداً. وأخيراً فإن هناك أنواعاً من المشتريات من الصعوبة بمكان الارتكان فيها إلى السعر فقط، مثل الدراسات التخصصية والاستشارات الفنية أو التجهيزات التكنولوجية الدقيقة^(٢).

(١) قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين أن الترسية يجب أن تتم على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد

توحيد أسس المقارنة بين العطاءات، وفق ما يرد من معايير في وثائق المناقصة. غير منشور

(قرار المجلس بجلسته رقم (٨٤) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/٩/٧). غير منشور

كما قرر المجلس بجلسته رقم (١٧) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١١ إن السعر الأقل وحده ليس هو لليار الذي يحدد على أساسه العطاء الفائز بالمناقصة، بل يجب أن يلزم هذا السعر الأقل توافر الشروط الأفضل المنصوص عليهما في وثائق المناقصة (غير منشور).

(٢) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٣٦.

ولكن السؤال الذي قد يثار هنا هو: هل بالإمكان الإرساء على العطاء الأقل سعراً لمجرد أنه تقدم بمنتج يفوق والمواصفات المطلوبة والتي تقيد بها صاحب العطاء التالي له في السعر؟

الإجابة على هذا التساؤل بالنفي، حيث أن ذلك يخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والقواعد والمبادئ العامة في المناقصات والعقود الإدارية، حيث إن الإرساء يتم على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، وعبرة (الأفضل شروطاً) لاتعني مطلقاً من يقدم مواصفات فنية عالية بخلاف المذكورة في وثائق المناقصة، إنما المقصود منها من يتقيد بالشروط المنصوص عليها في الوثائق، ويقدم المواصفات الفنية المطلوبة، ذلك أنه لو فُتح المجال أمام التفسير الأول لعمت الفوضى والمحاباة في عمليات التقييم، ولأختل ميزان العدالة والمساواة بين الموردين والمقاولين، كما أن جهة الإدارة بإمكانها أن تضع في وثائق المناقصة ما تراه من مواصفات وشروط محققة لأهدافها ومتطلبات المرفق الذي تديره^(١).

خصائص مبدأ آلية الإرساء:

بعد عملية تقييم العطاءات بما فيها التحفظات الواردة بها، وترتيب أولويات تلك التحفظات من الناحية الفنية والمالية، يتم تحديد العطاء الفائز بالمناقصة، وهو ذلك العطاء الذي يشتمل على الشروط الأفضل والسعر الأقل، ومبدأ آلية الإرساء يتميز بخصائص محددة هي:

- ١ - تلقائية الإرساء: أي إنه لا يوجد للجنة البت أية سلطة تقديرية بشأن تحديد المورد أو المقاول الذي تتعاقد معه جهة الإدارة، وإنما يجب عليها الالتزام بالإرساء على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً طبقاً لما ورد في وثائق المناقصة والعطاء.
- ٢ - إجبارية الإرساء: أي إنه لا يجوز للجنة البت الامتناع عن إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، ما لم تتوافر لديها إحدى حالات إلغاء المناقصة المنصوص عليها قانوناً.
- ٣ - نهائية الإرساء: وذلك يعني أنه متى ما صدر قرار الإرساء فإن هذا القرار يكون باتاً غير جائز الرجوع فيه، ولا يجوز لجهة الإدارة استبدال من رست عليه المناقصة بشخص آخر^(٢).

(١) في ذلك ذهب مجلس المناقصات بمملكة البحرين إلى عدم جواز الترسية على العطاء الأقل سعراً، إذا ما تقدم صاحبه بتوريد منتج غير منصوص عليه في وثائق المناقصة، حتى لو كان هذا المنتج أكثر تطوراً عن ذلك المطلوب في وثائق المناقصة. حيث إن الشروط والمواصفات المنصوص عليها في وثائق المناقصة هي الأساس الذي يتم تقديم العطاءات وتقييمها بناء عليه. غير منشور

قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (٧٥) المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٥. غير منشور.

(٢) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣٢٢ وما بعدها.

قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه يتعين على الجهة الإدارية المختصة، إذا رأت إبرام العقد أن تتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل الذي عينته لجنة البت، ولاتملك أن تستبدل به غيره.

(حكمها في الطعن رقم ٨١٢ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٦٩/٢/١).

=

ويرد على مبدأ نهائية الإرساء استثناء، وهو ما إذا كان قرار الإرساء معلقاً على شرط، مثل تقديم بعض المستندات، حيث إنه إذا لم يتم تقديمها فإن من الممكن أن تعود لجنة البت في قرارها. كما يمكن تصحيح قرار الإرساء في الجلسة ذاتها وقبل انتهاء عملياتها.

ضمانات إجراءات الإرساء:

نظراً لكون إجراءات الإرساء من أهم وأصعب مراحل المناقصة كما سبق وأن أوضحناه، فإن من المتوجب أن تحاط هذه الإجراءات بعدد من الضمانات، تضمن النزاهة والتجرد والوضوح، وتكفل تحقيق المساواة بين الموردين والمقاولين.

وهذه الضمانات هي:

١ - العلانية :

مثلاً كانت إجراءات الإعلان عن المناقصة وفتح المظاريف والقرارات الصادرة بشأن قبول أو استبعاد أي عطاء، شفافة ويجب تسببها وإعلانها لكافة الموردين والمقاولين المشاركين في المناقصة، فإن قرار الإرساء - وهو أهم قرار في عمليات المناقصة - لا بد وأن تتحقق العلانية بشأنه، حيث تعتبر العلانية من قبيل الشكليات الجوهرية التي يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان^(١).

٢ - تدوين محضر لجلسة البت:

يُعد محضر المناقصة من الوثائق والأدلة الهامة جداً، المثبت فيها مختلف إجراءات ومداولات وعمليات المناقصة منذ البداية وحتى صدور قرار الإرساء. وقد حرصت أغلب التشريعات على تضمين قوانين المشتريات فيها نصوصاً توجب إعداد سجلات أو محاضر للجان الفتح والبت، تدون

= مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

كما قضت محكمة التمييز الكويتية بأن " القواعد التي ينظمها القانون رقم ١٩٦٤/٣٧ في شأن المناقصات العامة ليست مصلحية وداخلية للإدارة إن شأنت تمسكت بها وإن شأنت تنازلت عنها، ولكنها قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين أو المزايد = جميعاً - على الإدارة قبل أن تنصرف عن صاحب العطاء الأقل في المناقصة إلى من يليه، أن تفاوض مقدمه في التنازل عن تحفظاته كلها أو بعضها مما يجعله أصلح العطاءات . لأن الأصل العام المقرر في المناقصات والمزايدات هو ما يعرف بمبدأ آلية المناقصة أو المزايدة . والذي تكون فيه سلطة الإدارة مقيدة بإرساء المناقصة على العطاء المتفق مع شروط المناقصة والسعر الأقل.

حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٩٢/٨١ تجاري بجلسة ١٩٩٣/٢/٢٨ المكتب الفني - مجلة القضاء والقانون، نوفمبر ١٩٩٧، السنة ٢١، الجزء الأول، ص ٢١٥ وما بعدها.

(1) Quancard.M,op,cit,p.173.

أشار إليه د. مهند مختار: مرجع سابق، ص ٣١٦.

فيها كل التصرفات والإجراءات والقرارات، على أن يتم توقيع ذلك المحضر أو السجل من قبل رئيس وبقية أعضاء اللجنة^(١).

وتلك الخصائص وهذه الضمانات، عادة ما تتضمنها التشريعات المنظمة لعملية المشتريات الحكومية، فقد نص قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني في الفقرة الثالثة من المادة (٣٥) منه على أنه (يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس ومعايير المقارنة بين العطاءات).

كما يوجد النص عينه في المادة (١٦) من قانون المناقصات والمزايدات المصري. وقد أوجبت المادة (٢٩) من القانون البحريني تدوين نتائج فتح المظاريف في محضر يسمى (محضر فتح المظاريف) يتم التوقيع عليه من قبل أعضاء المجلس أو اللجنة حسب الأحوال، إضافة إلى احتفاظ الجهة المشتري والمجلس بسجل إجراءات الشراء، الذي تثبت فيه جميع إجراءات الشراء، طبقاً للمادة (١٧) من القانون ذاته^(٢)، وأحقية الإطلاع على بياناته من قبل الموردين والمقاولين طبقاً لنصوص المواد (٨) و(٩) و(١٠) من اللائحة التنفيذية.

كما نصت المادة (٦٤) من القانون ذاته على إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة العامة، أو أي من أساليب الشراء الأخرى، في لوحة تخصص لهذا الغرض في مكان ظاهر للجميع لمدة أسبوع، إضافة إلى إخطار مقدمي العطاءات بتلك القرارات بخطابات مصحوبة بعلم الوصول. وكذلك نصت المادة (٣٧) من القانون ذاته على وجوب نشر قرارات الإرساء شهرياً في الجريدة الرسمية. ومن خلال هذه النصوص نلاحظ مدى حرص المشرع البحريني على تحقيق كافة الضمانات للموردين والمقاولين، توافراً مع أهم مبادئ القانون، المتمثلة في تعزيز النزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة لجميع الموردين والمقاولين وتحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص، وتحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المشتريات الحكومية، المنصوص عليها في المادة (٢) من القانون ذاته.

ومن خلال المطلب التالي سنتعرض لقرار الإرساء وما إذا كان يعتبر هو القرار الذي ينعقد به العقد الإداري، أم أن الأمر يتطلب إجراءات أخرى حتى يمكن القول بانعقاد العقد ونفاذه.

(١) د. مهند مختار: المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٢) نصت المادة (١٧) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات البحريني على أنه (تحتفظ كل من الجهة المشتري والمجلس وأية لجنة يشكلها المجلس بسجل يسمى (سجل إجراءات الشراء) تثبت فيه جميع إجراءات الشراء، على أن تبين اللائحة التنفيذية البيانات الواجب إدراجها في هذا السجل والأشخاص والأجهزة الحكومية المصرح لها بالإطلاع على هذه البيانات).

ولايجوز للجهة المشتري إفشاء أي بيان من البيانات المؤرخة في السجل الذي ينطوي إفشاؤها على مخالفة للقانون أو يشكل تعارضاً مع الصالح العام أو ضرراً بالمصالح المشروعة للأطراف، أو يؤدي إلى منافسة غير عادلة. كما لايجوز إفشاء البيانات المتعلقة بفحص وتقييم العطاءات إلا على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية).

المطلب الثاني

قرار الإرساء وإبرام العقد

إبرام العقد الإداري:

إن إبرام العقد بوجه عام - سواء كان عقداً من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام - يمر بمراحل معينة، تبدأ بتوجيه دعوة إلى التعاقد لكل من تتوافر فيه الشروط اللازمة لإبرام هذه النوعية من العقود وتنتهي بإبرام العقد.

وكما سبق وبيننا بشأن العقود الإدارية فإنه يُعد دعوة إلى التعاقد طرح المناقصة عن طريق الإعلان على النحو السالف بيانه^(١). وبعد هذه المرحلة لابد أن يكون هناك توافق بين إرادتي أطرافه.. الإيجاب والقبول. والإيجاب في عقود المناقصات والمزايدات يتمثل في التقدم بعطاء من جانب المورد أو المقاول. والإيجاب المعني هنا هو إيجاب ملزم، يتعين على من تقدم به البقاء عليه، ولا يحق له الرجوع فيه قبل صدور قرار الإرساء. وإذا كان الموجب يبقى على إيجابه طوال الفترة المحددة لصدور القبول من الطرف الآخر، فإنه إذا انقضى الميعاد المحدد للقبول ولم يصل للموجب قبول مطابق من جهة الإدارة، فلا يعود الإيجاب ملزماً^(٢) وذلك تطبيقاً لمبدأ استقرار المعاملات، فلا بد ولكي ينعقد العقد أن يصادف هذا الإيجاب قبولاً مطابقاً له، وهو ما يتحقق بصدور قرار الإرساء.

والقاعدة العامة بالنسبة للتعبير عن الإرادة هي وجود مظهرين لهذا التعبير، يتمثل أولهما في الوجود الفعلي للإرادة، وهو ما يتحقق بمجرد التعبير عنها ممن يملكها، بأي صورة من صور التعبير عن الإرادة، بحسب الأحوال^(٣).

أما المظهر الثاني وهو الأكثر أهمية من الناحية العملية فيتعلق بالوجود القانوني للإرادة التي عُبر عنها، وذلك عندما يتصل هذا التعبير بعلم من وجه إليه^(٤).

(١) أنظر سابقاً، ص (٥٤).

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ١٣/٤/١٩٩٣ طعن رقم ٦٨٠ لسنة ٢٧ ق، غير منشور، أشار إليه د. محمد ماجد محمود: دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٣٨.

(٣) تنص المادة (٣٢) من القانون المدني البحريني على أن (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو اتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحاً).

(٤) د. أحمد محمود جمعة: مرجع سابق، ص ١٢٦.

د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

والعبرة في التعبير بوجوده القانوني، لأن هذا الوجود هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير. لذلك يتوجب إبلاغ القبول إلى صاحب العطاء الفائز خلال المهلة المحددة قانوناً وخلال فترة سريان عطائه، حيث إنه إذا وصله القبول بعد انتهاء فترة سريان عطائه فإنه لا يُنتج أثره القانوني، ويتحلل الموجب من إيجابه، ما لم يوافق على ذلك^(١).

ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة (٣٣) من القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، من أنه ^(١)ينتج التعبير عن الإرادة أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك^(٢). ومفاد هذا النص أن إبرام العقد بوجه عام يتحقق في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بقبول إيجابه، وحيث إن العقد الإداري يستمد أصوله من المبادئ العامة للعقد المدني، فإن انعقاده يتحقق أيضاً بوصول القبول إلى الموجب، أي بإخطار المورد أو المقاول بقرار الإرساء.

وإذا كان ذلك الأمر يتحقق بسهولة ويسر، دون أن يثير مشاكل بالنسبة لعقود القانون الخاص التي تُبرم بين الأفراد العاديين، فإن الأمر مختلف بالنسبة لعقود القانون العام التي تهدف لتحقيق الصالح العام والتي أحاطها المشرع بالكثير من الضمانات التي تساعدها على تحقيق الغرض المنشود منها، ولذلك فقد استقر الوضع لدى غالبية التشريعات، على أنه إذا كان العقد ينعقد من الناحية العملية بمجرد صدور القبول المتمثل في قرار الإرساء من جهة الإدارة وإعلام صاحب الشأن به، إلا أن العقد لا يعتبر نافذاً إلا عندما يتم التصديق عليه واعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد أو التصديق^(٣).

إبرام العقد الإداري:

يجب أولاً 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، دون أن يُخل ذلك بما أجازته المشرع في عقود المناقصات والمزايدات بتعليق نفاذ العقد على الاعتماد أو التصديق من السلطة المختصة لقرار الإرساء، أي إن العقد لا يدخل حيز النفاذ إلا بعد تحقق هذا الشرط مع عدم الإخلال بما تتمتع به السلطة المختصة من صلاحيات أخرى مثل إمكانية عدم إتمام التعاقد مع من

= فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٢٨٧ بتاريخ ١٩٦١/٣/٢٧ بجلسة ١٩٦١/٢/٢١.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٨ في القضية رقم ٥٢٥ لسنة ١٠ ق.

(أشار إليه د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٨٤).

(٢) المستشار. فتحي عطية السيد مصطفى: مرجع سابق، ص ٣٢٨.

وفي ذات المعنى د. عبدالله حنفي: مرجع سابق، ص ٢٣١.

صدر قرار الإرساء لصالحه، أو إلغاء المناقصة كليةً، دون أحقية الطرف الآخر في الرجوع عليها طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

وذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (٣/٣٦) من قانون (اليونسترال)، من أنه ^(١)إذا كانت وثائق التماس العطاءات تنص على أن عقد الاشتراء يتطلب موافقة سلطة عليا، لا يصبح عقد الاشتراء نافذاً قبل صدور هذه الموافقة. وتحدد وثائق التماس العطاءات الفترة الزمنية المقدرة التي يجب أن تفصل بين إرسال إخطار قبول العطاء وبين الحصول على الموافقة^(٢). ومفاد هذا النص أن هناك فارقاً بين انعقاد العقد وبين نفاذه، فالعقد ينعقد بين جهة الإدارة وبين صاحب العطاء الفائز بمجرد صدور قرار الإرساء عليه وإخطاره بذلك، أما النفاذ فيتحقق اعتباراً من تاريخ تصديق أو اعتماد السلطة المختصة لقرار الإرساء.

وإذا مانص في القانون أو في الإعلان عن المناقصة على ضرورة اعتماد سلطة عليا لقرار الإرساء، فإن معنى ذلك أن عقد الشراء لا يصبح نافذاً إلا بعد هذا الاعتماد، وإذا رأت السلطة المختصة عدم اعتماد العقد أصلاً أو مضت المدة المحددة لذلك، فإن هذا يؤدي إلى فسخ العقد^(٣).

ويدلل الفقه السابق على رأيه أن هذا التفسير يحقق هدفين: يتمثل الأول منهما في إمكانية إثارة قواعد مسئولية جهة الإدارة العقدية، إن هي لم تمارس حقها في الاعتماد أو التصديق في غير الحالات التي حددها القانون، ويتمثل الهدف الثاني في فرض قيود لمصلحة المتعاقدين مع جهة الإدارة، أهمها تقييد سلطة الاعتماد في رفض اعتماد قرار الإرساء لغير الأسباب التي حددها القانون^(٤).

وفيما يتعلق بالمشروع المصري، فقد استلزم ضرورة تبليغ صاحب العطاء الفائز بقرار الترسية خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل، تبدأ من اليوم التالي لانقضاء عشرة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة^(٥). وقد رتب القضاء على ذلك نتيجة هامة، هي أن العقد يُعتبر مُبرماً بين جهة الإدارة ومقدم العطاء بمجرد إخطاره بقبول عطائه، وهذا يعني أن العقد لا يُعتبر مُبرماً بمجرد صدور قرار الإرساء من قبل السلطة المختصة، إنما لابد من إخطار المتعاقدين المؤقت بذلك^(٦).

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن قرار لجنة البت بتحديد من يجب التعاقد معه باعتباره صاحب أعلى عطاء ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، ولا يعدو أن يكون

(١) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٢) المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣) المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٣٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢٧ - مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق ص ٢٧٦، وحكمها في الطعن رقم ٥٣٥ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٦٩/٣/٨، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

أنظر كذلك د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١٣٨.

إجراء تمهيدياً ضمن عملية العقد الإداري المركبة، ويأتي بعده دور الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد. وخلاصة القول أنه لا يمكن اعتبار قرار لجنة البت هو القبول الذي يتم به العقد، وإنما تصديق الجهة الإدارية المختصة وإخطارها المتزايد بهذا القبول هو وحده الذي تترتب عليه الآثار القانونية، ويصبح التعاقد تاماً^(١).

وتعليقاً على ذلك ينتقد بعض الفقه^(٢) موقف القضاء المصري، انطلاقاً من أن ((الإخطار كما حكم مجلس الدولة الفرنسي لا يُعتبر قراراً إدارياً، وبالتالي لا يمكن أن نعتبره من مكونات التعبير عن إرادة الإدارة، التي رأينا أنها تتشكل من تسلسل من القرارات، كما أن هذا الحل قد يفتح الباب أمام التعسف من جانب الإدارة، فيكفي - بعد تقريرها قبول نتائج الإرساء - أن لاتخطر من رست عليه المناقصة، دون أن يحق لهذا الأخير أن يثير مسئوليتها التعاقدية، لأن العقد - وفقاً لما توصل إليه القضاء - لا يكون قد أبرم بعد. وهذا الحل يمكن أيضاً أن يسهل من إمكانية التحايل على الإدارة من جانب المتعاقد المؤقت، وذلك من خلال التلاعب بإجراءات الإخطار، وإثباته بالتالي أنه لم يتلق إخطار قرار القبول، مما ينفي قيام أي علاقة تعاقدية بينه وبين الإدارة، مع ما تكبدته الإدارة من وقت ونفقات في سبيل إبرام العقد، وذلك إضافة إلى أن الإخطار لم يعد ذا أهمية كبيرة بعد صدور القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨)).

فضلاً عما سبق يذهب اتجاه آخر إلى أن العقد يكون قد أبرم ويدخل إلى حيز الوجود قبل اعتماد السلطة المختصة، مادام أن قرار الإرساء قد صدر وتم إخطار صاحب العطاء الفائز بذلك، أي إن التصديق في هذه الحالة هو مجرد إجراء شكلي لاحق ذي أثر رجعي، بحيث يكون لكل طرف من أطراف العقد أن يشرع في تنفيذ التزاماته بمجرد الانعقاد دون انتظار الاعتماد اللاحق^(٣).

وهذا الرأي الأخير رغم وجاهته، إلا أنه يثير مشاكل من الناحية العملية، فمادام أن القانون قد أجاز لجهة الإدارة عدم إتمام التعاقد أو فسخ العقد كلية بعد صدور قرار الإرساء، فمن ثم لا يجوز للمورد أو المقاول البدء في تنفيذ العقد قبل الاعتماد أو التصديق، إذ إن الأضرار التي قد تنشأ في هذه الحالة يصعب تداركها عن تلك الحالة التي تنتظر فيها لاعتماد أو التصديق قبل دخول العقد حيز النفاذ.

وتمشياً مع الاتجاه القائل بأن العقد لا ينعقد بمجرد صدور قرار الإرساء وإنما باعتماده من سلطة الاعتماد، فإن بعض الفقه يرى أن قرار الإرساء لا يعدو كونه قراراً إدارياً سابقاً على التعاقد، منفصلاً في الوقت ذاته عن العقد الإداري. وترتيباً على ذلك فإنه يخضع لرقابة القضاء الإداري عليه

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٦٨ لسنة ٣٣ ق بجلسة ١٩٩٤/١/٤، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) د. محمد ماهر أبو العنين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٦٨٨ وما بعدها.

(٣) د. مهند مختار نوح: مرجع سابق، ص ٥١١.

عن طريق دعوى الإلغاء، حيث يجوز الطعن عليه بالإلغاء من صاحب المصلحة خلال الميعاد المحدد للطعن^(١).

وبالنسبة للمشرع البحريني نجد أن المادة (٥٤) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية كانت تنص على أنه ((يصبح العقد نافذاً فور صدور قرار الترسية على صاحب العطاء الفائز، ويجب تحرير العقد طبقاً للعقود النموذجية المعتمدة من المجلس كلما أمكن ذلك. ويوقع العقد بين الجهة المشتريّة وبين من تمت الترسية عليه، وذلك في مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ صدور قرار الترسية.

ويبدأ تنفيذ العقد من تاريخ إرسال خطاب الترسية أو من أي تاريخ آخر يحدده هذا الخطاب)). ومفاد النص السابق أن المشرع البحريني قد اعتبر صدور قرار الترسية هي اللحظة التي يعتبر العقد فيها مبرماً (منعقداً) لأن إيجاب المورد أو المقاول صادفه قبول مطابق من الجهة المشتريّة. ويلاحظ أن المشرع البحريني قد تعمد استخدام مصطلح (يعتبر العقد نافذاً) نظراً لوجود جهة واحدة (مجلس المناقصات) تتولى إصدار قرار الإرساء دون معقب عليه من سلطة أخرى تملك صلاحية اعتماد قراراته. إلا أنه أناط بالجهة المشتريّة، بعد صدور قرار الترسية، القيام بإرسال خطاب الرغبة المبدئية للمتعاقد وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة (٣٧) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية التي تنص على أنه ((يقوم المجلس أو أية جهة يكلفها بإصدار قرار الترسية على العطاء الذي تحقق من أنه العطاء الفائز وفقاً لمعايير التقييم، ويتم الإعلان عن جميع قرارات الترسية شهرياً في الجريدة الرسمية. وتقوم الجهة المشتريّة بإرسال خطاب الرغبة المبدئية إلى صاحب العطاء الذي تقرر إرساء المناقصة عليه، ليتسنى له تقديم ضمان التنفيذ حسب شروط وثائق المناقصة، على أن تخطره بقرار الترسية خلال ثلاثة أيام من تاريخ تسلمها لهذا القرار)).

وبناءً على ما سبق فإن استخدام المشرع مصطلح (النفاذ) يعني أن العقد قد أبرم بشكل نهائي ودخل حيز النفاذ بمجرد صدور قرار الإرساء وبالتالي نتساءل لماذا عاد المشرع بعد ذلك وقرر في المادة (٣٧) المشار إليها إرسال خطاب الرغبة المبدئية، فما فائدة مثل هذا الخطاب إذاً بعد أن بلغ العقد منتهاه؟

كما نرى بأن صدور قرار الإرساء لا يمنع الجهة المشتريّة، من عدم إتمام العقد أو إلغاء المناقصة، إذا ما تطلبت ذلك المصلحة العامة، بالرغم من صدور القرار من مجلس المناقصات. ونتيجة لما تقدم نرى بأن مصطلح (نفاذ العقد) المستخدم في المادة (٥٤) المشار إليها قصد به تمام التعاقد (إبرام العقد) وليس تنفيذه، حيث في الفقرة الثالثة من ذات المادة حدد المشرع ميعاد

(١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: مرجع سابق، ص ١٣٣.

بدء تنفيذ العقد. وبالتالي فإن الالتزام في المادة المذكورة مضاف لأجل، وهو تاريخ إرسال خطاب الترسية أو التاريخ الذي يحدده هذا الخطاب.

ويلاحظ أيضاً أن المشرع البحريني في الفقرة الثالثة من المادة (٥٤) سألقة الذكر أورد عبارة ((ويبدأ تنفيذ العقد من تاريخ إرسال خطاب الترسية أو من أي تاريخ آخر يحدده هذا الخطاب))، حيث من غير الملائم أن يبدأ تنفيذ العقد من تاريخ إرسال خطاب الترسية، بل الأصوب أن يكون من تاريخ وصول هذا الخطاب إلى صاحب العطاء الفائز وعلمه به، حيث قد يفقد الخطاب بعد الإرسال لأي سبب من الأسباب، ثم أن تاريخ الإرسال ليس محدداً هل هو تاريخ الخطاب ذاته أو تاريخ إرساله بالبريد أو تاريخ تسليمه في يد محضر.

وقد تدارك المشرع البحريني الانتقادات التي وجهت إلى نص المادة (٤٥) المشار إليها حيث صدر بتاريخ ٣ مايو ٢٠٠٧ القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٧، تم بموجبه اعتبار العقد نافذاً من تاريخ إخطار صاحب العطاء الفائز بقرار الترسية الصادر من المجلس بموجب كتاب مسجل بعلم الوصول.

ذلك أن أي تعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانوني إلا من تاريخ علم من وجه إليه به^(١)، كما أن الإخطار يحل أيضاً إشكالية إرسال الرغبة المبدئية المنصوص عليها في المادة (٣٧)، حيث إنه بعد إرسال هذه الرغبة يتم الإخطار بقرار الإرساء. وكذلك لا يرتب مسئولية على الجهة المشتريّة إن هي رأت عدم التعاقد مراعاة للمصلحة العامة بعد صدور قرار الترسية وقبل إخطار صاحب العطاء الفائز (٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٥ لسنة ١٠ ق بجلستها في ١٩٦٩/٣/٨.

وحكمها في الطعن رقم ١٣٨ لسنة ١١ ق بجلستها في ١٩٦٨/٤/٢٧.

مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٧٥ وما بعدها.

في المعنى ذاته نص البند (٢) من المادة ١٣٣ من قانون المحاسبة العمومية اللبناني على أن (الصفقة لا تصبح نهائية إلا بعد إبلاغ التصديق إلى الملتزم بالطريقة الإدارية).

(٢) الجدير بالذكر أن المادة (٥٤) المشار إليها كانت من ضمن أهم المواد التي نادينا بتعديلها في هذا البحث، وعلى النحو الذي صدر به القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية، حيث تم استبدال المادة (٥٤) بنص جديد أصبح بموجبه نفاذ العقد من تاريخ إخطار صاحب العطاء الفائز بقرار الترسية الصادر من المجلس بموجب كتاب مسجل بعلم الوصول... كما أن بداية التنفيذ أصبحت من التاريخ الذي يحدده خطاب الترسية أو من تاريخ العقد أو من أي تاريخ يحدده هذا العقد.. وبموجب المادة الثانية من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٧ تمت إضافة مادة جديدة برقم (٥٨) مكرر أجازت للمجلس إصدار تدابير فورية ووقائية تكون نافذة لحين البت في طلب إعادة النظر أو التظلم، ويجوز أن تشمل هذه التدابير وقف إسناد قرار الترسية ما لم يكن قد تم البدء في تنفيذ العقد. الجريدة الرسمية (العدد ٢٧٩٠).

وإذا ما كان الحال كذلك، فما هو الوضع القانوني للعقد خلال الفترة بين صدور قرار الإرساء وإخطار صاحب الشأن، أو اعتماد قرار الإرساء من السلطة المختصة؟

إن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس إلا إجراءً تمهيدياً في عملية العقد الإداري المركبة، و سلطة الجهة المختصة بإبرام العقد في إبرام ذلك مقيدة إذا رأت إبرامه، وتقديرية إذا رأت العدول عنه، وبالتالي فإن قرار اللجنة المشار إليه ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، كما أن الجهة المختصة تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير المتناقص ولا تستبدل به غيره. إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد، وفي العدول عنه إذا ثبتت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة^(١).

كما ذهبت دائرة الفتوى والتشريع بدولة الإمارات العربية المتحدة إلى أن ((القرار الصادر بالبت وإرساء المناقصة على أصحاب العطاءات ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، وإنما هو إجراء تمهيدي، أما عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى لاحقة تختص بها الجهة التي طرحت المناقصة أو الجهة التي تطلب العمل فيها إجراء المناقصة حسبما يقضي القانون. وعلى ذلك فإن القرار الصادر بالبت في العطاء وقبوله لا يكون بمثابة القبول في العقود، والذي يؤدي إلى إتمام التعاقد))^(٢).

كما ذهب في المعنى ذاته حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧ أبريل ١٨٩١^(٣).
بينما ذهبت محكمة التمييز الكويتية^(٤) في هذا الشأن إلى أن ((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)).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٤ ق بتاريخ ١٣/٢/١٩٦٠، مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

(٢) فتوى رقم ١١٦ بتاريخ ١٧/٢/١٩٧٥.

(أشار إليها د. الهلالي سعيد جمعة الهويدي: مرجع سابق، ص ٢١١ وما بعدها).

(٣) إن لجنة البت تختص بإتمام الإجراءات المؤدية إلى تعيين من ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها، توطئة لإطلاع جهة الإدارة بمهمتها الخاصة بإبرام العقد ... وينتهي عمل هذه اللجنة بتقرير أصلح العطاءات من طريق اختيار المناقصة الذي تقدم بالسعر الأقل، ثم يأتي بعد ذلك دور جهة التعاقد وهي الجهة المختصة بإبرام العقد مع المناقص الذي وقع عليه اختيار لجنة البت.

(حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧ أبريل سنة ١٨٩١ في قضية (lanier) المجموعة ص ٢٧٩، وحكمه في ٣ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية (sac.nat.de construction) المجموعة ص ٧٦.

(أشار إليهما د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٥).

(٤) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٨٩/٢٣٥ تجاري لسنة ١٩٩٠/١/٢٨.

ونختلف مع الحكم السابق فيما ذهب إليه، ذلك أنه لا يمكن التسليم بأن العقد لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من طرفيه، حيث أنه من الثابت أن العقد الإداري لا يتطلب الكتابة لانعقاده، وما جاء في الحكم بطبيعة الحال يستلزم كتابة العقد ومن ثم التوقيع عليه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الفقه والقضاء مستقر في مصر (كما سبق بيانه) على أن الإجراءات التمهيدية للعقد هي التي تسبق عملية إخطار المورد أو المقاول بقرار الإرساء، حيث بمجرد إخطاره بقرار الإرساء ينعقد العقد، ومن ناحية ثالثة وإذا ماتم ربط عملية انعقاد العقد حتى توقيعه من طرفيه فإن الإجراءات سوف تطول كثيراً والمورد والمقاول قد يتهرب من التوقيع مما لا تملك جهة الإدارة تجاهه أي إلزام قانوني بالمطالبة بالتعويض نتيجة عدم انعقاد العقد.

ويرى جانب من الفقه بأن المورد أو المقاول الذي صدر قرار الإرساء على عطائه، يكون بمثابة المتعاقد المؤقت^(١).

ومفاد ما تقدم بأن العقد لا ينعقد إلا من تاريخ إخطار صاحب الشأن بقرار الإرساء، وما سبق هذا الإخطار ما هو إلا إجراءات تمهيدية لا ينعقد بها العقد بين جهة الإدارة والمورد أو المقاول الفائز بالمناقصة. ويمكن أن يسمى هذا المورد أو المقاول بالمتعاقد المؤقت، حيث إن جهة الإدارة لا تملك التعاقد مع غيره، وإن سبب عدم انعقاد العقد بصور قرار الإرساء وتراخيه حتى اعتماد السلطة المختصة ومن ثم إخطار صاحب الشأن، يكمن في الحرية الممنوحة لجهة الإدارة في عدم إتمام التعاقد أو إلغاء المناقصة دون أية مسؤولية، اعتباراً لمتطلبات المصلحة العامة التي قد تتحقق في أية مرحلة من مراحل المناقصة. وما هذه إلا ضمانات من ضمانات المناقصة العامة وإجراءاتها، بل إنها ضمانات لجهة الإدارة تستطيع حماية نفسها بها بالنسبة لأي نوع من أنواع الشراء الأخرى.

ومن خلال المطلب التالي نلقي الضوء على ما إذا كانت الإدارة تستطيع عدم التعاقد مع المورد أو المقاول الفائز بالمناقصة ومن ثم عدم إتمام التعاقد معه.

(أشار إليه المستشار: أحمد منصور، الأستاذة: نجوى بكر: موسوعة المناقصات، دراسة عملية تفصيلية لنصوص قانون المناقصات العامة والنصوص المرتبطة به في ضوء فتاوى إدارة الفتوى والتشريع وأحكام القضاء بدولة الكويت، طبعة ٢٠٠٤، ص ٤٨٥.

(١) د. محمد ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٦٨٧.

أنظر كذلك د. عبدالرؤوف جابر: مرجع سابق، ص ١٤٨.

المطلب الثالث

سلطة الإدارة في عدم إتمام التعاقد

قرار الإرساء كإجراء تمهيدي سابق على مرحلة التعاقد:

إن قرار الإرساء ليس هو نهاية المطاف في إجراءات المناقصة، والذي يحتم على الجهة الإدارية إبرام العقد مع صاحب العطاء الذي رست عليه المناقصة، إنما الأمر على خلاف ذلك، حيث لا يعدو قرار الإرساء أن يكون إجراءً تمهيدياً سابقاً على مرحلة التعاقد، ولا ينعقد العقد إلا بقرار لاحق، وهو اعتماد الإرساء من قبل السلطة المختصة بإبرام العقد^(١)، وهذا بالنسبة للقانون المصري.

ويلزم دائماً - تبعاً لذلك - التفرقة بين الإجراءات الممهدة للتعاقد وعملية إبرام العقد ذاتها، حيث إن الأولى ما هي إلا مجموعة من العمليات ذات العلاقة باختيار أحد الموردين أو المقاولين للتعاقد مع الإدارة، لتنفيذ أحد مشروعاتها، سواء أكانت توريد سلع أو تقديم خدمات أو القيام بأعمال، مما يعني أنها عمليات منفصلة عن العقد ذاته، وكل قرار يصدر فيها يعتبر من القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها على انفصال أمام قاضي الإلغاء وليس قاضي العقد.

بينما ينعقد العقد إذا أفصحت الإدارة عن إرادتها بإبرام العقد، وذلك بصور قرار منها باعتماد توصية لجنة البت بالإرساء على أحد العطاءات المقدمة في المناقصة، ومن ثم تبليغ صاحب هذا العطاء بذلك القرار^(٢).

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام العقد أو تهيئة لمولده، ولجنة البت سواء في المناقصة أو المزايدة إنما تختص باتخاذ ما يلزم من الإجراءات لتعيين أفضل المتنافسين أو المترايدين وفقاً لما رسمه القانون، وذلك حتى يتسنى للسلطة الإدارية المنوط بها إبرام العقد مباشرة اختصاصها في هذا الشأن. وليس من شك في أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو

(١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

أنظر كذلك: د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٧٢.

د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٩٠ وما بعدها.

د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ١٣١.

(٢) د. سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص ٣١٥ وما بعدها.

د. جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص ١٩٥.

أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٣.

(أنظر سابقاً ص ٢٤٠ وما بعدها).

المزايدة إنما هو في طبيعته قرار إداري نهائي، وجهة التعاقد تلتزم حال انصراف إرادتها إلى إبرام العقد بالتعاقد مع المناقص أو المزايد الذي عينته لجنة البت، وليس لها أن تستبدل به غيره^(١). وعلى الرغم من أن سلطة لجنة البت مقيدة بالنسبة للإرساء على العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، ولا يجوز لها أن تستبدله بغيره، كما لا يجوز لجهة الإدارة أن تتعاقد مع غيره، إلا أن السلطة المختصة بالجهة الإدارية المعنية لها سلطة تقديرية في رفض اعتماد قرار الإرساء أو العدول عن إتمام العقد^(٢). وحق الإدارة في رفض اعتماد الإرساء وإبرام العقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، يعد إجراءً تمارسه وفقاً لسلطتها التقديرية، وفي هذه الحالة يجوز الطعن على هذا القرار (رفض الاعتماد أو عدم إتمام العقد) أمام القضاء الإداري، سواء بالإلغاء أو التعويض^(٣)، حيث لا يوجد إلزام على السلطة المختصة في التعاقد، وإلا فإن الإدارة سوف تجد نفسها مرغمة على التعاقد مع شخص لا ترغب في التعاقد معه، خاصة وإن المتعاقد مع الإدارة هو شريك للإدارة ومتعاون معها في سبيل الحفاظ على حسن سير وانتظام المرفق العام^(٤)، هذا إضافة إلى أن الإدارة قد تعدل عن السير في إجراءات المناقصة وإبرام العقد في مرحلة من مراحلها، إذا كان ذلك العدول يحقق المصلحة العامة.

ويذهب بعض الفقه^(٥) إلى أن (القرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل إنه ليس إلا إجراءً تمهيدياً. أما عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى لاحقة، وتختص بها هيئة أخرى، قد تكون رئيس المصلحة أو رئيس الإدارة المركزية أو الوزير المختص. والتزامات الإدارة لا تبدأ إلا من هذه اللحظة، أما ما قبل ذلك فإن التعاقد يكون في دور التكوين^(٦)). وفي المادة (٢٨٧) فقرة ثانية من تقنين العقود الفرنسي تقرر حق سلطة الاعتماد المختصة في رفض اعتماد نتيجة المناقصة^(٧). كما استقر الفقه والقضاء في فرنسا منذ زمن بعيد على أن الوزير برفضه اعتماد الإرساء لم يرقم إلا بمباشرة سلطاته المستمدة من القوانين واللوائح^(٨).

(١) حكمها في الطعن رقم ٤٥٦ والطعن رقم ٣٢٠ لسنة ١٧ ق بجلصة ١٩٧٥/٤/٥.

(أشارت إليه د. سعاد الشرقاوي: مرجع سابق، ص ٣١٥ وما بعدها).

(٢) د. عاطف سعدي محمد: مرجع سابق، ص ٣٢٣.

أنظر كذلك د. عزيزة الشريف: مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٣) د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٤) د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: مرجع سابق، ص ٣١١.

(٥) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

أنظر كذلك د. ماهر أبو العينين: الكتاب الأول، مرجع سابق، ص ٦٩٠.

(6) De Laubadere:op.cit,p.629.

Quancard(M):op.cit.p.174.

(أشار إليه د. جابر جاد نصار: مرجع سابق، ص ١٩١).

(7) C.E.16/3/1894,Rec.p.218.

وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن ((من المقرر في القانون الإداري أن العقد يتم على مرحلتين، الأولى تتم فيها الأعمال التمهيديّة، والثانية يتم فيها إبرام العقد ...، ويُشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق في إصداره، ويعتبر الإخلال في ذلك موجباً لبطلان التصرف))^(١).

وأوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية الطبيعة القانونية لقرار لجنة البت بالإرساء على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، بأنه يعتبر في حقيقته قراراً إدارياً نهائياً شأنه شأن أي قرار إداري نهائي، تنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية، ومن بينها وجوب الطعن عليه خلال الميعاد المقرر قانوناً وهو ستون يوماً من تاريخ النشر والإعلان^(٢).

نستخلص مما سبق أن العقود الإدارية تمر بمرحلتين، المرحلة الأولى وهي السابقة على عملية التعاقد، والتي تشمل على كافة الإجراءات الممهدة للتعاقد، بدءاً من الإعلان عن المناقصة وحتى صدور قرار لجنة البت بالإرساء على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، أما المرحلة الثانية فهي عملية إبرام العقد ذاته.

سلطة الإدارة في عدم إتمام التعاقد ضماناً لها:

وعندما تصدر لجنة البت قرارها بالإرساء على أحد العطاءات، فإنه لا يجوز لسلطة الاعتماد أن تستبدل به غيره، إنما يجوز لها وفق سلطتها التقديرية أن لا تبرم العقد أساساً. وهذه السلطة تكون نتيجة عدة اعتبارات، مثل عدم تقييد سلطة الإدارة في التعاقد مع شخص رأت في أية مرحلة من مراحل المناقصة أنه لا يتمتع بالمقدرة الفنية أو المالية أو حسن السمعة، وذلك من كونها مسئولة عن حسن سير المرفق العام الذي تديره، إضافة إلى أنه قد تستجد بعض المستجدات مما يصبح معه إبرام العقد متعارضاً مع المصلحة العامة للدولة، أو أن تكتشف جهة الإدارة بأن تنفيذ العملية موضوع المناقصة لا يمكن أن يتصور أن يتم بالمبلغ الزهيد الذي تقدم به المورد أو المقاول الموصى بالإرساء عليه، أو حصول الجهة المشتريّة على أحد التجار الذين تبرعوا لإقامة المشروع على نفقته، أو عندما يتقرر الاستغناء نهائياً عن المناقصة في أية مرحلة من مراحلها.

وهذه جميعها ضمانات حرص كل من المشرع والفقه والقضاء على توافرها لجهة الإدارة، حفاظاً على حسن تعاقداتها وسلامتها بصفتها (جهة الإدارة) هي المعنية بالمرفق العام وإدارته.

= مشار إليه في د . عاطف سعدي محمد : مرجع سابق ، ص ٣٢٣ .

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٦٨٤ بتاريخ ١٣/١٢/١٩٥١ .

(أشار إليها د. موريث صادق: قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ١٩٧ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٦٨ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٤/١/٤ .

(أشار إليه د. عاطف سعدي محمد: المرجع السابق، ص ٣٢٦).

وهذه جميعها ضمانات حرص كل من المشرع والفقه والقضاء على توافرها لجهة الإدارة، حفاظاً على حسن تعاقداتها وسلامتها بصفتها (جهة الإدارة) هي المعنية بالمرفق العام وإدارته. أما في مملكة البحرين فإن الوضع مختلف، ذلك أن قرار مجلس المناقصات بالإرساء لا معقب عليه من أية جهة كانت، وبالتالي تلتزم جهة الإدارة بمخاطبة صاحب العطاء الفائز مباشرة بعد صدور قرار المجلس لاستكمال الإجراءات ذات العلاقة بالبداية في التنفيذ. وإن كنا نرى جوازية عدم إتمام التعاقد مع صاحب العطاء الذي أصدر المجلس قراره بالإرساء عليه، وذلك كضمانة لجهة الإدارة وحماية لها، لكونها قائمة على حسن سير وانتظام المرفق العام، من التعاقد مع شخص تنبّهت مؤخراً بأن له سوابق سيئة معها أو مع جهات إدارية أخرى، أو تطلب الأمر إلغاء المناقصة للمصلحة العامة، مع حق صاحب العطاء بالتعويض إذا كان له مقتض.

وبشأن صيغة العقد فإنه وعلى الرغم من أن المادة (٥٤) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني قد قررت اعتماد مجلس المناقصات للعقود النموذجية (كلما أمكن ذلك)، فإننا نرى ضرورة الإسراع في ذلك للأسباب التالية:

- ١ - توحيد الأحكام والبنود في العقود المتعلقة بمشتريات متشابهة بالنسبة لجميع الجهات المشتريّة.
- ٢ - ضمان عدم مخالفتها لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمشتريات والقوانين الأخرى.
- ٣ - ضمان الحفاظ على حسن سير وانتظام المرافق العامة من خلال تضمين تلك العقود بنوداً تحقق ذلك الضمان، وضمان كذلك حقوق الموردين والمقاولين، خاصة بعد التنسيق مع دائرة الشؤون القانونية كونها الجهة المعنية بمراجعة عقود الدولة، طبقاً لنص الفقرة (٧) من المادة الثانية من القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم دائرة الشؤون القانونية.

وبعد أن تم استعراض كافة الأحكام والإجراءات ذات العلاقة بالمناقصة العامة كأحد أساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة، وما تحويه من مبادئ العلانية والمساواة والمنافسة الحرة، تم التوصل إلى أن أسلوب المناقصة يعد ضماناً للمتعاقد مع الإدارة، وفي الوقت ذاته ضماناً أيضاً لجهة الإدارة. فيكون ضماناً للمتعاقد مع الإدارة من خلال ما يوفره ذلك الأسلوب من علانية ومساواة وحرية منافسة، تضمن له المشاركة في المناقصة، وتضمن له معاملة عادلة، وتتيح له فرصة متساوية مع أقرانه من الموردين والمقاولين، وبالتالي فإنه يُقبل على المشاركة في المناقصات والمشتريات الحكومية بطمأنينة وثقة في الإجراءات المتبعة، مما يجعله يتقدم بأسعار تنافسية وبمواصفات فنية عالية أملاً في الفوز بأي من تلك المناقصات.

أما ضمانات الجهة الإدارية عند إتباعها أسلوب المناقصة فتتمثل في الآتي:

- ١ - إبعاد الشكوك عنها بشأن عمليات الشراء وعدم إتاحة الفرصة للمشككين في أدائها، كاتهامها بقصر مشترياتها على فئة محددة من الموردين أو المقاولين.

٢ - التزامها بنصوص القوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة بالمناقصات والمشتريات الحكومية. وإتباع أسلوب المناقصة العامة في الحالات المنصوص عليها قانوناً يعكس السياسة الصحيحة التي تسير عليها جهة الإدارة، مما يعزز الثقة فيها ومن ثم في الدولة ككل، سواء على المستوى المحلي أو الإقليمي أو الدولي.

٣ - مشاركة عدد كبير من الموردين أو المقاولين في المناقصات العامة تتيح لجهة الإدارة خيارات عديدة من العروض الفنية، تساعد على تلبية احتياجاتها باختيار الأنسب والأفضل.

٤ - حصول جهة الإدارة على أسعار تنافسية نتيجة قوة المنافسة وكثرتها، حيث سيتسابق المشاركون في تقديم الأسعار التنافسية، الأمر الذي سيساعد دون لاشك على تحقيق وفر مالي للدولة.

٥ - احتواء شروط المناقصة العامة على ضرورة توافر الأهلية وحسن السمعة والخبرة وسابقة الأعمال والكفاءة المالية والفنية في مقدم العطاء، إضافة إلى سلطة الإدارة في استبعاد من تراه غير مرغوب فيه، كلها تعد ضمانات لجهة الإدارة بصفتها قائمة على إدارة المرفق العام والمحافظة على حسن سيره وانتظامه، تضمن من خلالها عدم توقف المورد أو المقاول عن العمل في أية مرحلة من المراحل، بل إنه حتى لو توقف فإن تلك الضمانات والضمانات المالية الأخرى والصلاحيات الممنوحة لها تستطيع من خلالها معالجة هذا التوقف والمضي في إنجاز الأعمال موضوع التعاقد.

الضمانات في أساليب الشراء الأخرى:

بعد أن تم التطرق من خلال الأربعة الفصول الأخيرة إلى أهم إجراءات المناقصة العامة وحالاتها العملية في التشريعين البحريني والمصري مدعمة بالأحكام القضائية والفتاوى وآراء الفقهاء وتجربة مجلس المناقصات بملكة البحرين خلال الأربع سنوات الأولى من إنشائه تم التوصل إلى نتيجة هامة تمثلت في أن إجراءات المناقصة العامة تعد ضمانات سواء لجهة الإدارة أو للموردين والمقاولين وذلك نظراً لما توفره من فرص متكافئة ومساواة وعلانية وشفافية بما يضمن حقوق كل من الطرفين ، جهة الإدارة والمتعاقد معها . ولكن السؤال الذي قد يثار هنا هو هل المناقصة العامة هي فقط التي تتحقق فيها كل الضمانات ، أم أن هناك أساليب شراء أخرى تتحقق فيها أيضاً الضمانات المشار إليها ؟

تتمثل الإجابة على هذا السؤال في الآتي :

من المعلوم أن أغلب الدول تضمن قوانين المناقصات والمشتريات فيها عدة أساليب للشراء وليس فقط أسلوب المناقصة العامة ، وهذا ما تم التعرض له في بداية هذا البحث ^(١).

(١) أنظر سابقاً ، ص (٤٣) ومابعداها.

ولكن عادة ما يكون أسلوب المناقصة العامة هو الأصل في الشراء نتيجة لما يوفره هذا الأسلوب من ضمان حرية المشاركة والتنافس ومن ثم حصول جهة الإدارة على العديد من الخيارات سواء في الأسعار أو في المواصفات الفنية وهذا بدوره يشكل مصلحة عامة للدولة .

ولكن في أحوال معينة قد تتمثل المصلحة العامة في إتباع جهة الإدارة أسلوب شراء مغاير لأسلوب المناقصة العامة قد يكون ذلك على سبيل المثال نتيجة السرعة المطلوبة للمواد أو للخدمة المراد شراؤها أو عند حدوث الكوارث أو نتيجة عدم توافر تلك المواد أو الخدمة إلا لدى عدد محدود من الموردين أو المقاولين أو لدى مورد واحد فقط ، أو نتيجة كون المواد المراد شراؤها من غير الممكن وضع مواصفات محددة لها أو وضع تصور لمتطلباتها المختلفة ، أو عندما تتطلب السرية أو المصلحة الوطنية عدم الإعلان عن المواد المطلوب شراؤها . فالمشرع واعتباراً منه لإمكانية حدوث مثل تلك الظروف المشار إليها أو المشابهة لها أضاف إلى أسلوب المناقصة العامة أساليب شراء أخرى تتصف بالسرعة والتحرر من بيروقراطية إجراءات المناقصة العامة منحت الإدارة عن طريقها سلطة التشاور والتفاوض والمناقشة ومن ثم اختيار العطاءات المناسبة ليس على أساس السعر الأقل فقط، إنما على أساس المواصفات الفنية والكفاءة وبما يحقق الأهداف المرجوة من إتباع أي من تلك الأساليب للشراء .

ففي القانون البحريني فإنه بالإضافة إلى المناقصة العامة ، توجد المناقصة المحدودة والمناقصة على مرحلتين والتفاوض التنافسي (الممارسة) والشراء المباشر من مصدر واحد وطلب تقديم الاقتراحات ، وأفرد المشرع لكل أسلوب من هذه الأساليب حالات معينة تبرر استخدامه بشرط طلب موافقة مجلس المناقصات على ذلك بقرار مسبب ، أي أن المشرع البحريني لم يجعل استخدام أساليب الشراء المشار إليها متاحة لجهة الإدارة تستطيع في أي وقت استخدامها بل قيدها بتحقيق الحالات الموجبة لذلك وصدر قرار من مجلس المناقصات بالموافقة ، وهذه تعد ضمانات أخرى تضاف إلى الضمانات المشار إليها في هذا البحث المحسوبة لصالح الموردين والمقاولين للحد من تصرفات جهات الإدارة في عمليات الشراء وفق ما يترأى لها من أساليب قد تسيء استعمالها بما لا يحقق المبادئ التي قام عليها قانون المناقصات البحريني من تعزيز للنزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة لجميع الموردين والمقاولين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص^١

وبالتالي فإن استخدام الأساليب الأخرى المنصوص عليها في القانون بخلاف أسلوب المناقصة العامة لا يعني البتة بأنها لا تحقق الضمانات التي تحققها المناقصة العامة ، ذلك أن المشرع البحريني

(١) قرر مجلس المناقصات بجلسته رقم (٢٨) بتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٣ وجوب طرح مشروع تزويد غازات طبية وصناعية في مناقصة عامة بدلاً من اللجوء إلى أسلوب طلب تقديم الاقتراحات وذلك لعدم توافر شروط استخدام هذا الأسلوب إضافة إلى إتاحة الفرصة لأكبر عدد من الشركات ذات الاختصاص من المشاركة في المناقصة. غير منشور .

بالإضافة إلى أنه قد حدد على سبيل الحصر الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى استخدام أي من أساليب الشراء الأخرى بخلاف المناقصة العامة وضرورة صدور قرار من مجلس المناقصات فإنه في ذات الوقت أورد في المادة (١٠٠) من اللائحة التنفيذية للقانون نصاً مفاده " يخضع التعاقد بأسلوب المناقصة على مرحلتين أو المناقصة المحدودة أو التفاوض التنافسي أو الشراء المباشر أو طلب تقديم الاقتراحات لشروط المناقصات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذه اللائحة " .

وبالتالي وعلى الرغم من أن لكل أسلوب شراء من الأساليب المشار إليها إجراءاته الخاصة به المنصوص عليها في القانون واللائحة وبما يحقق العدالة والمساواة وتكافؤ الفرص ، إلا أنه بالرغم من ذلك فقد تطلب المشرع تطبيق شروط المناقصة العامة في الحالات التي لم ينص عليها في تلك الأساليب ، وذلك مراعاة لأقصى درجات الشفافية والنزاهة وضمانة للموردين والمقاولين من حيث توافر إجراءات عادلة تحقق المعاملة المتساوية للجميع .

وأخيراً فإن لجوء الجهة الإدارية إلى أي من الأساليب الأخرى للشراء لا يعني تجاوزها لمبادئ العدالة والنزاهة والمساواة وتكافؤ الفرص ، إنما يتوجب عليها مراعاة ذلك في كافة إجراءاتها ، وبالتالي فإن الضمانات التي تحققها المناقصة العامة سوف تتحقق أيضاً في أساليب الشراء الأخرى ولكن بنسب متفاوتة حسب نوع الأسلوب المستخدم وموضوع الشراء .

فمثلاً لا يمكن التسليم عند إتباع أسلوب الشراء المباشر بأن جهة الإدارة من الممكن أن تحصل على عدة خيارات سواء من حيث السعر أو المواصفات ، خاصة عندما تكون المواد المراد شراؤها متوفرة فقط لدى مورد واحد ، لكن الضمانة هنا تتمثل في ضرورة صدور قرار من مجلس المناقصات على إتباع أسلوب الشراء المباشر بعد تحققه فعلاً من عدم وجود مورد آخر يبيع ذات المواد المطلوبة (١).

وجود مجلس المناقصات كضمانة:

وعلى الرغم من العمر القصير للمجلس^(٢)، إلا أنه استطاع خلال الفترة القصيرة، واجتماعاته الأسبوعية المستمرة ، تحقيق العديد من الانجازات لمملكة البحرين من خلال

(١) قرر مجلس المناقصات بجلسته رقم (٨١) بتاريخ ٢٠٠٦/٨/١٦ عدم الموافقة على قيام إحدى الجهات المشتريه باللجوء إلى أسلوب الشراء المباشر ما لم تتوافر الشروط والحالات المنصوص عليها قانوناً ، ذلك أن الأصل في الشراء المناقصة العامة والاستثناء الأساليب الأخرى بما فيها الشراء المباشر ، أساس ذلك نص المادة (٤) من القانون (غير منشور).

(٢) تم تشكيل مجلس المناقصات لأول مرة بتاريخ ٧ يناير ٢٠٠٣ بموجب المرسوم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٣ ثم أعيد التشكيل بتاريخ ١٢ يناير ٢٠٠٥ بموجب المرسوم رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ وأخيراً التشكيل الثالث بتاريخ ١١ يناير ٢٠٠٧ بموجب المرسوم رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧.

تأكيده وحرصه على مبادئ وأهداف قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية المتمثلة في^(١):

- ١ - حماية المال العام ومنع تأثير المصالح الشخصية على إجراءات المناقصات .
- ٢ - تحقيق أقصى درجات الكفاءة الاقتصادية للحصول على المشتريات الحكومية بأسعار تنافسية عادلة .
- ٣ - تشجيع مشاركة الموردين والمقاولين في إجراءات المشتريات الحكومية .
- ٤ - تعزيز النزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة لجميع الموردين والمقاولين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص .
- ٥ - تحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المشتريات الحكومية .

وقد بلغ عدد المناقصات التي فتحت بالمجلس خلال عام ٢٠٠٦ (١٣٢٧) مناقصة مقابل ١٠٨٥ مناقصة في عام ٢٠٠٣ .

وبلغ عدد العطاءات المقدمة (٦٤٣٩) عطاء مقابل ٥٩٧٨ في عام ٢٠٠٣ .
وبلغ مجموع المبالغ التي تم الإرساء بشأنها ٦٨٣ مليون دينار مقابل ٤٥٤ مليون دينار في عام ٢٠٠٣ .

وبلغ مجموع التوفير في ميزانيات مشتريات الحكومة ٣٨ مليون دينار مقابل ٢٥ مليون دينار في عام ٢٠٠٣ .

وهذا ما يؤكد ثقة الموردين والمقاولين بشفافية إجراءات المجلس وحسن تطبيقه للقانون، الأمر الذي انعكس على زيادة أعدادهم في المشاركة في المناقصات والمشتريات الحكومية^(٢):

كما قام المجلس بالنظر في عدد ٧٨ (ثمانية وسبعين) طلب إعادة نظر وتظلم خلال عام ٢٠٠٦ ، حيث تدارس المجلس هذه الطلبات من خلال لجنة إعادة النظر والتظلمات واتخذ بشأنها القرارات المناسبة^(٣) .

ومن وجهة نظرنا فإن وجود مجلس المناقصات يعد أيضاً ضماناً أكيدة وكبيرة وهامة جداً للموردين والمقاولين وللجهات المشتريّة في ذات الوقت ، فبحرص المجلس على تحقيق أهداف القانون من خلال إشرافه الكامل على المناقصات الحكومية ومتابعته لكافة إجراءات المشتريات الحكومية بمختلف أنواعها واتخاذها مختلف الإجراءات والقرارات اللازمة لضمان حسن سير عمليات الشراء سواء من ناحية الجهات المشتريّة أو الموردين والمقاولين ، يكون قد أدى الدور المناط به على أكمل

(١) المادة (٢) من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني .

(٢) التقرير السنوي لمجلس المناقصات لعام ٢٠٠٦ ، ص ٦ ، ولعام ٢٠٠٥ ، ص ١١ ، ١٢ .

(٣) جريدة الأيام ، العدد ١٠٦٩ ، الأربعاء ٢٨/٢/٢٠٠٧ .

وجه وأرسى دعائم المساواة وتكافؤ الفرص بين الموردين والمقاولين بما يكفل توافر كافة ضمانات المناقصات العامة بصفة خاصة وأساليب الشراء الأخرى بصفة عامة في مملكة البحرين .

دور دائرة الشئون القانونية بمراجعة العقود الإدارية:

ما يمكن اعتباره ضماناً أخرى هامة تضاف إلى ما سبق من ضمانات ، هي قيام دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين بمراجعة وإبداء الرأي في العقود التي تبرمها الوزارات والمؤسسات والهيئات العامة مع الأفراد والشركات وما يثيره ذلك من مسائل قانونية وذلك بصورة إلزامية . حيث بصدر القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم دائرة الشئون القانونية فقد أصبحت دائرة الشئون القانونية هيئة مستقلة^(١) ، كما أناط بها القانون اختصاصات عدة من بينها مهام الإفتاء القانوني وإعداد وصياغة التشريعات وتمثيل الدولة أمام القضاء ، وإبداء الرأي في العقود التي تبرمها الوزارات والمؤسسات والهيئات العامة مع الأفراد والشركات وفيما يثيره من مسائل قانونية ، ولا يجوز لأية دائرة أو هيئة حكومية أخرى أن تبرم عقداً في موضوع تزيد قيمته على مائة ألف دينار بغير استفتاء الدائرة^(٢).

وبذلك فإن قيام دائرة الشئون القانونية بمراجعة عقود الدولة بصفة عامة والإلزامية الواردة في نص المادة الثانية من القانون المشار إليه بالنسبة للعقود التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بحريني لا شك ضماناً كبيرة أراد من خلالها المشرع أن تتم الموازنة بين الأحكام المتطورة والنزاهة التي اشتمل عليها قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية وبين إجراءات تنفيذ عقود الدولة وذلك من خلال تدقيق ومراجعة المختصين بدائرة الشئون القانونية من مستشارين متخصصين لتلك العقود وبحث مدة توافقها مع أحكام قانون المناقصات المشار إليه وبقيّة القوانين الأخرى ذات العلاقة وبما يحقق المبادئ الأساسية التي تقوم عليها إجراءات المشتريات الحكومية بصفة عامة ، سواء من ناحية الحفاظ على حسين سير وانتظام المرافق العامة والحفاظ وبالتالي على المال العام أو من ناحية تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة والعلانية بالنسبة للموردين والمقاولين .

(١) المادة الأولى من القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ .

(٢) المادة الثانية من القانون المشار إليه .

الخاتمة

أما وقد انتهينا من بحث موضوع المناقصة العامة كضمانة من ضمانات العقد الإداري، فنشير إلى أننا حاولنا دراسة الموضوع من كافة جوانبه المتعلقة بتحقيق الغاية منه على صعيد المقارنة بين التشريعين البحريني والمصري أساساً مع التطرق في بعض المواقع لبعض التشريعات العربية والأجنبية الأخرى، إضافة إلى بيان أوجه الاختلاف الفقهي المدعمة بأحكام القضاء الإداري وفتاوى مجلس الدولة في جمهورية مصر العربية وما استطعنا الحصول عليه من أحكام محاكم البحرين وكذلك فتاوى دائرة الشئون القانونية وقرارات مجلس المناقصات، إضافة إلى القليل من أحكام بعض دول الخليج. وقد توصلنا إلى أن الإجراءات المختلفة للمناقصة العامة ما هي إلا ضمانات مقررّة سواء لصالح الإدارة أو لصالح الموردين والمقاولين.

ولا نريد أن تأتي خاتمة الدراسة بطريقة نمطية كما درج الباحثين عليها من خلال سرد فصول ومباحث الرسالة مرة أخرى، ذلك أن هذه النقاط قد تمّ التعرض لها في مقدمة البحث وفي ثناياه ولا داعي لتكرارها.

ولذلك فإننا سوف نقصر الخاتمة هنا على النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث ثم نختم ذلك بالتوصيات التي نقترحها في هذا الصدد وذلك على النحو التالي:

أولاً - النتائج :

- ١ - إن النظام القانوني للعقود الإدارية حماء المشرع وكذلك القضاء الإداري بسياج من الضمانات الخاصة لطرفي العقد نظراً للطبيعة الخاصة لهذا النظام.
 - ٢ - إن العقود الإدارية ليست من عقود الإذعان.
 - ٣ - المناقصة العامة ما زالت تعد هي الأصل والأساس في توفير احتياجات الجهة الإدارية من سلع أو خدمات أو إنشاءات على الرغم من وجود أساليب شراء أخرى مثل المناقصة المحدودة والممارسة والشراء المباشر، نظراً لما تتضمنه إجراءاتها المختلفة من علانية وشفافية ومحافظة على المساواة وتكافؤ الفرص بين الموردين والمقاولين وحرية المنافسة بينهم، إضافة إلى إنها في ذات الوقت تتأى بالشكوك عن الجهة الإدارية من حيث قصر مشترياتها على أسلوب المناقصة المحددة أو الممارسة أو الشراء المباشر مثلاً، إضافة ما يعكسه أتباع أسلوب المناقصة العامة من التزام جهة الإدارة بالقوانين واللوائح والقرارات في الحالات التي تستوجب ذلك مما يعزز الثقة فيها ومن ثم في الدولة ككل على المستوى المحلي أو الإقليمي أو الدولي.
- وفي الوقت ذاته، تضمن جهة الإدارة الحصول على أكبر عدد من الخيارات سواء من حيث الأسعار أو المواصفات الفنية التي تساعد على تلبية احتياجاتها بالصورة الأفضل، كما أن

سلطة الإدارة في استبعاد وحرمان الموردين والمقاولين ناقصي الخبرة والكفاءة أو سيئي السمعة تعد ضمانات لجهة الإدارة تساعد على القيام بدورها في توفير احتياجات المرفق العام دون مشاكل .

٤- إن العلانية كضمانة لا تتحقق فقط من خلال نشر الإعلان عن المناقصة العامة بل أيضاً من خلال تسبب مختلف قرارات إجراءات المناقصة.

٥- على الرغم من أن مبدأ المساواة بين الموردين والمقاولين يعتبر من أهم المبادئ التي تتميز بها المناقصة العامة، إلا أن هذا المبدأ نسبي وليس مطلق، حيث تنص أغلب القوانين على منع فئات معينة من الشعب من المشاركة في المشتريات الحكومية نأياً بهم عن الشبهات مثل عدم مشاركة الوزراء أو نواب البرلمان أو أعضاء المجالس البلدية أو موظفي الحكومة.

٦- حرية جهة الإدارة في عدم إتمام التعاقد مع المورد أو المقاول الذي تم الإرساء على عطائه وذلك حتى لا يفرض عليها مورد أو مقاول لا ترغب في التعاقد معه نتيجة سوابق مشينة أو نتيجة إلغاء المناقصة للمصلحة العامة سواء إلغاء كلياً أو مؤقتاً.

٧- التأمين الابتدائي فرض لضمان جدية المورد أو المقاول في المشاركة في المناقصة ولضمان ملاءته المالية واستطاعته تنفيذ العقد عند الإرساء على عطائه، وبالتالي حتى يحقق هذا الضمان الغاية من وجوده لا بد أن يكون ذو قيمة مؤثرة بالنسبة للمورد أو المقاول، ولذلك فإن نسبة (١%) من قيمة العطاء تعد نسبة بسيطة لا تمنع الموردين أو المقاولين من الإخلال بالتزاماتهم.

ثانياً - التوصيات :

من خلال النتائج السابقة نخلص إلى التوصيات التالية:

١- إضافة مادة إلى المرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية بحيث تفيد السماح للجهات المشتريّة بالتصرف في شراء احتياجاتها مباشرة دون الرجوع إلى مجلس المناقصات وذلك في حدود مبلغ معين وليكن ٥٠.٠٠٠ (خمسون ألف) دينار .

٢- تعديل المادة (٥٥) من القانون بحيث يستطيع المجلس توقيع جزاء أو أكثر من الجزاءات المنصوص عليها في المادة ، إضافة إلى أن تكون عقوبة الحذف من سجل إجراءات الشراء لمدة معينة فقط ، أو إذا زال سبب الحذف، مع إعادة قيد المحذوف من السجل إذا ثبتت براءته.

٣- تعديل المادة (٢٨) من القانون بإضافة حكم استبعاد العطاء إذا كان غير مصحوب بالتأمين الابتدائي كاملاً . إضافة إلى زيادة نسبة التأمين الابتدائي المنصوص عليها في قرار رئيس مجلس المناقصات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ بشأن أحكام وشروط الضمان الابتدائي وضمان التنفيذ، لتصبح ٣% من قيمة العطاء وإلغاء الحد الأقصى لمبلغ الضمان المحدد في الجدول وحذف عبارة (أيهما أقل) ، والاكتفاء في الإعلان عن المناقصة أو في الدعوة الموجهة للموردين أو المقاولين بالنص

على النسبة المشار إليها أعلاه فقط أو المبلغ المحدد في الجدول لقيمة الضمان الابتدائي وليس الاثنين معاً.

٤- إضافة مواد إلى القانون بشأن فرض غرامة التأخير والتعويض والتفويض على الحساب ، وحالات مصادرة ضمان التنفيذ .

٥- تعديل المادة (٢٤) من القانون بحيث يكون تقديم العطاءات في مزروفين بدلاً من مزروف واحد.

٦- تعديل المادة (٣٧) من القانون بحيث يكون إصدار قرار الإرساء للمجلس فقط. أما الجهة التي يكلفها فعلها تقديم توصية بالإرساء فقط.

٧- تعديل المادة (٨) من القانون بحيث يتضمن تشكيل مجلس المناقصات عضواً قانونياً من دائرة الشئون القانونية وعضواً مالياً من وزارة المالية.

٨- تعديل المادة (١٤) من القانون بحيث يكون للجهاز الفني والإداري نظام إداري ومالي مستقل عن قانون الخدمة المدنية، حتى يستطيع استقطاب الكفاءات الفنية المطلوبة لدعم المجلس في عملية اعتماد المواصفات الفنية وتأهيل الموردين والمقاولين وتقييم العطاءات.

٩- تعديل المادة (٥٦) من القانون بحيث يتم ربط بدء سريان المدة التي يجوز للمورد أو المقاول التقدم خلالها بطلب إعادة النظر بتاريخ نشر القرار على اللوحة المخصصة لذلك بالمجلس أو على موقع المجلس بالإنترنت. حيث أن النص الحالي يسبب بعض الإشكاليات وعدم استقرار المعاملات، لأنه مرتبط بتاريخ العلم بالإجراء أو القرار، وهذا العلم قد يمتد لشهور إذا لم توضع له ضوابط.

ويعمل ذات الشأن بالنسبة لنص المادة (٥٧) من القانون بشأن طلب التظلم.

١٠- إضافة مادة إلى القانون تنظم كيفية إرساء المناقصة في حالة تساوي الأسعار أو عدم تمكن مورد أو مقاول واحد من تنفيذ العملية.

١١- إضافة فصل خاص بالمزايدات إلى القانون، وتغيير المسمى ليصبح قانون تنظيم المناقصات والمشتريات والمزايدات الحكومية.

١٢- إضافة مواد خاصة إلى القانون تنظم شراء واستئجار العقارات.

١٣- تشكيل لجنة لتقييم العطاءات أو لإعادة التقييم في مجلس المناقصات تتكون من كفاءات مؤهلة .

١٤- معالجة حالات تأخير الجهات المشتريّة في تقييم العطاءات إلى ما بعد انتهاء صلاحية العطاءات وما يسببه ذلك من خسارة للمال العام عندما يطالب الموردون والمقاولون بزيادة أسعار عطاءاتهم.

١٥- تحديد معايير الجودة للمشتريات الحكومية من خلال قوائم يتم الالتزام بها من قبل موظفي المشتريات وكذلك الشركات الاستشارية التي تقوم بإعداد المواصفات الفنية.

١٦ - التنسيق فيما بين المجلس والجهات المشترية بشأن الموردين والمقاولين وسابقة أعمالهم وملاءتهم المالية والفنية، حتى يتم التعاقد مع شركات ومؤسسات تستطيع إنجاز الأعمال بكفاءة وخلال المهلة المحددة.

تم بحمد الله ،،،

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

١ - المؤلفات العامة:

- د. إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارنة مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤، مكتب الفلاح، الكويت ١٩٨١.
- د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- د. أحمد عبداللطيف إبراهيم: شرح التنظيم القانوني للمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الناشر: المتحدون، القاهرة، ٢٠٠٤.
- د. أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.
- د. أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- د. أنور أحمد رسلان: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، العددان ٣، ٤، السنة ٤٨، ديسمبر ١٩٧٨.
- د. جمال عثمان جبريل، د. إبراهيم محمد علي: العقود الإدارية، آثار العقد الإداري وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، ٢٠٠١-٢٠٠٢.
- د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ١٩٩١.
- د. سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ٢٠٠٧.
- د. شحاته أبوزيد: مبدأ المساواة في الدساتير العربية، بدون دار نشر، ٢٠٠١.
- د. عاطف سعدي محمد: عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، بدون دار نشر، ٢٠٠٥.
- د. عبدالحميد الشواربي: العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة منقحة للمستشار أحمد مدحت مراغي، ٢٠٠٣.

- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عقد التأمين، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة منقحة للمستشار أحمد مدحت مراغي، ٢٠٠٣.
- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام- التنفيذ- المنازعات، في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. عبدالغني بسيوني عبدالله: النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. عبدالله الوهيبي: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بدون دار نشر، ٢٠٠٢.
- د. عبدالله حنفي: العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، ١٩٩٩.
- د. عبدالمجيد الفياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٧٥.
- د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د. عصمت عبدالله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- د. عمر أحمد عبدالنعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. مازن ليليو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والقانون المقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. ماهر راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. مجدي مدحت النهري: مبدأ المساواة في الحقوق العامة، مكتبة الجلاء الحديثة بالمنصورة.
- د. محمد أحمد عبدالنعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د. محمد رفعت عبدالوهاب: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي القانونية، ٢٠٠٣.
- د. محمد سعيد أمين: دراسة مقارنة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٢.
- د. محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون سنة نشر.

- مستشار حمدي ياسين عكاشة: العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس)، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
- د. مصطفى عبدالمقصود سليم: معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دراسة في أحكام القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د. منصور محمد أحمد: العقود الإدارية، الجزء الأول، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، ٢٠٠٠.

٢- المؤلفات المتخصصة :

- د. أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢.
- المستشار أحمد منصور ، الأستاذة نجوى بكر : موسوعة المناقصات ، دراسة عملية تفصيلية لنصوص قانون المناقصات العامة والنصوص المرتبطة به في ضوء فتاوى إدارة الفتوى والتشريع وأحكام القضاء بدولة الكويت ، طبعة ٢٠٠٤ .
- المستشار فتحي عطية السيد مصطفى: الحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، بدون دار نشر، ٢٠٠٦.
- د. جابر جاد نصار: المناقصة العامة (دراسة مقارنة) في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونسترال"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د. حسن محمد هند، د. محمد علي حسن: الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٤.
- رفيق محمد سلام : الجديد فقها وقضاءً في شرح قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وآخر تعديلاته بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية .
- د. صلاح الدين فوزي: قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- د. عبدالحكيم أحمد محمد عثمان : المناقصات وأحكامها في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
- د. عبدالرؤوف جابر: ضمانات المشاريع الإنشائية العامة، المناقصة-الإستثناءات الواردة عليها-العقد-الكفالات-ضمانات الإدارة-التأمين.(دراسة قانونية مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- د. علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.

- د. محمد السناري: التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د. محمد أنور حماده: قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٣.
- د. محمد ماجد محمود: دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. محمد ماهر أبو العنين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، دراسة تحليلية لآراء الفقهاء وأحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الأول والكتاب الثاني، بدون دار نشر، ٢٠٠٣.
- د. محمود محمد علي صبره: إعداد وصياغة العقود الحكومية بالعربية والانجليزية، بدون دار نشر، ٢٠٠٤.
- موريس صادق: قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
- د. نبيل إبراهيم سعد: الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦.

٣- الرسائل العلمية :

- د. السلال سعيد الهويدي: أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، ١٩٩٨.
- د. أيمن جمعة: آثار عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق.
- د. جمال عباس أحمد عثمان: العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية.
- د. حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.
- د. عبدالفتاح صبري أبو الليل: أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، دراسة دكتوراه، جامعة طنطا، ١٩٩٣.
- د. مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.
- د. نصر الدين محمد بشير: غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تفسير المرفق العام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

- وليد سعود فارس القاضي: الجزاءات في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٠.

٤ - الأبحاث والمقالات :

- د. سميحة القليوبي: النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير، مجلة العلوم والاقتصاد، العددان ١، ٢، مارس - يونيو ١٩٧٢، السنة ٤٢.
- د. عبدالحفيظ عبدالله عيد: أهمية قانون المناقصات الكويتي في تحقيق الوفرة في النفقات العامة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ١٩، يونيو ١٩٩٥.
- د. عبدالحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٦٢، سنة ٦٦، ١٩٧٥.
- د. عمر أبوبكر باخشب: النظام القانوني لعقود الامتياز، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٩٤، العدد ٦٤.
- محمد عبدالله حمود: النظام القانوني لإبرام العقد الإداري عن طريق تقنية المناقصات (دراسة مقارنة بين التشريعين الإماراتي والبحريني)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، العدد الأول، ٢٠٠٥.
- د. مصطفى المتولي: عرض ومراجعة لائحة المناقصات العامة للهيئة العامة للإسكان، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، يونيو ١٩٨٩، العدد (٢)، السنة ١٣.
- د. نبيل أحمد سعيد: الطبعة القانونية لعقد الامتياز البترولي، مجلة مجلس الدولة، السنوات من الثالثة عشرة إلى الخامسة عشرة، ١٩٦٦.
- د. صالح ياسر: بعض إشكاليات المجتمع المدني والمجتمع السياسي والديمقراطي.
<http://www.a.oacademy.org/wesime-articles/library-29060308-396.html>

٥ - مجموعات الأحكام والفتاوى:

- المختار من الأحكام الصادرة في قضايا جهات الإدارة - إصدارات دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.
- المختار من فتاوى دائرة الشئون القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، من أول أكتوبر ١٩٩٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ١٩٥٥-١٩٦٥.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، أكتوبر ١٩٦٠-١٩٦١.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، أبريل ١٩٥٧-سبتمبر ١٩٥٧.

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، أكتوبر ١٩٥٩ - سبتمبر ١٩٥٧.
- الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، الجزء (٣٥) من عام ١٩٨٥ حتى عام ١٩٩٣، إشراف د. نعيم عطية، أ. حسن الفكهاني، الدار العربية للموسوعات.
- الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، الجزء (٤٩) من عام ١٩٩٣ - ١٩٩٧، إشراف مستشار حسن الفكهاني، ود. نعيم عطية والمحامي عبدالمنعم بيومي، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، الدار العربية للموسوعات.
- مجلة القضاء والقانون - محكمة التمييز الكويتية، المكتب الفني، السنة ٢١، نوفمبر ١٩٩٧، الجزء الأول.

٦- التشريعات :

أ - الدساتير :

- دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢.
- دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١.
- دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢.
- دستور دولة قطر لعام ٢٠٠٤.
- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١.
- نظام الحكم في المملكة العربية السعودية لعام ١٤١٢هـ.
- دستور سلطنة عمان لعام ١٩٩٦.
- دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٥٣.
- دستور الجمهورية العربية السورية لعام ١٩٧٣.
- دستور الجمهورية اللبنانية لعام ١٩٢٦.

ب - القوانين والقرارات :

- القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
- المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني.
- القانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم دائرة الشؤون القانونية.
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، جمهورية مصر العربية.
- قانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة الكويتي.

- مرسوم سلطاني رقم ٨٤/٨٦ بإصدار قانون ونظام المناقصات الحكومية/ عمان.
- القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات/ قطر.
- نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ بتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ / المملكة العربية السعودية.
- نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٢٢٨) بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٣/ سوريا.
- القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة/ الإمارات العربية المتحدة.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

١ - المؤلفات العامة والمتخصصة :

- Lavrent Richer: DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS.L.G.D.J.4e edition 2004.
- GLIOZZO T: L'utilities de critere additionnels dans La passation des marches publics par apples D'offres, AJDA.2004.
- John cibinic,Jr/Ralph C.nash,jr.
FORMATION OF GOVERNMENT CONTRACTS (third Edition) 1998.
(The Gorge Washington University).

٢ - التشريعات :

أ - الدساتير :

- France: Constitution of 4th October,1958.
- Germany: Constitution of 23rd may,1949.
- Italy: Constitution of 22nd Dec,1974.
- Japan: Constitution of 3rd Nov,1946.
- Malaysia: Constitution of 27th Aug,1957.

ب - القوانين :

- Ireland: public procurement,1994 Edition.
- Virginia: Virginia public procurement Act.
- France: public procurement contracts code,1996.
- Pakistan: public procurement rules,2004.
- Poland: public procurement Law,2004.
- China: Government procurement Act.1998.
- Singaphore: public procurement law,1997.
- USA: Federal Acquisition Regulation as of Jan 2004.

ثالثاً- مواقع شبكات الانترنت :

- <http://www.pcc.gov.tw/content/purchase/gov/purchase law/government-procu>.
- <http://www.pakistan.gov.pk/divisions/seience and technology research-division/media/public-procurement-rules-2004.htm>.
- <http://www.sigmaweb.org/datoecd/52/53/350/5461/pdf>.
- <http://195.83.177.9.upi.pdf/code-28.pdf>.
- <http://statues.agc.gov.sg/non-rersien/cgi-bin-proetoc.pi>.
- <http://www.eva.state.Va.us/dps/mamuals/docs/vppa.htm>.
- <http://www.Fpp.ie/pdf/green20%Book.pdf>.
- www.amanjordan.org/c1egypt.htm.
- <http://www.a.oacademy.org/wesime.articles/libarary.29060308-396.html>.
- www.mofa.gov.qa/details.cfm.
- www.emasc.com/content.nsp.contentid.
- <http://ar.wikisource.org/wiki/>.
- www.amannet.net/look/gaqui/laws/jordanian.constitution.htm.
- www.parliament.gov.sy/ar/law.php.
- <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>.
- <http://www.psr.keele.ac.uk/docs/german.htm>.
- <http://www.servat.unibe.ch/law/Iciioooo-html>.
- <http://www.solon.org/constitutions/japan/English/english-constitution.html>.

Abstract

The Public Tender as a Security for the Administrative Contract (comparative, originative and analytical study)

The process of formation of administrative contracts is considered as one of the means by which the administrative authority exercises its activity. This process mainly depends on the question to what extent the administrative authority will adhere to the applicable legal rules of contracting and to the settled principles relating to formation of the administrative contract, including formal procedures prior to formation of contracts, the restrictions for determining the other party contractor and finally the signature of contract.

The administrative authority , in order to achieve public interest, tries to engage with eligible and capable contractors who can diligently and efficiently execute their obligation, since such contractors are co-operating with the administrative authority to maintain better operation and regularity of the public sector under management.

Since the selection of contractors is an important preliminary step in the process of formation of the administrative contract, most of the legislations procure sufficient securities in relation to it, whether that securities are decided in favour of the administrative authority (which is the vast majority) or in the favors of the contractors.

The public tender as one of the methods by which the administrative authority chooses with whom to engage is considered as an important and main method for disposal of governmental assets because it consists of procedure procures equality , equal opportunities and openness. Such principles are considered as part of the numerous securities maintained by the public tender procedures.

For this reason we selected our research to be (the public tender as security for the administrative contract. (Comparative, originative and analytical study).

We divided our research into five chapters. We tackled the matter as follows: in the first chapter the nature of the administrative contact, in the second chapter the rules of the public tender, in the third chapter the authority of the administration to exclude or prevent as a security, in the fourth chapter the securities and the fifth chapter the securities in the stage of tenders' evaluation.

We tackled the research mainly in light of Bahraini and Egyptian legislations in addition to some of Arabic and Foreign legislations. We also referred to the

general principles, the judicial precedents, the legal opinions given by Bahrain courts and the Directorate of Legal Affairs and the rules and opinions given by the Egyptian State Council.

As a result of our research we have noticed the followings:-

- 1- The legal system of the administrative contracts has been maintained by the legislature and the administrative courts with a series of securities in respect of the parties to the contract, due to the unique nature of this system.
- 2- The public tender is still the main method by which the administrative authority procures its needs with respect to commodities, services and construction.
- 3- The principle of equality in the administrative contracts subjects to the comparative criteria, not the absolute one.
- 4- The administrative authority is at liberty not to conclude the contract with the supplier or the contractor on whom the tender has been adjudicated.

Also we have come to specific advices, out of which the followings are the most important:-

- 1- To create a new section in the Governmental Tendering and purchasing Act, in order to enable the buyers to pay directly within the limit of B.D 50,000/- without recourse to the Tender Board.
- 2- To amend section (28) of the law in order to exclude any tender unless it is accompanied with the initial bond.
- 3- To create new sections relating to imposition of delay fine, compensation, buying in against and confiscation of performance bond.
- 4- To amend Section (24) to the effect that the tender should be submitted in two envelopes instead of one envelop.
- 5- To amend section (14) to the effect that the administrative and technical body of the Tender board should enjoy an independent financial and administrative system.
- 6- To add an article to organize the settlement of tenders referral if equal prices were submitted, or in the case of a contractor's non ability to perform the purchase.
- 7- To create a new chapter relating to Auctions.

- 8- To create a qualified committee in the Tender Board with authority to evaluate or re-evaluate the tenders.
- 9- To ascertain quality criterion for the governmental commodities by way of preparing lists to be considered by the commodities officials and the consulting companies which prepare the technical specifications.

**Kingdom of Bahrain
Gulf University
College of Law**



**The Public Tender as a Security for Administrative
Contract (comparative, Originative and analytical study)**

A Thesis submitted to the College of Law/Gulf University in
partial Fulfillment of the requirements for the Degree of Master
of Science in Administrative Law.

Malallah J. A. Al-Hammadi

Supervision:

Dr. Ali Abdul-Fattah

2007