

المبحث التمهيدي

مفهوم المناقصة وطبيعتها القانونية وصورها

تمهيد وتقسيم:

مما لا شك فيه أن تعاقد المؤسسة مع المقاولين أو الموردين عن طريق المناقصة يحد لدرجة كبيرة من الفساد الإداري، ويؤدي إلى تحجيم ظاهرة الفساد والرشوة؛ لأن التعاقد عن طريق المناقصة التي يوجب القانون بتطبيق ضوابط عديدة وشديدة قد يصعب تمرير الرشوة والفساد من خلاله، فهناك مبدأ المنافسة ومبدأ العلانية، وهناك اللجان العديدة التي تتولى فحص العروض وتحليلها وإحالتها للأفضل منها.

ولكون المناقصات الحكومية تتمتع بنظام قانوني، متميز بمفهومه وخصائصه وشروطه ونطاقه، ثم آثاره التي أخذت بالانتشار والاتساع من حيث الصيغ والنطاق والمميزات، فلم تعد المناقصة مقتصرة على بعض أنشطة أعمال الإدارة الخاصة بالمرفق العام، وإنما تجاوزته إلى خارج القطر، فباتت الإدارة تحتاج تنفيذ مشاريع كبرى جاهزة أو نقل المعرفة أو نقل التكنولوجيا وتدريب الكوادر لتأمين الاحتياجات وتوريد السلع والخدمات التي معظمها تتعاقد الإدارة عليها بأسلوب المناقصات، ولا بد من التعرف إلى مفهوم المناقصة الحكومية وطبيعتها القانونية مع التطرق إلى أنواع المناقصات.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول مفهوم المناقصة وطبيعتها القانونية، ونخصص المطلب الثاني لبيان صور المناقصة، والمطلب الثالث نوضح فيه الأساليب التعاقدية المشابهة للمناقصة.

المطلب الأول

مفهوم المناقصة

إن محاولة تحديد مفهوم المناقصة يتطلب بيان المقصود بالمناقصة من الناحيتين اللغوية والفقهية أولاً، وتحديد مفهومها من الناحية القانونية ثانياً، وهذا ما سنفعله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

مفهوم المناقصة من الناحيتين اللغوية والفقهية

أولاً- المفهوم اللغوي للمناقصة:

المناقصة هي إحدى مشتقات الفعل نقص وينقص نقصاً، ويُقال نقص الشيء؛ بمعنى ذهب البعض منه، وهو ما نستمد من قوله (تَنْقُصُهَا مِنْ أَطْرَافِهَا)^(١).

ونقص الشيء فهو منقوص، وهو يعني أيضاً الخسران في الحظ تطبيقاً لقوله تعالى: (وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ)^(٢).

ويقصد بالمناقصة لغوياً النقص، والنقص يعني الخسران والحط من الشيء والتقليل منه، واستنقص المشتري الثمن، أي استحط منه^(٣).

ويتفق المعنى اللغوي مع طبيعة المناقصة؛ باعتبارها تقوم على التنافس على مَنْ يحط أكثر من سعر العطاء.

ثانياً- مفهوم المناقصة من الناحية الفقهية:

عرّف الفقه الإسلامي المناقصة قياساً بمقارنتها بشقيقتها (المزايدة)، باعتبارها إحدى طرق التعاقد، لا سيما في البيوع والأعمال الأخرى، وأطلق عليها الفقهاء المسلمون بيع مَنْ يزيد، وهم يستندون في إقرارها إلى ما رُوي عن الرسول (ﷺ) بإجازته لها عندما باع (عليه الصلاة والسلام) قدحاً وحلساً تعودان له بالمزايدة^(٤).

(١) انظر: سورة الأنبياء الآية ٤٤.

(٢) انظر: سورة البقرة الآية ١٥٥.

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور، ج٣، ص ٧٠٤، دار لسان العرب، بيروت - لبنان، وانظر كذلك: عاطف محمد حسين، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة جامعة غزة، ٢٠٠٢ ص ٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، لأبي بكر مسعود بن أحمد الكاساني، ج٥، ص ٢٣٢؛ حيث رُوي عن أنس بن مالك أن الرسول (ﷺ) باع قدحاً وحلساً (كسوة توضع على ظهر البعير) بالمزايدة، فقد سأل الحاضرين عمّن يريد شراءهما، فقال أحدهما: هما عليّ بدرهم، فقال (ﷺ) مَنْ يزيد على ذلك، وكرر السؤال، فعرض عليه رجل آخر شرائهما بدرهمين، فباعهما (ﷺ).

وإذا كان الفقهاء المسلمون يجيزون البيع بالمزايدة، ويحثون عليه استحساناً باعتباره بيع الفقراء وحاجة المسلمين إليه، فإنهم تنبهوا إلى ضرورة تمييزه عن بيع "المستام" وبقيّة البيوع المكروهة التي نهى عنها الرسول (ﷺ)^(١).

ويجيز العديد من الفقهاء من المسلمين المحدثين مطالبة المشتري في المناقصة (أو المزايدة) تقديم الضمان المالي؛ لإثبات جديته في الاشتراك فيها، على أن يعود له عند عدم رسو المناقصة عليه، وبالمقابل احتسابه كجزء من الثمن فيما لو رسي المزاد عليه^(٢).

كما أجاز بعضهم الشرط الجزائي (أو الغرامة التأخيرية) التي تضعها الجهة طالبة المناقصة (المزايدة) لضمان حسن واستمرار العمل^(٣)، وأفتت بعض المؤسسات بجواز ذلك^(٤).

ويستند القائلون بإجازة المناقصة - إضافة للأثر عن الرسول (ﷺ) - إلى ما قاله عطاء: "أدركت الناس لا يرون بأساً ببيع المغانم لمن يزيد"^(٥).

وتقوم المناقصة في الفقه الإسلامي على عرض ربّ العمل التعاقد على عمل معين عن طريق المناقصة، ودعوة الناس للاشتراك في السوم، فإذا توالى العروض، فإن القبول يكون لصاحب العطاء الأقل، وعندها يتم التعاقد معه مع ضرورة الاحتراز في حقيقة المقاصد في تلك العملية، والتأكد من كونها ليست صورية، أو أن إجراءاتها كان بالمواضعة بين بعض المتقدمين ولا هي بقصد الإضرار بأحد.

(١) انظر: الزيلعي الحنفى، تبيين الحقائق، الجزء الخامس، شركة التراث للنشر، ١٩٠٠، ص ٢٣٢؛ حيث نهى الرسول (ﷺ) عن بيع النجش والمستام، بقوله (لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا خطب على خطبة أخيه...).

(٢) انظر: بحث الشيخ محمد علي التسخيري (المناقصات في الفقه الإسلامي) المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، المنعقدة في أبوظبي بتاريخ ١٤١٦/٦/٥ هـ المصادف ١٩٩٦ م.

(٣) انظر: مصطفى الرزق، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص ٧١١.

(٤) انظر: الهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، ج١، ص ٢١، و٢٢، ص ٢٢٠، ودار الافتاء المصرية. وكذلك انظر في ذلك: عاطف محمد حسين، المرجع السابق، ص ٤١. ويرى البعض أن المطالبة بالشرط الجزائي شرعاً في حالة امتناع المناقص على تنفيذ التزامه، أما في حالة التأخير فلا يجوز المطالبة به؛ لأنه يكون في حكم ربا النسئنة، درفيق يونس المصري في بحثه عن (مناقصات العقود الادارية)، عقود التوريد والاشغال العامة، منشور في مجلة الفقه الاسلامي، ابو ظبي، العدد التاسع، سنة ١٩٩٦ م.

(٥) انظر: بحث الشيخ محمد علي التسخيري، المرجع السابق، ص ١٦٩.

الفرع الثاني

مفهوم المناقصة من الناحية القانونية

تمثل المناقصة - قانوناً - إحدى وسائل التعاقد التي يتوسم بها المتعاقدان إلى إبرام عقد، ويُعرّف بعض الشراح المناقصة باعتبارها عملية إحالة على صاحب أقل العروض^(١).

ونرى عدم دقة هذا التعريف وشموليته، فهذا التعريف ينصب على قرار إحالة المناقصة، وهو ما يمثل المرحلة الأخيرة للمناقصة، فالإحالة من جانب المؤسسة لا تعني سوى القبول بها، ومثل هذا القبول لا يعبر عن العقد كاملاً، إنما يمثل أحد عناصره.

ويعرّفها آخرون بأنها طريقة بمقتضاها تلتزم الأطراف باختيار أفضل من يتقدم للتعاقد شروطاً^(٢)، ولا يسلم هذا التعريف من النقد، فلا يوجد إلزام على أي من الطرفين في ذلك الاختيار، كما أن أحد الطرفين (المؤسسة) هو الذي له اختيار أفضل العروض وليس الطرفين فمصلحة كل من الطرفين تتعارض مع بعضها.

بينما يعتبر الفقيه الكبير "الطماوي" المناقصة طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدم للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أو من حيث الخدمة المطلوبة أداؤها^(٣).

ونرى أن هذا التعريف يقتصر على المناقصات العامة التي تشكل الإدارة أحد طرفيها، كما نرى أن التفضيل الذي أشار إليه، كأساس قد يشكل تعارضاً فلا وجه للمفاضلة بين السعر الأقل والعمل الأجود.

وإزاء ما تقدم، يمكننا تعريف المناقصة بأنها وسيلة من وسائل التعاقد تتم وفق إجراءات معينة يكون بموجبه للقابل (رب العمل) اختيار العرض الأفضل من بين العروض المقدمة من الطرف الآخر (المناقص) والقبول به والتعاقد على ضوء ذلك، وغالباً ما يشار إلى أتباع هذه الصيغة عندما ينصب محل العقد على شراء أو استئجار أو توريد أو مقاوله... إلخ.

(١) انظر: د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، عمان، ١٩٩٩، ص ٦٦.

(٢) انظر: الشيخ حسن الجواهري، مناقصات عقد الاحتياط، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد التاسع، ١٩٩٦، ص ٢.

(٣) انظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٣٩.

ومما لا شك فيه أن التعاقد بطريق المناقصة يشكل إحدى صيغ التعاقد التي يتمخض عن إتمامها إبرام العقد الذي يريد رب العمل (المؤسسة) إبرامه، مع أحد المناقصين، يعرض كل منهم القيام به بناءً على الدعوة الصادرة من قبلها.

وإذا كانت المناقصة تمثل الصيغة الأكثر شيوعاً لإبرام بعض العقود التي تبرمها مؤسسات القانون العام لتأمين أعمالها وخدماتها، فإن تلك الوسيلة تبقى مهمة وضرورية بذات القدر عندما يزعم أحد أشخاص القانون الخاص، من مؤسسات وشركات وأرباب عمل، البحث عن متعاقدين يلبوا طموحاتهم ويؤمنوا طلباتهم من حيث الجودة والسعر، سواء أكان أولئك المناقصون من المناقصين المحليين أو حتى ممن يعرضوا الاشتراك فيها من خارج القطر.

والتسليم بهذه الحقيقة يدفعنا للقول بأن المناقصات لا تعتبر نظاماً أو صيغة مقتصرة أو محصورة بإطار القانون العام دون غيره، فقد تتعاقد الإدارة مع أحد المتعاقدين بشكل مباشر (دون إجراءات المناقصة)، وقد تقدم إحدى المؤسسات الخاصة على التعاقد مع الآخرين عن طريق دعوة العديد من المناقصين واختيار أحد العروض المقدمة. فالمناقصات - إذن - ليست حكراً على هذا الطرف دون غيره، ولا هي ميدان محفوظ للقطاع العام يحظر على القطاع الخاص الولوج إليه؛ فهي وسيلة من وسائل التعاقد يلجأ إليها أولئك الذين يرغبون بالتعاقد مع الغير على نحو الشفافية ودفعاً لشبهة الفساد وإقراراً لمبدأ التنافس^(١)، سواء أكانوا من القطاع العام أو الخاص.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للمناقصات

لا شك أن التأمل في مثل هذه العقود والإجراءات والمراحل التي تمر بها تفرض علينا العديد من التساؤلات عن الطبيعة القانونية لهذه العملية، فقد يتساءل البعض عما إذا كانت تلك الإجراءات والمراحل التي سنعرض لها لاحقاً، مما تدخل ضمن إجراءات التعاقد النابعة من مبدأ سلطان الإدارة ورضا الطرفين، أي هل تنبع عن نظام مقرر مسبقاً بلوائح معلنه تضعها المؤسسة أو (الإدارة) يتوجب على المناقص الالتزام بها حتماً، والتقييد بنظامها على نحو يجعله أسيراً للقبول بما ورد فيها دون اعتراض أو تعديل أو العزوف عنها، أم أنها وسيلة للتعاقد تخضع للقواعد العامة في التعاقد التي تعطي

(١) انظر: مقال لجيسون بي ميتشاك، مكافحة الفساد في المناقصات الذي ألقاه في مجلس إدارة وكلاء الشفافية وكيانات التعاقد المنشور على الإنترنت، ٢٠٠٥، ص ١٠، على الموقع التالي:

<http://www.trace.org>.

للأطراف حرية التعاقد بعد الدخول بالمناقشات والمفاوضات وإبداء الرأي، من حيث تعديل محل العقد أو إضافة بعض الشروط أو حذف بعضها، وحرية كل منهما برفض التعاقد عند انتفاء توافقهما.

ونرى دون التعرض لمزيد من المناقشات والحجج الفقهية، أن المناقصات هي تصرف قانوني عقدي تتطلب توافر القواعد والأركان العامة لأي عقدٍ من العقود الأخرى، ولا يقدح من هذا التكييف القانوني تمتع أحد الطرفين بمركز اقتصاديٍّ أو ماليٍّ أو إداريٍّ أقوى من الطرف الآخر، فذلك لا يؤثر على طبيعة التصرف القانوني الذي يتفق الطرفان عليه، إنما يكون له بعض الصدى في مراحل التنفيذ اللاحقة.

كما لا يمكن اعتبار عقود المناقصات مما تنطوي تحت نطاق عقود الإذعان التي يسلم الموجب فيها بالشروط التي يضعها القابل مقدماً دون نقاش، فالمناقص سواء قدم عرضه بالاشتراك بالمناقصة لأحد أشخاص القانون العام أم الخاص له الحق في المناقصة بالتحفظ والرفض والتعديل... إلخ.

ولا يغير من هذا التكييف وضع رب العمل شروطاً معينة ينبغي على المناقص التقيّد بها وخضوعه للتعليمات التي تصدر عنه، للمناقص الحق بتعديل تلك الشروط وتقديم التحفظات عنه، وله التحلل من المناقصة والانسحاب منها عندما يوجد ما يببرر ذلك قانوناً^(١).

وما دما قد سلمنا بأن المناقصة ذات طبيعةٍ عقديةٍ، أمكننا التساؤل عما إذا كانت المناقصة ناتجة عن عقدٍ واحدٍ أم هي نتاج عدة عقود، وبصيغةٍ أخرى هل أن عقد المناقصة من العقود البسيطة أم أنها من العقود المركبة، فعلى المناقص الذي يزعم التقدم للمناقصة أن يشترى من (المؤسسة) أولاً، الوثائق والشروط الخاصة بالمناقصة، ثم عليه إرفاق خطاب ضمان مصرفي، وهو إجراء عقدي يبرمه المناقص مع أحد المصارف لمصلحة (المؤسسة)، وأخيراً قد يكون المناقص صاحب العطاء الأفضل فيفوز بالتعاقد بعد رسو المناقصة بعهدته.

ونرى أن تعدد مثل هذه التصرفات القانونية لا تحول دون اعتبار عقد المناقصة من العقود البسيطة وليست المركبة، فليست تلك التصرفات إلا إجراءات تسبق التعاقد وتعتبر من متممات العقد، فهي مرتبطة بالعقد الأساسي النهائي الذي يبرم مع المناقص الفائز بالمناقصة، فقد لا يحول عدم إتباعها إلى قيام عقد المناقصة ذلك أن وجود بعضها لا يستلزم وجود البعض الآخر (رغم أنها غالباً ما تكمل بعضها البعض)، فهي ليست مرتبطة مع بعضها على نحو ضروري لا بد منه بحيث يتوقف وجود العقد على وجودها،

(١) انظر: د. حسن على الذنون ود. محمد سعيد الزحو، النظرية العاملة للالتزام /مصادر الالتزام، عمان، ٢٠٠٣، ص ٦٠، ود. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج٢، ص ٢٧٠.

وينتهي بانتفاء أحدها، فبإمكان المناقص تقديم تأمينات نقدية تضمن له الدخول للمناقصة، وله أن يشترى الشروط العامة للمناقصة ويعزف عن التقدم إليها، دون أن يكون له حق المطالبة بإعادة ثمن كراسة الشروط والوثائق لعدم إتمام عقد المناقصة، وليس بوسع المناقص أن يفرض على رب العمل إحالة المناقصة عليه ما دام يشترى نسخة من الشروط وقدم خطاباً بالضمان المطلوب^(١).

المطلب الثاني

صور المناقصات المختلفة

لما كانت المناقصات العامة تقوم على مبدأ "آلية إرساء المزاد أو المناقصة" بتقييد حرية الإدارة في الاختيار إلى أقصى حد، فقد تكشف عن العمل بها الكثير من العيوب، ونحن نعلم أن المناقصات تهتم بكلا من الاعتبارات المالية والفنية، بحيث تقيم التوازن بين السعر والجودة، إلا أن التطبيقات المادية العملية كثيراً ما تؤدي - مع الأسف - إلى التضحية بالكيف في سبيل الكم، بتركيز الاهتمام على المسائل المالية دون اعتبار كافٍ بمسألة الجودة ومواصفات الواردة فعلاً في قائمة الشروط، مما دفع المشرع إلى إجازة^(٢) تنوع طرق المناقصات بقصد منح الإدارة قدراً أكبر من الحرية. وهذا، دفع المشرع في القوانين المقارنة للنص على صور أخرى بخلاف المناقصات العامة أو المفتوحة، وتتمثل هذه الصور في المناقصة المحدودة والمحلية، والمناقصة على مرحلتين. وبناءً على ما تقدم، سوف نقوم بدراسة هذه الصور في ثلاث فروع متتالية، وذلك على النحو التالي:-

الفرع الأول

المناقصة المقيدة أو المحدودة

تعتبر المناقصة المحدودة أو المقيدة أحد الاستثناءات على قاعدة عمومية العطاء المناقصة، ويمكن تحديد مفهومها أو تعريفها بأنها: "تلك المناقصة المقيدة بعدم ترسيبها إلا على إحدى الجهات (شركات مؤسسات) المعروفة مسبقاً لدى الجهة صاحبة المناقصة"^(٣).

(١) انظر: د. رفيق المصري: مناقصات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٧؛ حيث ذهب الأستاذ الدكتور المصري إلى عكس هذا الرأي؛ فهو يرى أن عقد المناقصة عقد مركب، ويدخل فيه عدة عقود، منها عقد بيع وثائق ومناقصات العقود الإدارية، ويؤيده في ذلك الأستاذ عاطف محمد حسين، مرجع سابق، ص ٤٢/٤؛ حيث يرى الباحث أن المناقصة هي منظومة في العقود، وليست عقداً واحداً.

(٢) انظر: د ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الكتب الجامعية الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٦٢ - ٦٣.

(٣) انظر: د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، ط ١، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١.

وتعتمد على الإرساء التلقائي على السعر الأقل، ولكن المنافسة فيها تكون مقيدة بحيث لا يدخلها إلا المرشحون الذي اختارتهم الإدارة؛ نظراً لكفاءتهم الفنية والمالية في موضوع التعاقد، وذلك لأن محل العقد يكون ذا طبيعة تقنية خاصة^(١)، كما أجاز القانون للإدارة وضع شروط معينة يجب توافرها في المتقدمين بالعطاءات. كما أجاز لها أحياناً الذهاب إلى أبعد من ذلك بقصر المنافسة على الأشخاص الذين تختارهم الإدارة مقدماً، وتدون أسماءهم في قوائم معدة لهذا الغرض، وليس القصد من ذلك هو الاعتداء على مبدأ حرية المنافسة مع ما له من أهمية في إنجاح طريقة المناقصات والمزايدات، وإنما ضمان حد أدنى من الجودة في الأداءات المقدمة، كما أن الإدارة تنقيد في بعض المناقصات باعتبار اجتماعية أو اقتصادية.

إذن، فالاعتبار المعتمد بالاختيار شخصي على فئة محددة من الأشخاص (المقاولين) أو البيوت التجارية المعتمدة أسماؤهم في قوائم تعدها الوزارات أو الجهات الحكومية المختصة لقدرتها في تنفيذ نوع معين المشاريع^(٢). وتعد هذه القوائم المعدة بناءً على توافر شروط فنية معينة تقررها الإدارة، ولا يحق لمن هم خارج هذه القوائم أو السجلات المشاركة إلا في حالات استثنائية. وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في حالة الضرورة أو لاعتبارات تعود إلى طبيعة المشروعات التي ترغب الإدارة في إنجازها، والتي تتطلب قدراً من الخبرة والكفاءة^(٣). لذلك تعتمد على هذا الأسلوب في إنجازها، والتي تتطلب قدراً من الخبرة والكفاءة^(٤)، لذلك تعتمد على هذا الأسلوب بالنسبة للمشروعات الضخمة أو التي تتعلق بتكنولوجيا حساسة أو ذات أهمية كبرى كإنشاء ميناء جوي أو بحري أو مفاعل نووي ذري، والتي يقتصر الدخول فيها على شركات تملك خبرات كبيرة في مجالات نادرة. ويجوز للإدارة بعد إدراج اسم أحد المقاولين في القائمة، وبعد شرائه وثائق المناقصة فعلاً، شطب اسمه من القائمة طالما كان هذا التشطيب يستهدف المصلحة العامة^(٥) بضرر ما.

(١) انظر: المادة (الأولى) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) انظر: د. محمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٦٥.

(٣) انظر: د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩، ص ٤٧٧.

(٤) انظر: د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، بلا دار نشر، ٢٠٠٨، ص ٦٣٨.

(٥) انظر: د. حيدر طالب الأمانة، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية بالعراق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٩، ص ١١٠.

ومن مميزات أسلوب المناقصة المحدودة، أن الإدارة تقوم بدعوة المناقصين، بإرسال الدعوة إليهم بالبريد المسجل أو بالتسليم المباشر، وذلك بسبب معرفة الإدارة بهذه الجهات سلفاً أو التعرف عليها بناءً على توجيهات من جهات حكومية أو مكاتب استشارية أو منظمات دولية^(١).

والمناقصات المحدودة، وإن كان اللجوء إليها بمثابة استثناء من أصل عام يقتضي الأخذ بأسلوب المناقصة العامة في التعاقد الإداري، إلا أنها تشكل تطويراً للمناقصة العامة، تستطيع الإدارة من خلاله اختيار مرشحها ممن ترى كفايتهم الفنية للتعاقد معها^(٢)، ولا يتطلب أسلوب المناقصة المحدودة الإعلان عنه، ذلك لما يترتب على هذا الإعلان من حصول الإدارة على أعداد كبيرة من العروض الغير صالحة، والتي تصدر من أشخاص لا يحملون القدرة الجدية على التنفيذ، لذلك توجه الدعوة إلى الجهات المعروفة بخبراتها؛ لضمان الحصول على عروض جيدة وبقدرة مالية كبيرة على التنفيذ الكفاء، وجدير بالملاحظة أنه ليس هناك ما يمنع للإعلان في الجريدة الرسمية في طلب الشركات والأفراد – كبديل عن البريد المسجل – إلا إذ تعلق موضوع المناقصة بمشروع يُراد السرية في إنجازه.

لذلك، نلاحظ أن الإدارة عند اعتماد أسلوب المناقصة المحدودة ملزمة بإعداد سجلات عامة تقيد فيها الأفراد والشركات والمكاتب الاستشارية التي تقرر التعامل معها، وسجلات مناظرة لها تقيد فيها الإدارة الأفراد والشركات الممنوعين من التعامل معها، وتتضمن هذه السجلات كافة المعلومات والبيانات الضرورية عن طبيعة نشاط تلك الجهات^(٣).

ونستخلص مما سبق، أن أسلوب المناقصة المحدودة في التعاقد، هو أيضاً يشمل حالات محدودة من تعاقدات الإدارة، وهي حالة كون الإنشاءات أو السلع المطلوب التعاقد بخصوصها غير متوفرة بسبب طبيعتها المعقدة، أو حاجتها للتخصص الدقيق غير المتوفر إلا لدى عدد من الأشخاص والجهات، فهنا توجه الدعوة إلى المقاولين والشركات التي تحمل المزايا من الاختصاص والقدرة ذات الكفاءة على الإنجاز الجيد، على أن تكون هناك منافسة فعالة بين الجهات الحاملة لتلك المزايا، وتلتزم

(١) انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الادارية، بدون ذكر دار نشر، ٢٠٠٥، ص ١٤٣.

وأ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٤٣.

(٢) انظر: د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ط ٢، ج ١، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٤، ص ٧٧٦.

(٣) انظر: د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، مرجع سابق، ص ٧١.

الإدارة بمقابل ذلك بالموضوعية في اختيار الأنسب منها^(١). ولقد أخذ كلا من التشريع المصري والعراقي بالمناقصة المحدودة، وستنطرق إليها فيما يلي:-

أولاً: المناقصة المحدودة في التشريع المصري:

نص المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على أن: "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك 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).

كما نصت اللائحة التنفيذية اللاحقة لقانون المناقصات والمزايدات على أن: "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة بقرار مسبب من السلطة المختصة 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 بشأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة"^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن المناقصة المحدودة (المقيدة) تتفق مع المناقصة العامة أو المفتوحة فيما يتعلق باختيار أحد المتعاقدين الذي يتقدم بأقل عطاء^(٤) من ناحية السعر، بل لا بد بالمناقصة المحدودة أن يكون المناقص متوافراً لديه الكفاءة لأداء الخدمة من الناحية الفنية^(٥)، ويتشابهان كذلك في أن الموردين والمقاولين يتقدمون بعطاءاتهم في مظاريف مغلقة، يتم فتحها والبت فيها وفقاً للأحكام المعمول بها في المناقصة العامة^(٦) التي سوف يتم بيانها في الفصل الثاني. وتختلف المناقصة العامة

-
- (١) انظر: د. حيدر طالب الأمانة، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية في العراق، مرجع سابق، ص ١١١.
 - (٢) انظر: المادة (٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. وهذه المادة تقابل المادة (٣) من القانون السابق رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، وتختلف معها في أن المادة (٣) من القانون الحالي أضافت عبارة "أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم"، ومؤدى ذلك إجازة التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة طبقاً لنص صريح مع الاستشاريين والفنيين والخبراء، كما كانت المناقصة المحدودة طريقاً استثنائياً في ظل القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥٤، راجع نص المادة (٣) من القانون المذكور.
 - (٣) انظر: نص المادة (٣٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
 - (٤) انظر: المستشار د. حسين درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة، ط ١، مكتبة الانكلو المصرية، القاهرة، ١٩٥٩، ص ٣٣.
 - (٥) انظر: المحامي عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ضوء احكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٢، ص ٨٨.
 - (٦) انظر: نص المادة (٣٦) من اللائحة التنفيذية المشار إليها سابقاً على أنه "فيما عدا ما تقدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة للمنافسات العامة".

عن المناقصات المحدودة، في حين تقوم الأولى على مبدأ الإعلان في الصحف والمجلات ووسائل الإعلام كما تقدم، وأن كل مَنْ تتوافر لديه الشروط يستطيع أن يتقدم بعطائه فيها، بينما المناقصة المحدودة فيقتصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين، سواء داخل مصر أو خارجها.

ثانياً: المناقصة المحدودة في التشريع العراقي:

لقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨^(١) على أن من الأساليب التي يتم بموجبها تُنفذ المشاريع، هي المناقصة المحدودة وذلك بتوجيه الدعوة إلى جميع الراغبين في المشاركة ممن تتوافر فيهم المؤهلات الفنية والمالية.

وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب من أجل الاستعانة بالشركات الأجنبية لتنفيذ المشاريع التنموية في العراق؛ بسبب امتلاكها لعناصر التقدم العلمي والتكنولوجي، ولافئثار الشركات والأشخاص في العراق لتلك العناصر، أو في حالة وجود عدد غير كافٍ من المقاولين المؤهلين لتنفيذ المشروع^(٢).

ونلاحظ أن التشريع العراقي جاء بنص عام (توجيه الدعوة إلى كل الراغبين)، كان الأجدر به أن يكون النص له خصوصية؛ أي يقتصر على فئة معينة من "المقاولين أو الاستشاريين أو الفنيين..."، بدلاً من الدعوة العامة التي من ممكن أن تجلب مقاولين غير مؤهلين للقيام بمثل هذه الأعمال، وإن كان التقدم يخضع للفرز من خلال لجان متخصصة. فبدلاً من إرهاب كامل الجهات الإدارية بعطاءات غير مجدية واختصاراً للمصاريف والوقت، كان المفترض أن توجه الدعوة إلى جهات معلومة ومعروفة سلفاً، بمقتضى السجلات التي تعدها الجهات الإدارية القادرة على القيام بمثل هذه الأعمال، والتي تحتاج إلى خبرات وقدرات وإمكانيات ضخمة لا يقدر على القيام بها أي مقاول أو شركة اعتيادية.

إذن، يحتاج النص إلى إعادة صياغة وتلافي الثغرات الموجودة فيه؛ لأنه لم يأت بشيء جديد، فالمشرع العراقي ذكر المناقصة المحدودة بالنص عليها في قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤^(٣)، ثم عاد النص بالصيغة نفسها؛ أي بقيت الصياغة عامة والاختلاف الوحيد في مبلغ المشاريع.

(١) انظر: نص الفقرة (ثانياً) من المادة (الرابعة) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

(٢) انظر: د. فاروق أحمد خماس، ود. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٢، ص ٨.

(٣) انظر: نص المادة (٢) من (٤/م) من قانون العقود العامة لسنة ٢٠٠٤.

الفرع الثاني

المناقصة المحلية

من الأساليب المعتمدة من قبل الإدارة لاختيار المتعاقد معها هو أسلوب المناقصة المحلية، والتي يقتصر الاشتراك فيها بتقديم العطاءات على الأفراد والشركات المحلية المقيدة أسماؤهم لدى الإدارة في قائمة قد تم إعدادها لهذا الغرض، ويكون لهؤلاء فقط الاشتراك في المناقصات المحلية ولا يمكن لسواهم، ذلك في حالة ما لم تقيّد أسماؤهم لدى الإدارة^(١).

و غاية ذلك في المناقصات المحلية هو وجود بعض الأفراد أو الشركات المحلية التي لديها الإمكانيات الفنية والكفاءة والقدرة المالية لإنجاز المشاريع التي تحتاج إليها الإدارة، فتقوم الأخيرة بتوجيه دعوة مباشرة لهم عن طريق البريد المسجل أو أية وسيلة أخرى يمكن أن يثبت فيها التبليغ^(٢). وهذه المناقصة، من تسميتها، تجرى داخلياً فقط فلا يتم الإعلان عنها بالتالي في الخارج، والمناقصة المحلية نوع من المناقصات المحدودة^(٣)؛ حيث ينص التحديد على حدودها الجغرافية، وأفراد محدودين.

أولاً: المناقصة المحلية في التشريع المصري:

في قانون المناقصات والمزايدات المصري نصت المادة (٤) منه على أن: "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على مائتي ألف جنيه، ويقتصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد"، ويحكم اللجوء للتعاقد عن طريق المناقصة المحلية في القانون المصري القواعد التالية:-

١- ضرورة صدور قرار مسبب من السلطة المختصة باللجوء إلى طريق المناقصة المحلية^(٤)، وذلك بالنظر إلى أنها طريق استثنائي، فكان حقاً أن يشترط اللجوء إليها موافقة السلطة المختصة.

(١) انظر: د. فؤاد العطار، القانون الإداري، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٧٤.

(٢) انظر: د. محمود حلمي، العقد الإداري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢٠.

(٣) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٨٣، وفي ذات المعنى حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٣٤٨ لسنة ٤٨ ق، جلسة ١٩٩٨/١/١٨، أشار إليه د. عاطف سعدي، عقود التوريد بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٢١٣.

(٤) انظر: المادة ١٣٧ من اللائحة التنفيذية رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٨؛ حيث تنص على أن "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية بقرار مسبب من السلطة المختصة فيما لا تزيد قيمته على مائتي ألف جنيه".

- ٢- ألا تزيد القيمة الشرائية لموضوع التعاقد عن مائتي ألف جنيه^(١).
- ٣- قصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ العقد، والعبرة في ذلك بالدائرة التي يتم تنفيذ التعاقد فيها، وليس بالدائرة التي تباشر فيها إجراءات التعاقد^(٢)، ويشترط أن يكون المشتغلون بنوع النشاط ممن توجه إليهم الدعوة من بين المقيددين بسجلات الجهة الإدارية والمعتمدة أسماؤهم من قبل السلطة المختصة، كما يمكن أن يكونوا غيرهم.
- ٤- توجه الدعوة لأكثر عددٍ من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن سبق ذكرهم. وهناك رأي يذهب إلى أنه كان من الأوفق أن ينص على أن الدعوة لأكثر عدد من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن يكون المقر الرئيسي لشركاتهم أو مكاتبهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ النشاط، وذلك تماثياً مع كون المناقصة محلية، ذلك أنه وفقاً للصياغة الحالية - المشار إليها آنفاً - يكون من حق أية شركة أن توجه إليها الدعوة طالما أن نشاطهم في دائرة المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ العقد^(٣).

ثانياً: المناقصة المحلية في التشريع العراقي:

فقد نص بشكلٍ صريحٍ على أساليب التعاقد الإداري بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١ لسنة ٢٠٠٨)، إلا أنه أغفل الإشارة إلى أسلوب المناقصة المحلية، ولا نجد أن هناك مانعاً من الأخذ بهذا الأسلوب خصوصاً إذا كانت هناك جهات إدارية في المحافظات أو الأقاليم تحتاج إلى إنجاز مشاريع معينة أو خدمات فنية يمكن الحصول عليها مباشرة من بعض الأفراد أو الشركات المحلية المتواجدة داخل تلك المحافظة أو ذلك الإقليم وبالكفاءة والجودة المطلوبة، شرط أن تعد تلك الجهات

(١) ذهب جانب من الفقه المصري بأن العبرة في هذا الشأن بالقيمة التقديرية، وليس بالقيمة الفعلية لموضوع العقد، المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات وعقود الجهات الإدارية، ط١، مكتبة كوميت، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧١، وقد زاد القانون الجديد من الحد الأقصى لقيمة التعاقدات التي يمكن اللجوء إليها طريقة المناقصة المحلية من أربعين ألف جنيه (٤/م) من قانون المناقصات والمزايدات السابق) إلى مائتي ألف جنيه، متجاوزاً بذلك اقتراح لجنة الخطة والموازنة ومكتب لجنتي الشؤون الدستورية والتشريعية والشؤون الاقتصادية بمجلس الشعب، الذي وقف هذه القيمة عند حد مائة ألف جنيه (تقرير اللجنة). على أن القانون الجديد قد ضيق من ناحية أخرى، من نطاق محلية هذه المناقصة، فقصرها على دائرة المحافظة التي يتم فيها تنفيذ العقد، في حين خلا نص المادة (٤) من القانون السابق هذا القيد المكاني، مشار إليه عند، د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، هامش ص ٢٠٢.

(٢) انظر: المستشار د. عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية، مرجع سابق، ص ٧١.

(٣) انظر: أ.د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٧٩-٨٠.

الإدارية قائمة بأسماء هؤلاء الأشخاص يمكن الرجوع إليها كلما تطلبت الضرورة، خصوصاً وأن اعتماد أسلوب المناقصة المحلية يوفر الوقت والجهد والمصروفات التي تحتاج إليها المناقصة العامة. لذلك كان حَرِيّاً بالمشروع العراقي الأخذ بهذا الأسلوب كوسيلة من وسائل إبرام العقود الإدارية في العراق، خاصة إذا تعلق الأمر بالمناقصات الصغيرة عادةً.

أوجه الشبه والاختلاف بين المناقصة المحلية والمناقصة المحدودة:

يتعين علينا زيادة الإيضاح أن نبين أوجه الشبه والاختلاف بين كلٍّ من المناقصة المحلية والمناقصة المحدودة؛ وذلك حتى لا يحدث لبسٌ أو غموضٌ في مجال التطبيق العملي.

أولاً- أوجه الشبه:-

١. تتفق في كلٍّ منهما (المناقصة المحلية والمناقصة المحدودة) بأنه لا يتم فيهما الإعلان كما في المناقصة العامة، وإنما توجه الدعوة إلى مقاولين أو موردين معينين بموجب خطابات موصى عليها، أو ترسل مع مخصص بموجب إيصال مؤرخ.
٢. تتفقان في أن الدعوة في كل منهما تتضمن كافة البيانات التي يجب توافرها في الإعلان عن المناقصة العامة.
٣. تتفقان في أن كليهما طريق استثنائي يلزم التعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة يوضح أسباب الالتجاء إلى المناقصة المحلية أو المحدودة.
٤. يتبع في كل منهما بالنسبة للمراحل الأخرى (التقدم بالعطاءات- فحص العطاءات – واختيار المتعاقد – إبرام العقد) ما يتبع في المناقصة العامة.

ثانياً- أوجه الاختلاف:-

تختلف المناقصة المحلية عن المناقصة المحدودة في عدة أمور، هي:

- ١- قيمة المناقصة المحلية محددة بقيمة مالية لا تزيد على مائتي ألف جنيه، أما المناقصة المحدودة فليس لها حدود مالية.
- ٢- تختلف المناقصة المحلية من حيث المدة المحددة التي تترك للمتقدم للمناقصة - هي عشرة أيام على الأقل قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية -، وفي حالة الاستعجال ترسل الدعوة مع مخصص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة بموجب إيصال مؤرخ. أما المناقصة

المحدودة، فإن الفترة التي تترك للمناقصة هي خمسة عشر يوماً على الأقل، ولا يجوز الانتقاص منها بأي حال من الأحوال.

٣- يقتصر الاشتراك في المناقصة المحلية على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي بدائرتها يتم تنفيذ العقد^(١). إذن، يتم تحديد المتناقص في المناقصة المحلية، على الأساس المهني والإقليمي معاً، شريطة أن يكون محل إقامتهم هو المحافظة التي تتم المناقصة في نطاقها الجغرافي. أما المناقصة المحدودة، فيتم اختيار المتناقص على أساس مهني^(٢)؛ حيث يقتصر توجيه الدعوة على مقاولين أو موردين في الخارج أو الداخل.

كما أن المناقصة المحلية تختلف عن المناقصة العامة والمقيدة فيما يلي: ربط المشرع المصري بين النصاب المالي للمناقصة - أياً كان نوعها - وبين تشكيل لجنة البت؛ حيث أوجب اشتراك مندوب وزارة المالية في المناقصات التي تزيد قيمتها عن (٢٥٠,٠٠٠) مائتي وخمسين ألف جنيه. في حين أوجب اشتراك عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت قيمة المناقصة عن (٥٠٠,٠٠٠) خمسمائة ألف جنيه^(٣). أما المناقصة المحلية، فقد حدد المشرع نصيبها المالي بما لا يزيد على مائتي ألف جنيه، وبذلك يستقر بمفهوم المخالفة لحكم المادة (٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - عدم جواز اشتراك كل من مندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة في المناقصات المحلية. ومن ثمّ، فإن تشكيل لجان البت في المناقصة المحلية، سيخلو دائماً من اشتراك العضوين سالف الذكر^(٤).

(١) ذهب جانب من الفقه إلى أنه عبارة "الذي يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد" تشير شبهة عدم الدستورية، بإخلالها بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما من المادتين (٨-٤٠) من الدستور. مشار إليه عند المستشار د. عليوة فتح الباب، مرجع سابق، ص ٧٠. ورأيي - كباحثة - اتفق مع هذا الاتجاه؛ باعتباره إجراء خطير يتعارض مع المبادئ والقواعد الدستورية التي كفلها الدستور، وبالتالي لا يجوز للإدارة وضع العقوبات أمام المتنافسين. وقد اقترح أحد الأعضاء عند مناقشة المادة (٤) من القانون المشار إليه حذف هذه العبارة استناداً إلى أنه لا لزوم لها، وأضاف في هذا الشأن قوله: "نفترض أن إحدى المحافظات ليس فيها نوع النشاط المطلوب، فلماذا نقصرها على ذات المحافظة التي يتم التنفيذ بدائرتها؟"، وطلب ترك النص على إطلاقه. ورغم وجهة التبريرات التي قام عليها هذا الاقتراح، فلم تتم الموافقة عليه. انظر: مضبطة مجلس الشعب، الجلسة السابعة والسنتين في (٢١ من أبريل سنة ١٩٩٨)، ص ٣٣.

(٢) انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٦-١٤٧.

(٣) انظر: مادة (٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٤) انظر: د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ٢١٦.

الفرع الثالث

المناقصة على مرحلتين

إن أسلوب المناقصة على مرحلتين هو شكل جديد للمناقصات، لم يرد أي نص بشأنه في النظام القانوني الحالي في مصر. أما في العراق، فأخذ به، ويوجد مثل هذا الإجراء في القانون النموذجي "اليونسترال"، وفي البنك الدولي. وقد أخذت النسخة الأخيرة من توجيهات الاتحاد الأوروبي الخاصة بالشراء بهذا الإجراء. ويمكن الاستفادة من هذا النوع من المناقصات حين ترغب الجهة المشتركة في أن تتدارس وتتناقش مع المناقصين خلال المرحلة الأولى للعطاءات التمهيديّة التي تحتوي على عدة حلول فنية وتعاقدية ممكنة عند الحاجة إلى عملية شراء معقدة فنياً وتقنياً. وقد ورد بالقانون العراقي بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١ لسنة ٢٠٠٨) أسلوب المناقصة على مرحلتين، وغالباً ما يعتمد هذا الأسلوب في العقود ذات المواصفات الفنية المعقدة، أو عند الحاجة إلى تطبيق مواصفات لا يكون من المُجدي فيها صياغة تفاصيل المواصفات الفنية للسلع أو الأشغال أو حالة الخدمات - خصائصها أو مميزاتها - بشكل دقيق ابتداءً^(١).

وتدخل هذه الصلاحية ضمن صلاحيات رئيس جهة التعاقد، أو مَنْ يخوله استعمال هذه الطريقة؛ بغية الحصول على أفضل عرض يلبي احتياجات دائرته، وبغية تنفيذ هذا الأسلوب من أساليب المناقصات يجب اتّباع ما سلف من إجراءات متخذة بصدد المناقصة المحدودة^(٢). علماً بأن هذا النوع غير مألوف بالتشريع العراقي السابق ولا بالتشريع المصري، وإن رأينا أنه نوع من المناقصات المحدودة - وقد وصفته بعض التشريعات بذلك -، فيمكن القول إن اتّباع هذا الأسلوب، وإن كان يعطي انطباعاً خاطئاً في تجزئة المناقصة، قد لا يعكس مفهوم المناقصة المحدودة.

وبغية الأخذ بهذا الأسلوب، لا بد من مراعاة ما يلي^(٣):

المرحلة الأولى: دعوة مقدمي العطاءات لتقديم عروضهم الفنية على أساس التصميم الأولي ووصف الفعاليات، ولرئيس جهة التعاقد تعديل الكلفة التخمينية إن تطلب الأمر ذلك.

(١) انظر: نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

(٢) يقصد تطبيق نص البند (ب) من الفقرة (الثانية) من (م/٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

(٣) انظر: نص البند (ب) من الفقرة (الثالثة) من المادة (٤) من التعليمات أعلاها.

المرحلة الثانية: دعوة مقدمي العطاءات الذين عطاءاتهم وفق معايير التأهيل في المرحلة الأولى لتقديم عطاءاتهم المالية على أساس وثائق المناقصة المعدلة، ووفقاً للشروط التي تضعها جهة التعاقد.

أوجه الشبه والاختلاف بين المناقصة العامة والمناقصة على مرحلتين:

أولاً : أوجه الشبه: يتمثل وجه الشبه بينهما في أن الإعلان عنهما يتم بطريقة واحدة - المرحلة الأولى فقط بالنسبة للمناقصة على مرحلتين - كما أن حرية الدخول مكفولة في كليهما، ويخضع كل منهما إلى ذات الإجراءات الخاصة بتقييم العطاءات والمقارنة بينهما وتحديد العطاء الفائز، وكل منهما يخضع لأحكام المناقصات العامة نفسها، ويحق للجهة المشترية أن ترفض الاقتراحات بالعطاءات للأسباب ذاتها التي ترفض بها العطاءات المقدمة في المناقصة العامة.

ثانياً : أوجه الاختلاف: وجه الاختلاف يظهر في مرحلة التقدم بالعطاء؛ ففي المناقصة على مرحلتين لا يتقدم المناقص بسعر معين لعطائه، لكن في المناقصة العامة يُستبعد العطاء إذا لم يكن السعر محدداً بطريقة واضحة، كما يحظر البيونسترال في المناقصات العامة أي نوع من المفاوضات بين الجهة المشترية وبين مقدمي العطاءات من المقاولين والموردين، ويجوز ذلك في المناقصة على مرحلتين.

المطلب الثالث

أساليب التعاقد المشابهة للمناقصة الحكومية

تجيز العديد من التشريعات - في أحيان معينة - للمؤسسة الإقدام على التعاقد وفق إجراءات خاصة، قد تكون ذات سمات توافقية مشتركة مع أسلوب المناقصات، إلا أنها تتميز عن المناقصات في أوجه أخرى عديدة. ولا شك أن استمرار البحث عن وسائل متجددة للتعاقد أمرٌ طبيعيٌ سليمٌ لإشباع الحاجات المختلفة للفرد أو المؤسسة لا يمكن حصره بصيغة واحدة؛ لذلك استشعرت العديد من التشريعات هذه الحقائق، وأقرت - إلى جانب التعاقد بطريقة المناقصات - أساليب أخرى للتعاقد. وهذا ما سنراه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أسلوب الممارسة في القانون المصري والعراقي

لقد أخذت القوانين المقارنة في كل من مصر والعراق بأسلوب الممارسة كأحد أساليب إبرام عقود الشراء العام، مع اختلاف جوهرى حول صورها وإجراءاتها، وأنها ذات طابع أصلي أو

استثنائي، وهي لا تخرج عن ثلاث صور: فإما أن تكون ممارسة عامة أو محدودة أو محلية. وعلى كل حال، سوف نتطرق إلى الوضع القانوني لأسلوب الممارسة في نطاق عقود الشراء العام في كل من مصر والعراق، وذلك على النحو التالي:-

أولاً- أسلوب الممارسة في القانون المصري:

يستلزم الحديث في هذا المقام عن ماهية الممارسة، وتطورها في القوانين المتعاقبة التي حكمت الممارسة وصورها، بالشكل التالي:-

١. تعريف الممارسة وتطورها:

إن المشرع المصري، وعلى مدى التشريعات المتعاقبة التي حكمت الشراء العام – المناقصات والمزايدات – لم يضع تعريفاً للممارسة، مخالفاً المشرع الفرنسي^(١). وإذا كانت التعريفات ليست أساساً من شأن المشرع، وإنما هي من مهام الفقه، فإن غالبية الفقه المصري لم يتناولها بالتعريف. وكل ما جاء الفقه بشأن تحديد ماهية الممارسة يتمثل في كونها أسلوباً لإبرام العقود، بخلاف أسلوب المناقصة، وهي تقوم على الاختيار الحر للمتعاقد مع الإدارة^(٢). ويمكن تعريف الممارسة بأنها أسلوب من أساليب إبرام العقود تقوم على التفاوض بين الجهة المشترية والمرشحين بهدف إبرام العقد، نتيجة المفاوضات مع أحد هؤلاء المرشحين^(٣)، ولا تنقيد في خصوصه من ناحية، غير أن حرية الإدارة في اختيار

(١) لقد عرّف المشرع الفرنسي عقود المفاوضات (Gre a gre) بشكل مباشر حيث تنص المادة (٣٤) من مرسوم ١٩٥٦/٢/٣ بأنها :-

Art.34: « Les marches sont dit de gre a gre lorsque l'administration engage librement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue librement le marche a l'entrepreneur ou au fournisseur ».

مشار إليه عند: هاني عبد الرحمن، اساليب التعاقد الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٩٧.

(٢) انظر: أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، ط ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٣٢٦. وأ.د. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٩٦. ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ١٤٨. ود. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بون تاريخ نشر، ص ٣١٧.

(٣) انظر: د. مهدي مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٥٩٠. والمفاوضة "عبارة عن موقف تعبيرى حركى بين طرفين أو أكثر حول قضية ما أو موضوع معين، يتم من خلاله تبادل الآراء وعرض وجهات النظر، واستخدام أساليب التأثير والإقناع في محاولة للتقريب بين المواقف، والمواءمة بين المصالح المختلفة، والتكيف مع المتغيرات بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك تقبله الأطراف المعنية ضماناً لاستقرار العلاقة بينهما". راجع في ذلك: د. محسن أحمد الخضيري، التفاوض علم تحقيق المستحيل انطلاقاً من الممكن، مكتبة الأنجلو مصرية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٤.

المتعاقد معها ليست مطلقة من كل قيد^(١)؛ فهي تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية، يتعين عليها استخدامها في حدود الصالح العام، وهي تتميز أيضاً بأنها لا تخضع لكل الإجراءات الطويلة التي يتطلبها المشرع في المناقصات العامة. كما أن الأسعار في الممارسة لا تتسم بالسرية التي هي المبدأ العام في عطاءات المناقصات، فكل متنافس في الممارسة يكون على علم بالأسعار التي تقدم بها المتنافسون الآخرون^(٢). وقد كان أسلوب الممارسة في مصر - وعلي الدوام - ذا طابع استثنائي في التشريعات المتعاقبة التي حكمت أساليب الشراء العام؛ ففي كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بمصلحة المباني التي أصدرها وزير الأشغال العمومية في ١٧ يناير ١٨٨١ كانت المناقصة هي الأصل، وكان اللجوء إلى أسلوب الممارسة الحرة في حالات العقود قليلة القيمة، وفي حالات الاستعجال^(٣). وكذلك الحال بالنسبة لعقود التوريد؛ حيث قرر مجلس الوزراء بتاريخ ١١/٢٨/١٨٩٧ استخدام أسلوب الممارسة في العقود التي لا تزيد قيمتها المالية للمشتريات على مائة جنيه، ولم تتضمن لائحة المخازن والمشتريات التي صدر بها قرار من مجلس الوزراء سنة ١٩١٢ أي تعديلات على هذا النظام^(٤). ولقد حافظ المشرع المصري على الطابع الاستثنائي للممارسة كأسلوب لإبرام العقود

ويقصد بالمفاوضة في مجال العقود الإدارية بأنها "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". راجع في ذلك: د. محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٦. ويحكم التفاوض مجموعة من الخطوات الأساسية: (١) أن يتعرف كل طرف على الطرف الآخر. (٢) تحديد الأهداف والغايات. (٣) بدء المفاوضات. (٤) التعبير عن الاختلاف والتعارض. (٥) التقييم وحلول الوسط. (٦) الوصول إلى اتفاق. وللمزيد حول هذه الخطوات الأساسية، راجع في ذلك: د. محمد شهاوي، برنامج تنمية وتطوير مهارات التفاوض وصياغة عقود الإنشاءات والبنى التحتية، المجلد الأول، الجوانب الإدارية والمالية، المركز الدولي للاستثمارات الإدارية والمالية، بدون تاريخ نشر، ص ٥٣ وما بعدها.

- (١) لقد أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى هذه المعاني؛ فتقول: "إن مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار التعاقد، وإن كانت هذه الحرية في الاختيار لا يتنافى معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين". انظر: حكمها بتاريخ ١٨/٣/١٩٦٧ في الدعوى رقم ١٦١، لسنة ١٩٦٩، مجموعة أحكام السنة الثانية عشرة، ص ٧٦٩.
- (٢) انظر: د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٦٤٩.
- (٣) انظر: د. عبد الحميد كمال حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٦٢، ص ٨٥.
- (٤) انظر: المرجع السابق نفسه، ص ٨٦.

الإدارية في ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ولائحته التنفيذية^(١)، وكذلك الحال في أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الملغي)^(٢).

ولقد استحدث المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات الحالي، جعل - ولأول مرة - من أسلوب الممارسة العامة في التعاقد طريقاً أصلياً ورئيسياً يطبق بالتوازي مع أسلوب المناقصة العامة^(٣)؛ فقد نصت المادة الأولى على أن: "يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية، والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسة عامة، ويصدر باتباع أيّ من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد"^(٤). وبذلك، يكون لجهة الإدارة سلطة تقديرية كاملة في اختيار أيّ من الأسلوبين لإبرام العقود المشمولة بحكم هذه المادة، مع ملاحظة أن المشرع أخضع الممارسة العامة بمقتضى المادة الثانية من القانون سالف الذكر لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية

(١) تتضمن المادة (٨) من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ على أنه: "يجوز عند الضرورة أن يتم التعاقد بطريق الممارسة...". ولقد حددت المادة ١٩ من لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ الحالات التي يجوز فيها استخدام أسلوب الممارسة على سبيل الحصر. ولقد استبدلت هذه المادة بقرار وزير الخزانة رقم ٤٩ لسنة ١٩٦١، والتي حددت أيضاً حالات التعاقد بطريق الممارسة، وهي ذات الحالات الواردة في المادة (٥) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ مع اختلاف طفيف.

(٢) حددت المادة (٥) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الحالات التي تستطيع الإدارة فيها أن تعدل المناقصة إلى أسلوب الممارسة؛ حيث نصت على أنه يكون التعاقد عن طريق الممارسة في الأحوال الآتية: (١) الأشياء المحترق صنعها أو استيرادها. (٢) الأشياء التي لا توجد إلا لدى شخص بذاته. (٣) الأشياء التي لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة. (٤) الأعمال الاستشارية أو الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها إجراءها بمعرفة فنيين أو إخصائيين أو خبراء معينين. (٥) الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية. (٦) التوريدات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التي تتصف بالاستعجال أو التي تقضي طبيعتها أو الغرض المرغوب الحصول عليها من أجله أن يكون اختيارها وشراؤها من أماكن إنتاجها، أو التي تقضي المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية، أو التي لم تقدم عنها أية عطاءات في المناقصة أو قدمت عطاءات بأسعار تزيد عن أسعار السوق، وكانت الجهة الطالبة في حاجة عاجلة لا تسمح بإعادة طرحها في المناقصة.

(٣) هذه الخطوة لا تعتبر مخالفة لما استقرت عليه القوانين والأنظمة التي حكمت المناقصات والمزايدات في مصر فحسب، بل هي رائدة على مستوى القوانين المقارنة أيضاً؛ حيث لاحظنا أن تقنية العقد المفاوض في فرنسا التي تماثل في مفهومها تقنية الممارسة في مصر، ما زالت تقنية استثنائية ليس على مستوى القانون الوطني فقط، بل على مستوى القانون الأوروبي أيضاً. وفي تقديرنا أن هذه الخطوة الجوهرية والجزئية التي خطاها المشرع المصري تعتبر سلاحاً ذا حدين، فهي تتلائم مع السياسات المتبعة في مصر، والتي ترمي إلى تشجيع القطاع الخاص وإرساء مناخ الاقتصاد الحر؛ لأنها تضيف على عملية الإبرام مرونة أكبر، بما يتلاءم في النهاية مع مقتضيات السوق ومنطقه، كما أنها تتلائم مع مبادئ الإدارة العامة الحديثة، التي تشجع العاملين في الإدارة على الإبداع وابتكار المبادرة، بعيداً عن القوالب الإجرائية الجامدة التي تنطوي عليها المناقصة في صيغتها التقليدية. ينظر: المذكرة الإيضاحية لمشروع إصدار قانون المناقصات والمزايدات، مشار إليه عند د. رمضان محمد بطيخ، إبرام العقد الإداري فقهاً واقتاءً وقضاءً في ضوء قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٤٩.

(٤) انظر: نص المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات الحالي.

المنافسة، وذلك على النحو المتبع بالنسبة للمناقصات العامة^(١). ويعتبر هذا الأسلوب تطوراً جذرياً وتاريخياً بشأن كيفية تعامل الإدارة مع أساليب الإبرام في العقود الإدارية، ليس على المستوى المصري فقط، بل على مستوى القوانين المقارنة والقانون الفرنسي^(٢). أما عن الأحكام الخاصة بأسلوب الممارسة العامة، فهي ذات الأحكام الخاصة بالمناقصات العامة، فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون^(٣).

ولقد اختلف الفقه حول جعل الممارسة العامة أسلوباً أصيلاً للتعاقد الإداري؛ فقد ذهب جانب منهم إلى أن هذا الاتجاه وسيلة للتعسف وإساءة استعمال السلطة والمحاباة، مما يتناقض مع مبادئ المساواة والمنافسة والشفافية التي تعتبر المبادئ الجوهرية للقانون الجديد^(٤).

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن هذا التخوف لا محل له؛ حيث أحاط المشرع الممارسة العامة بضمانات عديدة، تتمثل في جوهرها بإخضاعها للقواعد العامة التي تحكم المناقصة العامة من حيث ضرورة التزام الإدارة بمبادئ العلانية والمنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص والشفافية^(٥).

وقد حددت التشريعات المقارنة والمتعلقة بإبرام العقد الإداري الحالات التي يمكن فيها للإدارة أن تستخدم أسلوب الممارسة في تنفيذ تلك العقود، وتتمثل تلك الحالات بالآتي^(٦):-

أ- حالات الاستعجال القصوى في القوة القاهرة، كأن يحل خطر ما نتوقعه على وشك الحل أو الوقوع، ومن شأنه أن يهدد أموالاً مستخدمة في مشروع قائم، لا يمكن مع حلول هذا الخطر

(١) انظر: د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٢) إن أسلوب العقد المفاوض في فرنسا الذي يماثل في مفهومه أسلوب الممارسة في مصر، ما زال أسلوباً استثنائياً، وتمتد الجذور التشريعية للممارسة العامة في فرنسا إلى تشريعات ما قبل الثورة الفرنسية، ولم يتحدد مفهومها وطبيعتها الاستثنائية إلا بعد صدور أمري ١٨٣٦، ١٨٣٧، ومرسوم ١٨٨٢. راجع في ذلك د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٥٧٦. ود. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٣) انظر: نص المادة رقم ٥/٦ من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن تسري على كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة الأحكام الخاصة بالمناقصات، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون.

(٤) انظر: د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٥٩٢.

(٥) انظر: د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ١٧٨. ونصت على هذه المبادئ المادة (٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي؛ حيث نصت على أن تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاها إما داخلية يعلن عنها في مصر، أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك، من وسائل الإعلام واسعة الانتشار.

(٦) انظر: المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٣٦٧.

انتظار الالتجاء إلى وسيلة المناقصات أو المزايدات العامة؛ حيث يكون اللجوء إلى الأخيرة غير عملي بسبب طول الوقت الذي يتطلبه استخدام هذا الأسلوب.

ب- الحالات التي يكون من الضروري للإدارة أن تجري فيها مفاوضات مع المتقدمين للتعاقد، بسبب الطبيعة الفنية أو التقنية لتلك السلع أو الإنشاءات.

ت- حالات الأشغال والأعمال والتوريدات التي تحتم الظروف تنفيذها وإنجازها بصورة سرية.

ث- حالات شراء معدات ولوازم محتكر صنعها أو استيرادها لدى عدد قليل من الأشخاص.

ج- حالة الأشغال والخدمات والتوريدات التي عرضت للمنافسة عن طريق المناقصات في شأنها عروض وعطاءات، ولكن لا يمكن قبولها.

ح- حالة العقود التي تستهدف تسيير وحدات القطاع العام التي لها أهمية خاصة؛ بحيث تُولي لها عناية وألوية خاصة في الاهتمام من قبل الجهات الإدارية، والتي تحتاج فيها إلى المفاوضات بشكل دقيق مع المتقدمين للتعاقد.

ومن خلال التجارب العملية، تأكد لنا أن ضوابط اختيار الإدارة للمتعاقدين معها بطريقة أسلوب الممارسة، لها علاقة وثيقة بالسعر والجودة للإنشاءات والخدمات المطلوب التعاقد بشأنها، بالإضافة إلى القيمة الفنية والضمانات المالية. وتحقق هذه المعايير بمجموعها المصلحة المالية للخزانة العامة على نحو أفضل من اتباع وسيلة المناقصة التي تعقد بشكل أساسي على أقل العروض سعراً. كما أن التطبيقات العملية أثبتت أن أسلوب الممارسة، برغم ما هو ظاهر منه بأن الإدارة هي التي تختار، وأن المتقدم للتعاقد يفقد إرادته، إلا أنه عملياً نجد أن المقاولين أو الموردين، يرحبون بهذا الأسلوب في التعاقد مع الإدارة ويساعدون في التنفيذ؛ ذلك لأن بنود الأعمال يتم تقريرها بأسلوب موضوعي وبلجان مشتركة مع الإدارة والمتقدمين للتعاقد لتحديد الأسعار بعيداً عن المضاربة، التي يمكن أن تجد لها سبيلاً في المناقصات العامة^(١).

ومما يجدر ملاحظته هنا، أن الإدارة المتعاقدة لا يجوز لها اللجوء لأسلوب الممارسة، إذا كانت قد بادرت باللجوء إلى أسلوب المناقصة، وقامت بطرح الأعمال المراد القيام بها في مناقصة عامة، ثم قامت بإلغاء المناقصة، إذ لا يجوز لها، بعد ذلك أن تعهد بالأعمال إلى أحد الأشخاص؛ لأن

(١) انظر: د. فواد العطار، وسائل تعاقد الإدارة، مرجع سابق، ص ٢٠١.

أسلوب المناقصة هو الأصل، لذا لجأت إليه الإدارة، فلا يجوز لها أن تعود وتلجأ إلى الأسلوب الاستثنائي في التعاقد، وهو أسلوب الممارسة^(١).

إلا أن التعاقد بأسلوب الممارسة يكون على نوعين، ويتمثل بالآتي:

النوع الأول: التعاقد بالممارسة بإجراءات المناقصة:-

تقوم الإدارة بدعوة الراغبين من الأشخاص في المناقصة؛ وذلك من أجل التوصل أو الحصول على أفضل المتقدمين بالعروض دون تقييد بالسعر الأقل، والغاية من هذا النوع منح الفرصة لأكبر عدد من المتنافسين بالتقدم للتعاقد. ومن ثم، يتم اختيار الأفضل منها، وبالإطار ذاته، أي التعاقد بالممارسة بإجراءات المناقصة، قد تقوم الإدارة بتوجيه الدعوة إلى الراغبين بالتعاقد فتكون الممارسة هنا مفتوحة، أو قد توجه الدعوة إلى عدد محدود من الأفراد والشركات؛ للمشاركة في الممارسة، فتسمى بالممارسة المحدودة، إلا أنه في كلتا الوسيلتين يكون للإدارة أن تختار الأفضل بالاعتماد على المقدرة الفنية والمالية للمتقدم، ومن ثم يمكن للإدارة هنا المفاوضة على الأسعار والشروط الأخرى^(٢).

النوع الثاني: التعاقد بالممارسة عن طريق المسابقة:-

بمقتضى هذه الطريقة، تقوم الإدارة باختيار مجموعة من الأفراد للاشتراك والدخول في مسابقة للتنافس على الفوز بالعقد مع الإدارة، ويكون للإدارة مطلق الحرية في اختيار الأشخاص المشاركين في المسابقة، ومن حقها كذلك تحديد قواعد المنافسة بين المتقدمين للتعاقد. وإضافة لذلك، إن الإدارة لا تكون ملزمة بالتعاقد مع الشخص الذي احتل المرتبة الأولى بعد ظهور نتيجة المسابقة، إلا في حالة وجود شرط في الإعلان يقتضي ذلك^(٣). لكننا وجدنا أن المشرع المصري قد وضع تمييزاً وتقسيماً في داخل أسلوب الممارسة باعتباره أحد الأساليب التي تمكن الإدارة من اختيار المتعاقد معها؛ حيث بادر إلى تقسيم الممارسة إلى ممارسة عامة وعدّها من الأساليب الاعتيادية في التعاقد، وإلى ممارسة محدودة وعدّها من الأساليب الاستثنائية في التعاقد. وفي واقع الأمر، لا نرى وجود أي مبرر للتفرقة بين النوعين؛ فالممارسة في كل الأحوال هي وسيلة استثنائية في تعاقدات الإدارة، سواء كانت

(١) انظر: حكم المحكم الإدارية العليا في مصر في الطعن المرقم ٥٩٣ الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٧/٣٠ بمجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، السنة الثالثة والثلاثون، ص ٣٢٢.

(٢) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٣) انظر: د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية (النظرية العامة وتطبيقاتها في قانون الكويتي المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤)، ط ١، مطبعة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨١، ص ١٢٥.

عامة أو محدودة، تلجأ الإدارة إليها عندما لا يكون اعتماد أسلوب المناقصة العامة مجدياً للأسباب التي حددتها التشريعات، وفي حالات الاحتكار والاستعجال والسرية ودقة الاختصاصات، لذلك تكون الإدارة ملزمة بالالتجاء إلى الممارسة بصورة عامة. أما بالنسبة لتحديد نوع تلك الممارسة من عامة أو محدودة حسب طبيعة العقد المراد إبرامه، فقد ترك ذلك للمشرع بوضع الحدود التفصيلية، وقد سلك المشرع المصري هذا المسلك في قانون المناقصات والمزايدات رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ الملغي، إلا أنه تراجع عن ذلك المسلك في القانون الحالي، وجعل الممارسة العامة أسلوباً أصلياً ورئيسياً بالتعاقد.

٢. صور الممارسة في القانون المصري:

لقد نصت المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي^(١)، على أن الممارسة تتخذ في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إحدى صورتين، فيما أن تكون ممارسة عامة، أو ممارسة محدودة.

أ- الممارسة العامة وفقاً للقانون المصري:

تعتبر الممارسة من الأساليب الشائعة التي تلجأ إليها الإدارة في إبرام عقودها الإدارية، والممارسة العامة هي: مجموعة الإجراءات التي تتم في إطار من العلانية ووفقاً لأحكام القانون، تتيح لجهة الإدارة مفاوضة مقدمي العطاءات بهدف التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً في إطار المنافسة الحرة والمساواة^(٢)، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية تخضع لرقابة القضاء، لذا يتعين استخدامها في حدود الصالح العام.

ولقد أخضع المشرع الممارسة العامة للمبادئ التي تقوم عليها المناقصة العامة^(٣)، والتي تتمثل في مبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكذلك القواعد الحاكمة والشروط العامة. وبالإضافة إلى الممارسة العامة، نص المشرع المصري على نوع آخر من الممارسة، وهي الممارسة المحدود وهي ذات طابع استثنائي، كما هو الحال بالنسبة للمناقصة المحدودة تماماً.

(١) انظر: نص المادى الاولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

(٢) انظر: د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٣) انظر: المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

ب- الممارسة المحدودة طبقاً للقانون المصري:

وهي عكس الممارسة العامة، تعد تقنية تفاوضية ذات طابع استثنائي، يكون اللجوء إليها بقرار مسبب وفي حالات محددة؛ فالأصل أن يتم اللجوء لإبرام العقود الإدارية إلى تقنيتي المناقصة العامة أو الممارسة العامة. وباستثناء تقنية الممارسة المحدودة أو المناقصة المحدودة أو الاتفاق المباشر الذي سنبينه فيما بعد، هناك مجالات للتعاقد عن طريق الممارسة المحدودة، أحدهما إلزامي لجهة الإدارة، والآخر جوازي لهما، وذلك كما يلي:-

المجال الأول: المجال الإلزامي للتعاقد بطريق الممارسة المحدودة: حددت المادة (٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي حالات التعاقد من خلال أسلوب الممارسة المحدودة على سبيل الحصر؛ حيث نصت على أن يكون التعاقد بطريق الممارسة المحدودة في الحالات الآتية:

- الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو لا توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم.
- الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.
- الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو إخصائيون أو خبراء بذواتهم.
- التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية^(١).

ففي كافة هذه الحالات يجب على جهة الإدارة أن تلجأ إلى أسلوب الممارسة المحدودة، لا لشيء إلا لأن أسلوب المناقصة العامة أو الممارسة العامة غير ذي جدوى بالنسبة لها؛ حيث تتعلق بأمور يحتكر صناعتها أو توريدها بعض الأفراد دون غيرها. ومن ثم، فإن الإعلان عنها لن يأتي إلا بهؤلاء الأفراد فقط، ولذا توفيراً للنفقات العامة يتم طرحها في ممارسة محدودة^(٢).

المجال الثاني: المجال الجوازي للتعاقد بطريق الممارسة المحدودة:

أجاز المشرع على سبيل الاستثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة أن يتم البيع أو التأخير أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات عن طريق الممارسة المحدودة، وإن كان الأصل يتم عن

(١) يلاحظ أن الممارسة العامة ليس لها حالات بذاتها، كما هو الشأن بالنسبة للممارسة المحدودة، وإنما تقف الممارسة العامة على قدم المساواة مع المناقصة العامة في هذا الشأن، وتختلف مع المناقصة العامة في حضور مقدمي العروض وتقديم أسعارها النهائية في جلسة الممارسة، وأما المناقصة بكل صورها فتخضع لقاعدة عدم الاعتداد بالتعديل في الأسعار بعد تقديمها كأصل عام.

(٢) انظر: د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

طريق المزايدة، ولا يجوز إذا تقرر من قبل إجراء مزايدة، فلا يجوز تحويل المزايدة إلى ممارسة محدودة^(١) إلا في الأحوال الآتية:-

- التعاقدات الخاصة بالتسليح التي تجريها وزارة الدفاع والإنتاج الحربي في حالات الضرورة.
- التعاقدات التي يصرح بها رئيس مجلس الوزراء لجهة معينة في حالات الضرورة، وذلك لاعتبارات يقدرها، ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهات.
- التعاقدات التي تجرى بخصوص: "الأشياء التي يُخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها، حالات الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل اتّباع إجراءات المزايدة، الأصناف التي لم تقدّم عنها أي عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسي، الحالات التي لا تتجاوز قيمتها الأساسية خمسين ألف جنيه".

ثانياً- الممارسة في القانون العراقي:

وجدنا من خلال اطلاعنا على أسلوب الممارسة أن التشريعات المقارنة قد أخذت بهذا الأسلوب؛ لأن الإدارة لا تتمكن دائماً من إنجاز المشاريع أو الحصول على الخدمات في المناقصات أو المزايدات العامة، فهناك حالات استثنائية سرية أو مستعجلة أو مرتبطة بالاحتكار لجهات معينة، يجب في هذه الحالة اتّباع أسلوب الدعوة المباشرة أو الخاصة لبعض الأشخاص والتفاوض معهم؛ بغية وصولنا إلى أفضل العروض، بغض النظر عن الجهة المتقدمة للتعاقد أو عن السعر المقدم. ويعد هذا الأسلوب أفضل ضماناً لتحقيق المصلحة العامة، وبالرغم من أن أسلوب الممارسة العامة، ليس بالأسلوب الجديد في التشريع المقارن، ورغم الحاجة الماسة إليه في الحالات الاستثنائية، نلاحظ أن التشريع العراقي لم يعطِ الاهتمام اللازم لغرض وضع نظام قانوني خاص به أسوةً بباقي البلدان التي أصدرت تشريعات قانونية، خاصة ببيان كيفية إبرام العقود باتّباع طريقة الممارسة، ونجد أن غالبية التشريعات القانونية – ومنها القانون المصري- حددت أسلوب المناقصة العامة والممارسة العامة لإبرام العقود الإدارية، منها عقود التجهيز، وعقود الأشغال العامة التي منها عقود المقاولات، وعقد النقل وعقود الاستثمارات الهندسية، ويعد أسلوب المزايدة هو الأسلوب الأوحده لبيع أموال الدولة في التشريع العراقي. وبصدور قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة الذي تطرق لذكر بعض أنواع العقود التي تنطبق عليها أحكام القانون كعقد التجهيز للسلع والخدمات، ولم يعطِ تفصيلاً كاملاً؛ أي جاء النص ناقصاً لا يعطي الصورة الكاملة لأساليب إبرام

(١) انظر: أ.د. ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٠٦.

العقود الإدارية، ومن هنا نجد المشرع العراقي قد أعطى إشارة إلى إمكانية الإدارة للتعاقد بغير أسلوب المناقصة من خلال ما ورد في القسم الرابع (التنافس الحر والنزيه) تحت تسمية (استثناءات) لقوله: "يجوز أن تقدم التعهدات العامة بطريقة أخرى غير مستخدمة في إجراءات المنافسة الحرة والنزيهة وفقاً للظروف الآتية:-".

١. لأسباب تقنية أو فنية أو لأسباب متعلقة بحماية الحقوق الحصرية، عندما تكون السلع أو الخدمات المراد شراؤها بموجب العقد مصنعة أو مجهزة من كيان واحد أو متوافرة من جهات محدودة العدد، فلا تسمح المصلحة العامة بتقديم التعهد على أسس تنافسية نزيهة تماماً.

٢. لوجود أسباب طارئة جداً من خلال أحداث لا تعزى إلى سلطة التعاقد.

٣. حينما تكون السلع المراد شراؤها :

أ. تتطلب تبديلاً جزئياً إضافياً للسلع المشتراة الحالية بموجب عقد قائم أو سابق.

ب. تتطلب أن تكون متنافسة أو قابلة للتبادل مع السلع المشتراة الحالية ومن المصدر الأصلي الذي جهز السلع القائمة.

٤. عندما تكون الإجراءات الأخرى (غير إجراءات المنافسة الكاملة والعلنية للعقود الحكومية) ضرورية للارتقاء بالتطور الاقتصادي والمؤسسات بين بعض قطاعات الشعب أو في منطقة جغرافية في البلد أو المؤسسات المملوكة للدولة.

٥. عندما تكون الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف أو المعاهدات تتطلب استخدام إجراءات غير إجراءات المنافسة الكاملة والعلنية للعقود العامة الحكومية، سواء كانت بموجب شروط ضمنية أو صريحة.

٦. إن كانت القيمة المتوقعة للعقد العام تقل عن الحد النقدي المحدد في هذه الحالة تستخدم الإجراءات الأصولية المتعلقة بتوريد السلع والخدمات الأقل سعراً.

٧. تعتمد خطة العقود الحكومية وفقاً لتعليمات تطبيق الإجراءات الأصولية المتعلقة بإحالة العقود باستخدام إجراءات غير إجراءات المنافسة الكاملة والعلنية، وضرورة توثيق كل مناسبة لا تستخدم فيها إجراءات المنافسة الكاملة والعلنية^(١).

ونستخلص مما ذكر، أن هذا القانون سمح للإدارة أن تتخذ أساليب أخرى غير المناقصة لإبرام عقودها، وقد وردت تفصيلات أكثر في قانون العقود العامة الصادرة عن وزارة التخطيط رقم ٨٧

(١) انظر: قانون العقود الحكومية العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

لسنة ٢٠٠٤، وكل ذلك يعد تأكيداً لمبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، ونجد في مكان آخر من هذا المبدأ من ذات القانون أنه أعطى الحق للإدارة بإجراء مفاوضات مباشرة مع مقدمي العروض، والرد على أسئلتهم واستفساراتهم ومناقشة الأسعار المعروضة حسب ما ورد في القسم الخامس من المادة الثانية فقرة (ث) تحت عنوان التفاوض والعقود. وعند مراجعة تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الملغاة، نجد أن هذه التعليمات قد أكدت سريانها على العقود الإدارية التي أشار إليها قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤؛ حيث حصرت أساليب التنفيذ في عقود المقاولات العامة وعقود التجهيز بالسلع والخدمات والعقود الاستشارية، وإن كانت المادة الأولى من هذه التعليمات قد حددت أساليب تنفيذ العقود الحكومية آنفة الذكر؛ حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "تهدف هذه التعليمات إلى وضع المبادئ العامة بتنفيذ العقود العامة التي تبرمها دوائر الدولة والقطاع العام مع الجهات العراقية وغير العراقية، وتجديد أساليب التنفيذ للمقاولات العامة وعقود التجهيز والعقود الاستشارية"^(١). وقد ذكرت المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ أساليب إبرام العقود الحكومية، ويمكن أن نلاحظ أن هذه التعليمات لم تحدد - أو لم تبيّن - أن المناقصة والممارسة هما أسلوبان أصيلان في إبرام العقود الحكومية على غير ما ورد بالتشريع المصري في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هذا من جانب، أما من جانب آخر، كان الأجدر بالمشرع العراقي إصدار تعليمات تعتمد على الأسس التي اعتمدت عليها التشريعات المقارنة في تقسيم أساليب التعاقد الإداري من اعتماد أسلوب المناقصة (العامة والمحدودة)، وأسلوب الممارسة (العامة والمحدودة)، وأسلوب الاتفاق المباشر أو بحساب الفاتورة، بالإضافة إلى أسلوب لجان المشتريات^(٢). ونلاحظ أنه كان من الأفضل لو أن المشرع العراقي قد حدد ونظم أسلوب الممارسة لإبرام العقود، ويأخذ بالتقسيم نفسه الذي أخذت به بعض التشريعات الأخرى، مثل مصر؛ حيث قسمت الممارسة إلى عامة ومحدودة وطريقة الاتفاق المباشرة. والحقيقة هذا فراغ تشريعي، وكان حرياً بالمشرع العراقي سده؛ لأن هناك حالات معينة يجب أن يترك للإدارة الحرية لاختيار المتعاقد معها بعيداً عن العطاءات العامة. والأهم من هذا كله، أن التنظيم القانوني الإداري هو تطور مستمر، ومطلوب من المشرع العراقي مواكبة التطورات الإدارية والتشريعية وتجنب الجمود التشريعي.

ونلاحظ ورود أسلوب الدعوة المباشرة في التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨ يمثل ميل المشرع العراقي للتوجه إلى أسلوب الممارسة، ويتمثل أسلوب الدعوة المباشرة بقيام الجهة الحكومية

(١) انظر: المادة الأولى من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٧ الملغاة.

(٢) انظر: المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

بتوجيه الدعوة بالتجهيز أو التنفيذ إلى عدد من المجهزين أو المقاولين أو الشركات لا يقل عددهم عن خمسة من ذوي الخبرة والاختصاص والقدرة والكفاءة والمعتمدين لدى الجهة المستفيدة - الجهة الحكومية - من حيث قيامها بأعمال مماثلة لدى الأخيرة بكفاءة وقدرة (فنية ومالية)، وتدعوهم لتقديم عطاءات بتجهيز مادة معينة ضمن شروط وفترات محددة، تثبت فيها آخر موعد لقبول تلك العطاءات ومكان إيداعها، وتعتمد الإدارة إلى إجراء المفاضلة بين العطاءات المقدمة على أساس مطابقة المواصفات الفنية المطلوبة، وفترة التجهيز، والأسعار التنافسية، ويتم اللجوء إلى أسلوب الدعوة المباشرة في الحالات الآتية^(١):

- عندما تسعى الإدارة لشراء أدوات احتياطية لمنظومة إنتاجية معينة من إحدى الشركات المعتمدة والمتخصصة، والتي سبق وأن تم التعاقد معها أو تعهدت بموجب أحكام العقد توفير الأدوات الاحتياطية لتلك المنظومة الإنتاجية، أو أن تلك الأدوات تخص أجهزة إنتاجية تتولى توريدها شركة معينة أو مجهزة حصراً.
- عندما تسعى الإدارة لشراء مادة احتكارية أو شراء خبرة فنية لا يمكن الحصول عليها من خلال المناقصة العامة أو الدعوة التنافسية.
- عندما تسعى الإدارة لتكليف إحدى الشركات المتخصصة لتنفيذ عمل تخصصي أو وضع مادة معينة - حسب طلب الإدارة - ذات مواصفات عمل قياسية لا يمكن الحصول عليها من خلال الإعلان أو توجيه دعوات عامة، بل لا بد من قيام جهة معينة متخصصة بالعمل بموجب مواصفات معينة ومخططات وتصاميم حسب طلب الجهة المستفيدة؛ لذا تُسمى هذه الطريقة (بأوامر التكليف).
- عندما تكون طبيعة المواد محل العقد سرية في كل إجراء من إجراءات التعاقد والتنفيذ، أو تكون هناك أسباب أمنية تستدعي ذلك.
- إذا كان الهدف من وراء التعاقد تحقيق السرعة والكفاءة في التنفيذ، خاصة في حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية وتجهيز الأدوية والمستلزمات المنفذة للحياة.
- عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية

(١) انظر: نص الفقرة (رابعاً) من (م/٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الحالي لسنة ٢٠٠٨.

الفرع الثاني

أسلوب الاتفاق المباشر في القانون المصري والعراقي

إن الإدارة تلجأ إلى اتباع أسلوب الشراء المباشر في تعاقداتها؛ لمواجهة حالة الاستعجال التي يكون عنصر الزمن فيها عنصرًا جوهريًا وحاكمًا، بحيث يترتب على عدم التنفيذ للأعمال أو تأمين الأشياء والخدمات بصفة عاجلة إلى تعطيل عمل الإدارة، وإعاقة أداء وجباتها لظروف طارئة^(١). لذا، سنتناول الاتفاق المباشر في التشريع المصري والعراقي كما يلي:

أولاً- الاتفاق المباشر بالتشريع المصري:

الاتفاق المباشر هو تعاقد جهة الإدارة المباشرة مع التعاقد الذي وقع اختيارها عليه، ودونما مناقصة أو مزايمة أو ممارسة؛ بمعنى أن جهة الإدارة تسلك فيه سبيل التعاقد مباشرة، فتحلله من ضوابط وقواعد طريق المناقصة بصورها العامة والمحدودة والمحلية وما تخضع له من قيود^(٢). ويتبين من التعريف السابق أن الاتفاق المباشر تحل فيه جهة الإدارة من اتخاذ الإجراءات التي رسمها المشرع، لها لاختيار فيمن تتعاقد معه. ومن ثم، فلا يرخص به القانون إلا على سبيل الاستثناء، وفي مجالات معينة، وبالتعاقد مباشرة مع مَنْ ترغب من الموردين أو المقاولين دون التقيد بإجراءات المناقصات والممارسات بأنواعها، وتنتمتع الإدارة في هذا الأسلوب من أساليب التعاقد بحرية كاملة في اختيار مَنْ تتعاقد معه دون اتخاذ أي إجراءات سابقة. ولهذا، يُطلق على هذا الأسلوب الاتفاق المباشر

(١) انظر: المستشار الدكتور حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، موسوعة العقود الإدارية الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٨، ص ١١٣.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ١٩٩٨/١/٢١ ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤، المجموعة من يناير ١٩٩٨ حتى مارس ١٩٩٨، الجزء الثاني، ص ٢١. وفي ذات المعنى إفتاء إدارة وزارة الموارد المالية والري - ملف قسم = ٣٨٥/٢/٣، بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٩ لم ينشر بعد. وقد عرّف الفقه الاتفاق المباشر بأنه تقنية استثنائية لإبرام العقود الإدارية تقنية تقوم أيضاً على التفاوض شأنها في ذلك شأن الممارسة، لكن وجه الاختلاف بينهما يتمثل في قيام الإدارة بالتفاوض في نطاق الممارسة بنوعها بعد استيفاء إجراءات العلانية، في جو تسوده روح المنافسة. في حين أن الاتفاق المباشر لا يتم من خلال العلانية والمنافسة إذا يترك للإدارة الحرية في أن تلجأ إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه؛ للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد. د. مهدي مختار نوح، مرجع سابق، ص ٥٩٣. د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص ٢٥٦. د. جمال عباس، مرجع سابق، ص ٣١٨. وهناك رأي مخالف يقول: تظل الإدارة ملتزمة بالإعلان المسبق عنها، والمنافسة الحرة، ولكن ليس بالشكل المحدد للمناقصة أو المزايمة، كما أن الإدارة تملك اختيار المتعاقد معها من غير المتنافسين. د. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، بدون ذكر دار نشر، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ٢٢١. وإن كان رأينا نؤيد الاتجاه الأول؛ لأنه أكثر موضوعية، خاصة فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية.

أو الشراء المباشر^(١). لذا، نلاحظ في هذا النوع من التعاقد تبرز فيه حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، فبمقتضى هذه الصورة من صور التعاقد لا تلتزم الإدارة بقبول العطاء الأقل، حتى ولو أعلنت عن العمل موضوع التعاقد، وناقشت أصحاب العطاءات فيه، بل تظل حرة في التعاقد مع مقدم العطاء الذي تراه أقدر على تحقيق النفع العام دون تقييد بأقل العطاءات المقدمة^(٢). إذن نستخلص مما تقدم، تمتاز هذه الطريقة بكون الإدارة تمارس من خلالها حرية تامة في اختيار مَنْ تتعاقد معهم، شأنها شأن الأفراد العاديين في اختيارهم لِمَنْ يتعاقدون معهم، فيكون لها أن تختار وتتفاوض وتساوم على كل شيء دون قيد أو شرط، اللهم إلا القيود العامة التي ترد على جميع صور التعاقد^(٣). ولا بد لنا من ذكر الحالات والشروط التي يجوز في ظلها إبرام العقد الإداري بطريقة الاتفاق المباشر، ألا وهي^(٤):

- ١- حالة الاستعجال.
- ٢- حالة الاحتكار لبعض الأعمال لدى عدد محدود جداً من المتعهدين أو المصدرين.
- ٣- حالة استخدام براءة الاختراع، أو الحق الذي تقرر لمالك واحد.
- ٤- الحالات التي تستلزم بطبيعتها خبرة فنية متخصصة لا يمكن أن يعهد بها إلا لمقاول ومتعهد محدد.
- ٥- الحالات التي تقتضي المصلحة العامة تقريرها بسرعة بالاتفاقات المباشرة لشراء الأسلحة والذخيرة.
- ٦- حالات شراء بعض المواد الأولية أو السلع الأساسية التي تحتاج إلى اختصاص عالٍ جداً ووسائل مالية ضخمة لا تملكها إلا أعداد محصورة من الشركات المهيمنة على ذلك المجال. بالإضافة لذلك، فقد تبين من التطبيقات العملية لإبرام العقد الإداري أن هناك بعض الجهات الإدارية قد تلجأ إلى التقسيم المصطنع لمجموعة السلع والخدمات محل التعاقد؛ وذلك لغرض استخدام أسلوب الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة، وعدم اللجوء إلى الوسائل الأخرى تعاقد الإدارة، إلا أن القانون النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات، الموضوع من قبل لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة، قد نص على: "أن تحقيق الغرض من قبل لجنة القانون التجاري الدولي

(١) انظر: د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٦٥١، أ.د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢١٤.

(٢) انظر: أ.د. محمد سعيد حسن أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٢، ص ٢٩٣.

(٣) انظر: د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٤) انظر: د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢١٦. وموريس أندريه، عقود الأشغال العامة الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الأولى، العدد الأول، ١٩٥٩، ص ٧٠٧.

في التعاقد يجب أن يكون بالنص على عدم جواز تكرار استخدام هذا الأسلوب أكثر من مرة واحدة خلال السنة الواحدة، من قبل الجهة الإدارية في أعمال المقاولات والإنشاءات أو شراء اللوازم والسلع، وذلك بعد الحصول على ترخيص من السلطة المختصة، فضلاً عن بيان الأسباب الملحة التي تقتضي اتباع أسلوب الاتفاق المباشر^(١). لذلك، يقتضي من التشريعات المتضمنة لنصوص حالة الاتفاق المباشر وتنظيم العمل به أن تسترشد بالضوابط الخاصة بهذا الأسلوب الواردة في القانون النموذجي المتضمن لحالات الاتفاق المباشر، وهي حالة عدم توافر السلع والإنشاءات التي تكون ناجمة عن أحداث من قبيل الكوارث الطبيعية، وبعض الحالات التي تقرر فيها الإدارة المتعاقدة لاعتبارات خاصة أن الشراء من مصدر واحد هو السبيل الأمثل، بالنسبة لظروفها ونوعية المشتريات التي تريد الحصول عليها، كمشتريات وزارة الدفاع بالنسبة لبعض الأسلحة، ومشتريات وزارات التموين بالنسبة لبعض السلع التموينية في ظروف معينة^(٢).

أما حالات الاتفاق المباشر في مصر: فقد نصت المادة السابعة والثامنة على حالات لجوء الإدارة إلى التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، وهي حالات الاستعجال والضرورة القصوى. وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في الحالات التي لا يمكن معها انتظار إجراءات المناقصات والممارسات، أو في حالة عدم جدوى هذه الأساليب الأخيرة؛ بسبب استحالة المنافسة عملاً، كما لو كان التعاقد يتطلب الاستعانة بمنتجات تحتكرها شركة أو شخص معين. هذا بالإضافة إلى بعض العقود التي ترغب الإدارة في إبرامها، وقد تقتضي المصلحة العامة إحاطتها بالسرية كعمليات التوريد المتعلقة بشئون القوات المسلحة، فهنا يكون الاتفاق المباشر هو الأسلوب الدائم^(٣). لذا، سنجمل حالات الاتفاق المباشر بما يلي:

أ. حالة الاستعجال:

تنص المادة (السابعة) السابق ذكرها على أنه: "يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها أن يتم بطريق الاتفاق المباشر بناءً على ترخيص...".

(١) انظر: المادة (٢) من الفقرة (٢) من القانون النموذجي لاشتراء السلع والخدمات الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL).

(٢) انظر: المادة (٢٢) البند الثاني القانون النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة.

(٣) انظر: د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٢١٩.

ويثور تساؤلٌ ما هي الحالة العاجلة التي قصدها المشرع، والتي لا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة؟

تتحقق الحالة العاجلة كلما كان من شأن التأخير في التعاقد إحداث أضرار لا يمكن تداركها، وعندما يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر هو الأسلوب المناسب لدفع الضرر الناجم عن التأخير في التعاقد^(١). وحالة الاستعجال هي التي تبرز الخروج على القواعد العامة الواجب اتباعها في الأحوال العادية. وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن معيار الاستعجال هو معيار موضوعي تقدره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء، ذلك في ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتي تعكس ضرراً محتمل الحدوث فيما لو تأخر إبرام العقد إلى أجل تستلزمه الإجراءات الأخرى^(٢). وقد ذهب جانبٌ من الفقه المصري إلى أن حالة الاستعجال التي تتيح للإدارة اللجوء إلى الاتفاق المباشر لا تتحقق إلا إذا كانت حقيقة ملحة، وغير مفتعلة ولها سند من الواقع^(٣). ومما يدعم ويؤكد هذا الرأي ما انتهت إليه إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية، إلى أن عدم توافر حالة الاستعجال على نحو حقيقي لا يبرر لجهة الإدارة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر^(٤).

ب. حالة الضرورة:

أجازت المادة (الثامنة) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي لوزارتي الدفاع والإنتاج الحربي وأجهزتهما في حالة الضرورة التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية، أو الممارسة المحدودة، أو الاتفاق المباشر، ويجوز للسلطة المختصة التفويض في أي من اختصاصاتها، وذلك مع

(١) انظر: د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٢) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٣٤ق، جلسة ١٩٨٩/١٢/٩، مجموعة السنة ٣٥، ص ٤٢٩. وقد صدر هذا الحكم في نطاق ما كانت تنص عليه المادة (٥) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حول إمكانية اللجوء إلى الممارسة في حالة الاستعجال، ولكن هذا المعيار الموضوعي من جانب المحكمة يصلح للتطبيق على حالة الاستعجال المطلوبة لاستخدام تقنية الاتفاق المباشر، ولا سيما أن تقرير اللجنة المشتركة (من لجنة الخطة والميزانية، ومكتبي لجنتي الشؤون الدستورية والتشريعية والشؤون الاقتصادية) عن مشروع قانون إصدار قانون المناقصات والمزايدات قد ذكر صراحة أن حالة الاستعجال لم تذكر في نطاق حالات الممارسة المحدودة؛ لأنها أضيفت إلى المادة (السابعة) الخاصة بالاتفاق المباشر، راجع أ. د صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ٤٩٣.

(٣) انظر: المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية، مرجع سابق، ص ٩٠، والمستشار الدكتور حسن محمد هند، والمستشار الدكتور محمد حسن علي، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٤، ص ١٩٥.

(٤) حيث ذهبت إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والري أن جهة الإدارة قد استنفدت من الوقت ما يقارب العامين، ولم تنته حتى الآن من إسناد عقد تشغيل وصيانة محطة طلبات مبارك بتوشكي، بشكل قاطع ونهائي ويقيني على عدم توافر حالة الاستعجال التي تبرر اتباع ذلك الطريق الاستثنائي للتعاقد، فتواها رقم ٣٨٥/٧/٣ بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٩.

إعمال أحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧^(١) بشأن إعفاء العقود الخاصة بالتسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية والقوانين المعدلة له، وللسلطة المختصة التفويض في أي من اختصاصاتها. وهذا الاستثناء مرده طبيعة تعاقدات هذه الجهة وما تقوم عليه من اعتبارات تتعلق بالأمن القومي والمجهود الحربي، كما أجاز المشرع في الفقرة الثانية من المادة ذاتها لرئيس مجلس الوزراء - في حالة الضرورة - التصريح لجهة بعينها، وللاعتبارات التي يقدرها من طبيعة عمل ونشاط تلك الجهة أن تتعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وبالشروط والقواعد التي يحددها. وبناءً على اعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك اللجنة غير أن ذلك متوقف في الحالتين على توافر حالة ضرورة حقيقية فعلية تستند إلى الواقع وغير مفتعلة أو غير ناشئة عن فعل الإدارة، وإلا كان ذلك تحايلاً^(٢).

ت. حالة الضرورة القصوى:

أجازت الفقرة الأخيرة من المادة (السابعة) من القانون الحالي لرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات، أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية، أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال. ونجد أن المشرع قد منح لرئيس مجلس الوزراء سلطة الإذن باللجوء إلى الاتفاق المباشر في حالات الضرورة والضرورة القصوى بدون حد أقصى. وقد تعرض هذا النص لانتقادات شديدة عند مناقضة مشروع القانون^(٣). أما من جانب الفقه، فإن هذا الحكم يمنح لرئيس مجلس الوزراء الصلاحية بالخروج على أحكام القانون المتعلقة باختيار من تتعاقد معه الإدارة، ويتنافى مع مبدأ تكافؤ الفرص وحرية المنافسة والمساواة. وهذا أمر يتنافى مع كون الاتفاق المباشر طريقاً استثنائياً للتعاقد، ولا سيما أن عبارة الضرورة والضرورة القصوى عبارات فضفاضة، ومرجع تقديرها سيكون لرئيس مجلس الوزراء، وليس من حسن السياسة التشريعية في الدول الحديثة أن تضع

(١) انظر: الجريدة الرسمية، العدد (١١٠٣) في ٣١ ديسمبر عام ١٩٥٧، ومادة (١) تعفي من جميع الضرائب والرسوم الحكومات والمؤسسات الأجنبية التي تتعاقد معها وزارة الحربية في إبرام وتنفيذ هذه العقود لجميع القواعد والتعليمات المالية لأغراض التسليح، ولا تخضع وزارة الحربية في إبرام وتنفيذ هذه العقود لجميع القواعد المالية المنصوص عليها في القوانين واللوائح. وتعفي الوزارة فيما يتعلق بهذه العقود من تفتيش ورقابة كل من ديوان المحاسبة ووزارة المالية والاقتصاد.

(٢) انظر: المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية، مرجع سابق، ص ٩١ .

(٣) انظر: مضبطة مجلس الشعب - الجلسة الثانية والثمانون في ١٩٩١/٥/٦، ص ١٥؛ حيث ارتأى أحد الأعضاء أن السلطة الممنوحة لرئيس مجلس الوزراء هي مدخل من مداخل أوامر التكليف التي حرص رئيس الوزراء على إلغائها، والتي أضاعت على الدولة والبنوك ومشروعات المقاولات عشرات المليارات.

السلطة التشريعية قواعد تسمح بالخروج الكامل عليها^(١). ورأيي كباحثة أن رئيس مجلس الوزراء بصفته على رأس السلطة التنفيذية بالدولة تكون لديه الصلاحية باستخدام سلطاته دون الإضرار بالمصلحة العامة، خاصة في الأحوال الطارئة التي لا تحتمل التأخير. ونظرًا لخطورة أسلوب الاتفاق المباشر – كاستثناء على قاعدة المناقصة العامة –، فإنه يجب أن يقدر بقدر، ولذلك وجب التقيد بالحالات المبررة لإصداره. فإذا لم يكن هناك مبررٌ قويٌّ لإصدار الأمر المباشر، أو كان المبرر واهياً ضعيفاً وغير مقنع، فإنه لا بد من تحقيق مبدأ المساءلة العامة وتحميل المسؤولية للشخص أو الجهة المعنية^(٢).

ثانياً- الاتفاق المباشر في القانون العراقي:

لقد أخذ المشرع العراقي بهذه الطريقة في القانون السابق؛ حيث يتم الاتفاق بين الإدارة والمتعهد معها بواسطة الاختيار المباشر، فالإدارة بهذه الطريقة لا تتقيد بإجراءات التعاقد بالمناقصات ولا بتلك المتبعة في المزادات أيضاً. ويجنب اتباع هذه الطريقة الإدارة مشاكل آلية الإرساء في المناقصات، وتعطيها مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال صلاحياتها التقديرية في اختيار مَنْ يتعاقد معها. وقد لا يكون هناك مبررٌ لإجراء المناقصة عندما يكون موضوع العقد منصباً على مواد تحتكرها شركة، فيحال إلى الاتفاق معها بشكل مباشر^(٣). وقد تولي الإدارة اعتبارات الأمانة والثقة اهتمامها الأول، وتعد العقد على هذا الأساس مع شخص تختاره بالذات، وقد يكون رأس المال اللازم لتنفيذ المشروع لا يملكه إلا أحد المقاولين، فيجري التعاقد معه لتفادي الوقوع في عقد مع مقاول ليس قادراً على إتمام تنفيذه^(٤). كما قد تطلب الإدارة دراسات معينة لا يمكن أن يقوم بها أشخاص محدودون أو مكاتب معينة، فتلجأ الإدارة إلى مَنْ يستطيع القيام بمثل هذه الدراسة أو البحث للتعاقد معه على ذلك. وعقود الدراسات لها مواضيع مختلفة مثل الدراسات الفنية أو الصناعية أو عقود خبرة معينة أو

(١) انظر: في ذلك أ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٣، مرجع سابق، ص٢١٥، والمستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية، مرجع سابق، ص٩٣، د. عاطف سعدي محند، مرجع سابق، ص٢٢٣، والمستشار د. حسن محمد هند، والمستشار د. محمد حسن علي، مرجع سابق، ص١٩٦ وما بعدها.

(٢) انظر: د. عبد الرؤف جابر، دور رقابة ديوان المحاسبة (دراسة قانونية مقارنة)، مؤسسة دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٧، المساءلة والمسئولية مشار إليه عند المؤلف نفسه في النظرية العامة في إجراءات المناقصة والعقود، مرجع سابق، ص٦٦.

(٣) انظر: د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط٣، جامعة اربد، ١٩٩٨، ص٢٣٢-٢٣٣. ود. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٣، ص٤٩٦.

(٤) انظر: د. ماهر الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٨٤.

دراسات اجتماعية أو اقتصادية أو عمل أبحاث في مجال معين^(١)، لكن التشريع الحالي لم يتضمن أية إشارة إلى الاتفاق المباشر، إنما وجدناه ذكر نوعاً جديداً من المصطلحات – التي تضمنتها الفقرة الخامسة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية – وهو الحالي الذي يُسمى (بأسلوب العطاء الواحد)^(٢)، ويعرف بما يلي: "ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً من جهات التعاقد لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية بتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الخدمات الاستشارية أو التصنيع، وذلك عند الضرورة، ولوجود أسباب تستدعي ذلك"^(٣). ويفهم من ذلك، أنه يتم توجيه الدعوة لشركة أو مكتب تجاري واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية - ذلك على سبيل الحصر - بتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الصيانة ذات الطبيعة التخصصية للأعمال المتعاقد عليها وبعد استحصال الموافقات الأصولية.

ونلاحظ أن هذه التعليمات أجازت إجراء المفاوضات مع المتقدم الوحيد صاحب العطاء الواحد بخصوص الأسعار في العقود الاحتكارية فقط دون غيرها من الأساليب، على أن تكون ضمن الكلفة التخمينية للعقد.

(١) انظر: د. ماهر الجبوري، مبادئ القانون الإداري، ص ٢٣٢. ود. علي محمد بدير وآخرون، مرجع سابق، ص ٤٩٥ - ٤٩٦.

(٢) لقد تم إدخال مصطلح جديد صدر بعد الاحتلال بناءً على أمر سلطة الائتلاف (العطاء الواحد) العرض الواحد، ويفهم من مضمونه أنه يحمل المعنى نفسه للاتفاق المباشر، وكان الأجدد بالمشروع العراقي أن يبقى على التسمية السابقة (الاتفاق المباشر) أو ما أخذ به المشروع المصري؛ لكون التسمية أكثر دقة ووضوحاً.

(٣) انظر: نص الفقرة (خامساً) من (م/٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.