

الفصل الأول

المبادئ العامة للتعاقد بأسلوب المناقصة الحكومية

تمهيد وتقسيم:

لقد استقر الفقه والقضاء والتشريع^(١) على أن تخضع المناقصة العامة لعدة مبادئ مهمة، تعد كضمانات تكفل دقتها وصحتها وسلامتها، وتتمثل هذه الأحكام في مبدأ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة والشفافية وحرية المنافسة. ويضاف إلى هذه المبادئ مبدأ آخر يعد ضرورياً لتكامل به قيمتها، وهو مبدأ سرية العطاءات^(٢).

وقد بينت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة هذه المبادئ بقولها: "... إن مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة هي التي تظلل المناقصات جميعها، وتحيطها بسياج من الضمانات يمنع العبث في إجراءاتها والتلاعب في نتائجها، فإذا أحجبت هذه 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^(٣).

(١) انظر: نص المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات التي ورد بها في هذا الشأن أن تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة.

(٢) وفي شأن حكمة ومبررات هذه المبادئ، تقرر المحكمة الإدارية، وبعد التنويه إلى كون المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة، وذلك وقت كانت المناقصة هي وحدها في موقع القاعدة العامة ومميزاتها في هذا الصدد ستسحب أيضاً إلى الممارسة العامة بعد أن جاورتها في هذا الموقع بنص قانون المناقصات والمزايدات الحالي، أنه لا يتأتى تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت المناقصة بالسرية التامة، وجعل مبدأ المساواة بين المتنافسين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد واستثناء، وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص؛ مما يخرج المناقصة عن الهدف الذي تقرر من أجله، ويفوت الغرض من عقدها. وشروط المناقصة على هذا الوضع هي بمثابة قانون التعاقد، فلم توضع لمصلحة أحد من المتعاقدين، إن شاء أخذ بها وإن شاء لا يأخذ بها، وإنما وضعها كان للمصلحة العامة، فلا سبيل للانفكاك عنها، وكل عمل يتم على خلافها لا يعتد به ولا يترتب عليه أي أثر، لأنه يناقض الأساس الذي قامت عليه المنافسة بين المتنافسين". ينظر: طعن ١٥٥٨ لسنة ٦٦ ق ١٩٦٢/١١/٢٤ المجموعة لسنة ٨ بند ١١، ص ١١٣، مشار إليه عند د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٣) بناء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥٠٠ في ١٩/٦/١٩٩٣ - مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً - ص ٢٧١. وقد أشارت محكمة القضاء الإداري إلى هذه المبادئ في حكمها الصادر بجلسة ١٩٥٧/٤/٢١ في القضية المرقمة ٢٩٤٦، لسنة ٧ق، والذي تذكر فيه من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة، الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين... مشار إليه عند المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات وعقود الجهات الإدارية، مرجع سابق، ص ٦١.

وبناءً على ما سبق ذكره، نجد تعدد الأحكام والمبادئ العامة التي تخضع لها المناقصة العامة في مبادئ العلانية والمساواة والمنافسة، وسوف نتناول هذه المبادئ بالدراسة من خلال ثلاثة مباحث، على النحو التالي:

المبحث الأول: مبدأ العلانية.

المبحث الثاني: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

المبحث الثالث : مبدأ حرية المنافسة.

المبحث الأول

مبدأ العلانية^(١)

نقصد بالعلانية "معرفة الكافة أن الدولة سوف تبيع أو تشتري أو تؤجر أو تقوم بشغل عام... إلخ". فلا يصح أن يكون إبرام العقد الإداري بطريقة سرية في أجواء تشوبها الريبة، ويحوم حولها الشك^(٢)، فلا بد أن تكون كافة المعلومات المتعلقة بالعملية المعلن عنها متاحة للجميع، وبشكل علني بحيث لا يؤدي إخفاء بعض المعلومات إلى مصادمة لآليات السوق^(٣). فمن غير العلانية لا نكون أمام مجال حقيقي بين الراغبين في التعاقد مع الجهة الإدارية^(٤). وبناءً على ما سبق، سنقوم بدراسة الإعلان في المناقصات والآثار المترتبة على مخالفته وفقاً لما يلي:

(١) هناك رأي يرى الإعلان ليس مبدأ مستقلاً من المبادئ التي تخضع لها المناقصة، وإنما هو ينطوي تحت مبدأ المنافسة، إذ لا يتصور قيام منافسة حرة كاملة إلا إذا أعلنت المناقصة للكافة، والاكتفاء بمبدأي المنافسة والمساواة؛ فهذان هما الأساس لوسيلة تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة العامة. وإن كان رأينا، رغم الترابط بين المبادئ، لكن في الوقت نفسه لا يمكن إلغاء استقلالية مبدأ العلانية. د. فؤاد العطار: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٩١. وأ. د. محمد سعيد حسين أمين: دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، مرجع سابق، ص ٣٤٨، والعقود الإدارية للمؤلف نفسه، بنون دار النشر، ٢٠٠٥، ص ٢٢١. والمستشار حسين درويش عبد العال: وسائل تعاقد الإدارة في المناقصات والمزايدات والممارسة، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٢) انظر: د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩، ص ٥٢.

(٣) انظر: د. نهى الزيني، بحث بعنوان انعكاس قواعد اتفاقيات التجارة العالمية. وينظر: أحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، ص ١٤٠، مشار إليه عند، مطيح علي حمود جبر: العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ٢٦٠.

(٤) انظر: الباحث هاني عبد الرحمن غانم، أساليب التعاقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

المطلب الأول

الإعلان عن التعاقد

يقصد بالإعلان عن المناقصة "إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد، وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد، ونوعية المواصفات المطلوبة"^(١).

ويعد مبدأ العلانية أحد المبادئ الهامة والرئيسة الحاكمة للمناقصة العامة؛ حيث العلانية تضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي^(٢)؛ لأنها هي التي تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية^(٣). وعليه، لا يتصور قيام منافسة حرة كاملة، إلا إذا أعلنت المناقصة للكافة^(٤)؛ لأن غاية الإدارة من التعاقد هو تحقيق المصلحة العامة، وليست المصلحة الشخصية، فإنها تحرص على إعلان أكبر عدد ممكن من الأفراد والشركات برغبتها في التعاقد. ومن هنا، نظم القانون أحكام الإعلان عن المناقصة لتقديم الأفضل من العروض، والتأكد من عدم المحاباة أو تفضيل أشخاص بقدراتهم على التعاقد مع الإدارة^(٥). ويهدف الإعلان عن المناقصة إلى إيصال أمرها إلى علم كل من يوجد لديه القدرة والمتطلبات اللازمة لتنفيذ العملية موضوع التعاقد^(٦).

ونفهم مما سبق، أنه عن طريق هذا المبدأ تتم جميع عمليات المناقصة في نطاق علني، ابتداءً من الإعلان عنها، وبالطرق المحددة قانوناً، مروراً بانعقاد جلسات اللجان المختصة في المكان والزمان المحددين لها، وبشكل علني. وكذلك إتاحة الفرصة أمام كافة المعنيين بالمناقصة في حضور جلسات تلك اللجان، ولا سيما لجان فتح المظاريف، وقراءة العطاءات وترتيبها^(٧)، والتزام الإدارة

(١) انظر: د. محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٦. وهناك من يعرف الإعلان توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة، ينظر: أ.د. جابر نصار، العقود الإدارية، ط ٣، مرجع سابق، ص ١٤٨. وأ.د. ماجد راغب الطو: القانون الإداري (ذاتية القانون الإداري - المركزية واللامركزية - الأموال العامة - الموظف العام - المرافق العامة - السلطة التقديرية - التنفيذ المباشر - نزاع الملكية للمنفعة العامة)، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، ١٩٩٤، ص ٥٨٣.

(٢) انظر: هاني عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٣) انظر: د. مهدي نوح، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٤) انظر: المستشار حسن درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٥) انظر: د. عبدالله حنفي، العقود الإدارية، الكتاب الأول (ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه)، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٩٧.

(٦) انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٧) انظر: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

بنشر كافة القرارات المتعلقة بالعملية التعاقدية في المكان والزمان المحددين لذلك^(١)، والتزامها كذلك ببيان أسباب كافة القرارات الصادرة عنها بشأن تلك العملية^(٢).

ويعد الإعلان عن إجراءات المناقصة وسيلة يتمكن من خلالها ذوو الشأن مراقبة الإدارة والمتابعة لمدى احترامها للإجراءات التي فرضها عليها القانون^(٣).

لذلك، يعتبر الإعلان أحد القواعد الأساسية التي تسبق وتقوم عليها المناقصة، فهو بمثابة الخط الرئيسي المميز لها، ويعد الإعلان عن أية مناقصة دليلاً على أنها ستتم وفقاً للشروط التي أعلن عنها، وهذا بدوره يؤدي إلى تسهيل الرقابة على الإدارة، سواء كانت الرقابة ذاتية أو قضائية^(٤).

لذا، يجب على الإدارة أن تراعيه - وفقاً لما جاءت به النصوص التشريعية - وإلا كان الجزاء هو البطلان بعكس الأخطاء المادية التي يمكن بسهولة تداركها، فإنها لا تعد إجراءات أو إشكالات جوهرية يترتب عليها هذا الجزاء^(٥).

وتحقق العلانية فوائد عدة، منها:

١. تجنب الإدارة أجواء الشك والريبة في التعامل النزيه في عملية إبرام العقود.
٢. تحقق المنفعة المادية من خلال خلق أجواء من المنافسة المشروعة بين عدد غير محدود من الراغبين بالتعاقد، مما يؤدي إلى إحالة العقد على أنسب العروض من حيث الأسعار وأفضلها من الناحية الفنية.
٣. تعزيز مبدأ حرية التجارة والعمل والمساواة بين الأفراد في ذلك.

(١) انظر: المادة (٤٠) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م.

(٢) الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها، إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها، وعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها، وإلا إذا كان معيياً بعيب شكلي، وسواء كان لازماً تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً، فإنه يجب أن يقوم القرار الإداري على سبب يبرره صدقاً وحقاً، أي في الواقع وفي القانون، وذلك كركن من أركان وجوده ونفاذه. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٤٧١ ق - جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٩، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٥، وحكمها في الطعن رقم ١٥١٣، لسنة ١٩٩٤ ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٧ والطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٣٤، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٧ المرجع السابق نفسه، ص ٩٩٦، وراجع المادة (١) فقرة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م، والمواد (٦-١٥-١٦) من ذات القانون المشار إليه، والمادة (٢٥) من لائحته التنفيذية والتي طلب فيها المشرع تسبب القرارات المتعلقة بالمراحل المختلفة من المناقصات، راجع الفقرة (٢). في حين أن التسبب يعد ملزماً في القانون الفرنسي إذا كان ضماناً جوهرية لصالح الأفراد.

(٣) انظر: د. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٤) انظر: د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٥) انظر: د. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، جامعة حلوان، بدون تاريخ نشر، ص ٦٣.

إنّ درجة العلنية تختلف من مناقصة إلى أخرى؛ فهي في المناقصات العامة تكون عامة ومطلقة، وفي المناقصات المحدودة تكون أقل عمومية، خاصة في المناقصات المحلية، أما المناقصات القائمة على أساس توجيه دعوات خاصة، فتكون محدودة جداً أو بقدر ما توصل به الإدارة العلم إلى مَنْ توجه إليهم دعوة المناقصة^(١).

كما أن الإعلان فيه مصلحة للأفراد أو الشركات؛ لأنه يشعرهم بالاطمئنان بشأن سلامة العطاءات من أي تواطؤ يمكن أن ينشأ بين الإدارة وأحد المتنافسين للتعاقد، حتى لا تقصر الإدارة عقودها على طائفة معينة من الأفراد أو الشركات بحجة أنهم وحدهم تقدموا للعطاء^(٢).

ونظراً لأهمية الإعلان عن المناقصة، فإن القوانين التي تنظمها دائماً تحرص على النص عليه صراحة^(٣)؛ فلقد نص عليه المشرع الفرنسي في قانون العقود الإدارية، وتطلب توافره في عقود الدولة في المادة (٨٤)، أو بالنسبة للعقود التي تبرمها المحليات^(٤).

وكذلك نص عليه المشرع المصري بالمادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨^(٥). كما أن قاعدة الإعلان عن المناقصة تعتبر قاعدة أساسية، وهي تضمن عنصرين:

الأول: هو أنه يجب الإعلان عن المناقصة سلفاً، وهذا الإعلان هو الذي يسمح بإعمال مبدأ المساواة ومبدأ حرية المنافسة.

الثاني: فهو يتعلق بعلانية الإجراءات المؤدية إلى إبرام العقد^(٦).

(١) انظر: د. محمود الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣.

(٢) انظر: د. نعم سيوفي، محاضرات في القانون الإداري، ج ٢، ١٩٦٥، ص ١٣٢.

(٣) نظراً لأن العلانية هي المعادل الموضوعي الأساسي لمبدأ المنافسة الحرة، فقد تبناها المشرع الفرنسي بشكل واضح في كل التشريعات التي تحكم إبرام عقود الشراء العام، راجع المادتين (١١ - ١٢) من مرسوم ١٩٤٣/٤/٦ الملغي. كما تبناها في تقنين عقود الشراء العام الحالي الذي ينص في المادة (٢٨) منه على ما يلي: (... إن عقود الشراء العام تطرح على أساس دعوة عامة للمناقصات) في المادة (٨٨) من ذات القانون.

(٤) انظر: أ.د. جابر نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(٥) وهو نص المادة الثانية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الملغي رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، والذي جاء به " تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة".

(٦) انظر: د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٧١.

كما نصت المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية على المبدأ نفسه؛ حيث أوجبت أن يتم "الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار".

وعلى النهج نفسه سار المشرع العراقي باعتبار الإعلان هو أول خطوة في عملية التعاقد بالمناقصة، ويقصد به "إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاون بتعيين مشروع معين أو طلب سلعة أو خدمة من المقاولين ذوي الخبرة والاختصاص والكفاءة"^(١).

وقد نظمت القوانين والأنظمة والتعليمات العراقية كيفية الإعلان؛ ففي المادة التاسعة من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ المعدل، نصت في فقرتها الثالثة بما يلي:

"يعلن عن بيع المال غير المنقول أو إيجاره بالمزايدة العلنية في صحيفة يومية من الصحف التي تصدر في بغداد، وتعلق نسخة من الإعلان في الدائرة التي تقوم ببيعه أو إيجاره وأخرى على مدخله، وتقرر اللجنة - إضافة إلى ذلك - نشر الإعلان وإذاعته لوسائل الإعلان الأخرى إذا رأت أن المصلحة تدعو إلى ذلك"^(٢).

ويعد الإعلان دعوة عامة لمن تنطبق عليه الشروط والمواصفات القانونية المطلوبة، وقد أكدت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ على مبدأ العلانية من خلال نص المادة الثالثة منها^(٣).

وترتيباً على ما سبق، سوف نتناول فيما يلي: محتوى الإعلان، وكيفية الإعلان، وأسلوب الإعلان في كل من مصر والعراق في الفروع التالية:

(١) انظر: ياسين كريم محمد، بحث بعنوان (تعليمات المناقصة وجدواها في الوضع العراقي ومقارنتها مع باقي الأنظمة)، كلية القانون، كلية مدينة العلم الجامعة، بغداد، ٢٠١٠، ص ٧.

(٢) انظر: د. ماهر الجبوري، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ج ٢٩٤، دار الكتب للطباعة، جامعة الموصل، ١٩٩٦، ص ٢٣٠.

(٣) لقد نص البند (أ) من الفقرة (٣) من (م/٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على ما يلي: "يتم نشر الإعلان في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار على الأقل، على أن تكون جريدة الإعلان الصادرة عن وزارة المالية إحداها... والمنشور في مجلة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٧٥) في ١٩/٥/٢٠٠٨، ص ١٠. وقد أشارت الفقرة (ثالثاً) من المادة (الرابعة) من تعليمات تنفيذ ومتابعة وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ الملغى أن الإعلان عن المناقصة يجب أن ينشر في الصحف المحلية. وقد تم إلغاء هذه التعليمات، وحلت محلها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧، والأخيرة ألغيت، وحلت محلها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

الفرع الأول

محتوى الإعلان

يقصد بمحتوى الإعلان جملة البيانات اللازمة التي تمكن المخاطبين بإجراءات المناقصة من العلم بها^(١)، والقاعدة العامة يجب أن يتضمن الإعلان عن العطاءات البيانات الآتية:

موضوع العطاء، موقع المشروع، ثمن نسخة العطاء، وفئات المقاولين أو المستشارين المسموح لهم بالاشتراك في العطاء، وتاريخ آخر موعد لشراء نسخ العطاء، وبيان الساعة والتاريخ المحددين لموعد إيداع العروض، ومكان إيداعها، وقيمة التمويل ومصدره بالنسبة للمشاريع التي يتم تمويلها من جهات معينة^(٢).

وهناك مَنْ يرى أن هذه البيانات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وإنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة أولية عن الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد تسليم العروض ومكان تسليم هذه العروض. ويمثل هذا الحد الأدنى البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين^(٣)؛ لذلك نجد المشرع نص على وجوب ما يتضمنه الإعلان، مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء إليها من بيانات مهمة. ومن ثمَّ، نجد الهدف من محتوى الإعلان إعلام المتنافسين بفتح المناقصة وإعطاؤهم معلومات عن الشروط العامة للعقد، لذلك يتكون الإعلان من مضمون المناقصة والأجزاء الرئيسية المكونة للعقد المراد إبرامه.

ونستنتج من خلال ذلك، أن الإدارة بإرادتها المنفردة تحدد محل العقد، وموضوعه، وشروطه، وتعرضه لجميع الأشخاص المهتمين، والمعنيين به؛ فلكل شخص تتوافر فيه الشروط المطلوبة حق الاشتراك بالمناقصة، وتقديم عرض خاص للتعاقد مبين فيه الأسعار التي يقبل بها^(٤)، ولأهمية الإعلان عن العطاءات كإجراء أولي لإبرام العقد الإداري، فقد نصت التشريعات المقارنة بما يلي:

ففي مصر: وفقاً لما جاء بالمادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فإن الإعلان عن المناقصة استلزم أن يتضمن الإعلان ما يلي:

(١) انظر: د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

(٢) انظر: أ.د. ماجد راغب الطلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص ١٤٦.

(٣) د. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٤٤١.

(٤) انظر: أ.د. علي خنطار شنطاوي، الوجيز في القانون الإداري، ط ١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٣، ص ٦٩٤.

- ١- الجهة التي تقدم إليها العطاءات.
- ٢- آخر موعد لتقديم العطاءات.
- ٣- الصنف أو العمل المطلوب.
- ٤- مبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائي.
- ٥- ثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها، وأية بيانات أخرى تراها الجهة الإدارية ضرورية لصالح العمل.

أما في العراق: فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على أن يتضمن الإعلان الشروط التالية ونواح وجب مراعاتها، والتي سوف نوردتها فيما يلي^(١):

- ١- اسم المناقصة ورقمها وعنوانها والتبويب المدرج في الموازنة.
- ٢- وصف موجز للمشروع أو العقد المطلوب تنفيذه، مع بيان تفاصيل الخدمات والسلع المطلوبة.
- ٣- المبادئ الأساسية للعقد الذي سيبرم وكيفية دفع الأجور أو المبالغ المتفق عليها لاحقاً كالنسبة المئوية أو المبلغ المقطوع أو النفقات المسددة، وغير ذلك من الطرق المتعارف عليها، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالموضوع في قانون الموازنة.
- ٤- الموقع الإلكتروني لجهة التعاقد عنوان البريد الإلكتروني للتشكيل الإداري المسؤول عن المناقصة فيه.
- ٥- النص على أيلولة ملكية التصاميم والخرائط والمواصفات التي تعدها الجهة التي وجهت لها الدعوة المباشرة عند التعاقد معها، باستثناء الحالات الخاصة وبموافقة الوزير المختص، على أن تمتنع هذه الجهات عن نشر أية معلومات تتعلق بطبيعة العقد إلا بعد الحصول على تخويل خاص بذلك من الوزارة المختصة.
- ٦- الطلب من مقدمي العطاءات إرفاق الوثائق المؤيدة للأعمال المماثلة - إن وجدت - مع عطاءاتهم مؤيداً من جهات التعاقد المعنية.
- ٧- الطلب من مقدمي العطاءات بيان مؤهلات الجهاز الفني فيها، والاختصاصيين المتفرغين وغير المتفرغين العاملين لديها عند تنفيذ مشاريع المقاولات بمختلف أنواعها.
- ٨- مكان وموعد بيع مستندات المناقصة.

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

- ٩- مقدار التأمينات الأولية وهي مبلغ مقطوع يتراوح بين (٢% إلى ٥%) من الكلفة التخمينية للمشروع حسب أهمية العمل، ولا يجوز تحديدها على أساس نسبة مئوية من مبلغ العطاء.
- ١٠- موعد غلق المناقصة.
- ١١- سعر مستندات المناقصة غير القابلة للاسترداد.
- ١٢- درجة وصنف المقاول المطلوب وأية معلومات أخرى تراها الجهة الإدارية ضرورية للمناقصة.
- ١٣- الطلب من هذه الجهات تقديم منهاج العمل المطلوب.
- ١٤- تحديد تاريخ انعقاد المؤتمر الخاص بالإجابة على استفسارات المشاركين في المناقصة وقبل موعد لا يقل عن (٧) أيام من تاريخ غلق المناقصة، إن تطلب الأمر عقد مثل هكذا اجتماعات، ويستثنى من ذلك مناقصات تجهيز المواد الغذائية.
- ١٥- النص على أن مبلغ مستندات المناقصة غير قابل للرد، ويعد إيراداً نهائياً للدولة.
- ١٦- يطلب تحديد السعر بالنسبة لعقود التجهيز في ضوء مكان الوصول (clf , cfr , fob, cip) وغيرها، مع مراعاة توجيهات المراجع العليا بهذا الخصوص، والأسس التعاقدية ذات الصلة بهذا الموضوع.
- ١٧- تحديد الغرامات التأخيرية في ضوء شروط التعاقد (كان تكون غرامات تأخير شحن، غرامات تأخير تسليم).
- ١٨- إمكانية قيام الجهة الحكومية بزيادة أو أنقاص المواد المجهزة سلع وخدمات.
- ١٩- تكون الجهة الحكومية غير ملزمة بقبول أوطاً العطاءات^(١).
- ٢٠- لجهة التعاقد الحكومية إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات، ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط.
- ٢١- تدوين أسعار العطاء بشكل مطبوع رقماً وكتابة.
- ٢٢- لا يجوز لمقدم العطاء شطب أي بندٍ من بنود مستندات المناقصة أو إجراء أي تعديل فيها مهما كان نوعه.
- ٢٣- تضمين مستندات العطاءات الأولية المعتمدة في احتساب نسب الترجيح لأغراض الترسية المعتمدة عليها في تحليل العطاءات.

(١) بمعنى أن الأسعار ليست المقياس الوحيد للمفاضلة؛ فقد تكون الأسعار ملائمة للإدارة إلا أن المادة غير جيدة أو أنها غير مطابقة للمواصفات والشروط الفنية المعتمدة، أو أن مدة التجهيز غير مناسبة وبعيدة المدى على سير عمل الإدارة وخططها الإنتاجية والاستشارية، أو أن المجهز غير معروف لدى الإدارة وغير مشهود له بالخبرة والكفاءة والمقدرة المالية والفنية؛ مما يعني وجود مخاطر عند الإحالة عليه، هذا من جانب. ومن جانب آخر، إن كلمة أوطاً دارجة بنص القانون العراقي، وتعني أقل بالقانون المصري.

- ٢٤- لا يجوز لمنتسبي دوائر الدولة والقطاع العام الاشتراك في المناقصات مباشرة وغير مباشرة.
- ٢٥- الطلب من مقدمي العطاءات بيان الموقع الإلكتروني في وثائق عطاءاتهم والبريد الإلكتروني واسم وعنوان الشخص المسؤول عن متابعة الاستفسارات التي تخص العطاء.
- ٢٦- أي تعليمات إلى مقدمي العطاءات والمتعلقة بالموضوع، وأي بيانات أو مستندات أخرى تتطلبها طبيعة العمل المطلوب تنفيذه أو المواد المطلوب تجهيزها أو الاستشارات المطلوب تقديمها.

مما تقدم نلاحظ، أن المشرع العراقي تناول بالإعلان شروطاً أكثر تفصيلاً من المشرع المصري الذي يعطي معلومات أولية لا تمثل كل ما يمكن معرفته، في حين أن الإعلان العراقي يزود مقدم العطاء المحتمل بالمعلومات الوافية على - سبيل المثال - البنود والشروط ونوع العمل وجدول التسليم؛ لكي تكون الاستجابة إلى المناقصة معقولة ومثمرة، على أن تشمل جميع المناقصات العوامل التي بموجبها يتاح لمقدم العطاء من تقدير الثمن، وعند إخفاق الإدارة بتقدير العطاء إزاء عوامل التقدير المذكور في الإعلان يعطي الحق لمقدم العطاء الاعتراض وفقاً لأحكام القانون.

وهناك فوائد عدة من الإعلان عن المناقصة، وهي^(١):

- ١- يمنح الفرصة لمقدم العطاء الوقت الكافي للرد.
- ٢- يتيح لمقدم العطاء فرصة طلب أي إيضاحات بشأن المناقصة وتمديد فترة الرد عليها إذا اقتضى الأمر ذلك.
- ٣- يتضمن الإعلان الموعد النهائي لتقديم الطلبات، وكذلك إمكانية قبول بعض العطاءات المتأخرة.

الفرع الثاني

كيفية الإعلان عن المناقصة

يستلزم القانون أن يتم الإعلان عن المناقصة بكيفية معينة تتصل بمكان النشر، وعدد مراته، واللغة التي ينشر بها، وميعاده (مدد الإعلان).

أولاً- وسائل النشر وعدد مراته ولغته:

في مصر: لقد نص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على وجوب أن يتم الإعلان عن العطاء في الصحف اليومية، كأصل عام. كما أضاف: "والعطاء الذي يعلن عنه، قد

(١) انظر: نص البند (ب) الفقرة (٣) من القسم (٤) المنافسة الكاملة والعينية من قانون العقود الحكومية العامة.

يكون داخلياً فيعلن عنه في مصر، أو خارجياً فيعلن عنه في مصر وخارجها، وذلك عند تعلق الأمر برغبة الإدارة في التعاقد مع شركات أجنبية أو مؤسسة أجنبية لتقديم الدراسات الاستشارية، أو أعمال فنية دقيقة لا يمكن الحصول عليها بنفس الجودة والإتقان في مصر، ومن قبيل ذلك التخطيط العمراني لإحدى المدن الجديدة، أو انتشار شبكة الإنترنت في الوزارات"^(١).

ونصت المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على: "أن يتم الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صحيفة أو صحيفتين واسعتي الانتشار...، ويتم الإعلان عن المناقصة الخارجية في مصر والخارج باللغة العربية والإنجليزية، كما يطلب من سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال، إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة. ويجوز بالإضافة إلى ما سبق، أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية التعاقد وقيمه"^(٢).

ولعله من الواضح أن الإعلان في الوقائع المصرية لم يعد متطلباً^(٣)، حسب القانون الجديد من ناحية تضمينه في ذات القانون للمناقصات والمزايدات؛ حيث نص على كيفية الإعلان في القانون السابق - واردة في اللائحة التنفيذية فقط، وبالمادة (١٥) منها - . ومن ناحية أخرى المضمون؛ حيث اكتفى من ناحية النشر في الصحف المصرية، بعد أن كان نص المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية السابقة يتطلب النشر في الوقائع المصرية، ويشترط النشر في الجرائد العربية بقيمة معينة للعملية التعاقدية، كما وسع من ناحية أخرى من وسائل الإعلان، ليس الإعلان عن المناقصة في الصحف اليومية فحسب، بل في وسائل الإعلان الأخرى واسعة الانتشار^(٤).

ويتضح لنا أن المشرع المصري لم يكتفِ بالنشر لمرة واحدة، وإنما ألزم الإدارة الراغبة في التعاقد أن تنشر الإعلان مرتين، وإذا كانت المناقصات خارجية، فيجب أن يعلن عنها في مصر

(١) انظر: المادة (٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

(٢) وقد كانت المادة (٣٤) من اللائحة الملغاة تنص على: "أن يعلن عن المناقصة الخارجية في مصر والخارج، ويطلب إلى القنصليات المصرية إرسال كتب دورية إلى البيوت التجارية والصناعية في الدول التي تعمل بها، وتسلم دفاتر الشروط إلى مَنْ يرغب في الاشتراك فيها طبقاً لأحكام هذه اللائحة. وعلى الوزارات والمصالح أن تعد سجلاً يفرد فيه لكل صنفٍ من الأصناف أو عملٍ من الأعمال كتحققاً خاصاً يُفيد فيه أسماء البيوت التجارية والصناعية بالخارج التي سبق التعامل معها في هذا الصنف أو العمل، أو التي طلبت قيداً للتقدم في العطاءات الخاصة بها، وترسل صورة من هذه الكشوف إلى القنصليات المصرية، كل فيما يخصه".

(٣) انظر: أ.د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٤) انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١١٨-١١٩.

والخارج، ولكن المادة (١٢) سألقة الذكر لم تبين أساليب النشر التي يجب أن تُتبع في الخارج، وكل ما أوردته في هذا الشأن يقتصر على الاتصال بسفارات الدول الأجنبية بمصر أو بقنصلياتها. ويرى بعض الفقهاء أن ذلك لا يغني عن النشر في صحف واسعة الانتشار وعلى مرتين، كما تفرض المادة (١٢) ذاتها؛ وذلك من أجل ضمان النتائج المرجوة من المناقصة من جهة، وتجسيداً لمبدأ المنافسة الحرة من جهة أخرى^(١).

وفي خصوصية الإعلان عن طريق وسائل الإعلام واسعة الانتشار هناك، تخضع للضوابط الآتية:

- ١- أن يكون الإعلان في وسائل الإعلام واسعة الانتشار، بالإضافة إلى الإعلان في الصحف اليومية واسعة الانتشار.
- ٢- يجب الحصول مسبقاً على موافقة السلطة المختصة على الإعلان في وسائل الإعلام واسعة الانتشار، على أن يبرر ذلك بحسب أهمية وقيمة التعاقد.
- ٣- وسائل الإعلام واسعة الانتشار تتسع لتشمل الراديو والتلفزيون وشبكات الإنترنت^(٢).

لذلك، نلاحظ أن المشرع المصري قد أعطى للإدارة صاحبة العلاقة سلطة تقديرية أوسع في مجال اختيار أساليب نشر الإعلان عن المناقصة، ومتفوقاً بذلك على نظيره الفرنسي^(٣)؛ حيث أباح المشرع المصري للإدارة أن تعلن عن مناقستها في أية وسيلة للإعلان واسعة الانتشار كوسائل الإعلام المرئية والمسموعة وغيرها... إلخ. ولكن هذه السلطة الواسعة الممنوحة للإدارة في إطار انتقاء أساليب النشر تحددت بالقيد الذي نصت عليه المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والتي نصت على أنه: "إذا تقرر طرح أكثر من مناقصة عامة في تاريخ واحد أو تواريخ

(١) انظر: د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٤٤٥. كما يرى أن "يتغير إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بصيغة الإعلان عن المناقصة، لا يعبر عن مكانه في الصياغة التشريعية؛ لأن المشتغلين بموضوع المناقصة لا يعنيهم أن يعملوا بصيغة الإعلان، وإنما بمضمونه".

(٢) انظر: أ.د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) تطلب القانون الفرنسي من حيث المبدأ أن يتم النشر في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام في أية نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات الرسمية، راجع الفقرة الثالثة من المادة (٣٨) من تقنين عقود الشراء العام، وإعمالاً للقواعد التي جاء بها المشرع الأوروبي بشأن فتح المنافسة على مستوى أسواق الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في عقود الشراء العام، التي يمكن أن تبرمها الإدارات الفرنسية، يجب أن تعلن عنها على المستوى الأوروبي أيضاً، ولكن هذا الالتزام ليس مطلقاً، وإنما يطبق إذا بلغت قيمة العقد حداً معيناً. لمزيد من الإيضاح، راجع المستشار الدكتور عبدالفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٣٣٤، ود. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٤٤٣.

مقاربة، فيراعى النشر عنها في إعلان واحد". ومن الواضح أن الهدف من هذا الجمع بين المناقصات في إعلان واحد هو توفير الوقت والجهد على القائمين على الإعداد للمناقصات والبت واتخاذ القرار^(١).

لذا، فإنه إذا تعددت المناقصات المراد الإعلان عنها، وجب أن يتضمنها إعلان واحد للمحافظة على المال العام^(٢). ورغبة في عدم إشغال الخزانة العامة بالأعباء المالية المتولدة عن النشر، يُراعى النشر عنها في إعلان واحد؛ حيث إن ذلك سوف يؤدي إلى توفير في النفقات وأداء للغرض من الإعلان في ذات الوقت^(٣). وهو اتجاه محمود من المشرع يوضح مدى حرصه على المال العام وعدم تكبد خزانة الدولة لأعباء مالية كبيرة، ولكن حتى يتحقق الغرض المرجو من هذا النص يلتزم إقامة نوع من التنسيق الدقيق بين الإدارات المختلفة والوزارات والهيئات المتباينة؛ حتى يتم أعمال هذا النص، والاتفاق على طرح أكثر من مناقصة في إعلان واحد^(٤). وهناك رأي فقهي^(٥) لا يؤيد طرح أكثر من عطاء في تاريخ واحد؛ لأن مَنْ يتحمل أجور نشر الإعلان هو الشخص الذي سوف ترسو عليه المناقصة وليس المال العام.

وأنا برائي - كباحثة - اتفق مع هذا الرأي؛ لأنه لا يكبد زيادة النفقات للخزينة العامة، بينما ينتقد بعض الفقهاء نص المادة (١٣) المذكورة سابقاً؛ حيث توجد مواضيع مختلفة ومتنافرة من الصعب أن تطرح في إعلان واحد، ولا سيما إذا كانت ذات طبيعة معقدة، فليس من المستساغ أن يكون محل الإعلان توريداً أو إشغالاً وخدمات في آن واحد، في الوقت الذي يحرص فيه على أن يكون الإعلان واضحاً، ولا يكتفه أي غموض أو لبس^(٦).

ونلاحظ أن المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية حددت لغة النشر، بحيث يتم الإعلان عن المناقصة الخارجية في مصر والخارج باللغتين العربية والإنجليزية؛ مما يعني بالمفهوم المخالف أن الإعلان عن المناقصة الداخلية يجب أن يتم باللغة العربية فحسب، وإن كنا لا نرى مانعاً قانونياً من نشره باللغة الإنجليزية أيضاً، مراعاةً للمصطلحات التقنية التي يمكن أن يحتويها هذا الإعلان.

(١) انظر: د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٢) انظر: د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٦.

(٣) انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٤) انظر: د. عبد الله حنفي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٥) انظر: د. حيدر الأمارة، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٦) انظر: د. مهدي مختار، مرجع سابق، ص ٤٤٥. وحذا لو تم النص من قبل المشرع المصري أن يتم النشر في إعلان إحدى المناقصات العامة ذات الطبيعة المتجانسة.

وهناك مَنْ يرى أن الإعلان يمكن أن يكون بأكثر من لغة أجنبية بالإضافة إلى اللغة العربية، فلو كانت الإدارة تريد التعاقد مع إحدى الشركات الفرنسية بالتحديد للقيام بأعمال خاصة بمترو الأنفاق لخبرة الشركات الفرنسية العريقة في هذا المجال، فإنه يمكن الإعلان باللغة الفرنسية، في حين أورد المشرع اللغتين العربية والإنجليزية كحد أدنى، يمكن أن يُضاف إليهما غير ذلك من اللغات حسب الظروف^(١).

كان الأجدر بالمشرع المصري أن يتعامل مع أكبر عدد ممكن من اللغات الأجنبية حسب ظروف الإعلان، ولا يقتصر الإعلان فقط باللغة العربية والإنجليزية. وكان الأفضل أن تكون صيغة النص على ما يلي: "يتم الإعلان عن المناقصات الخارجية باللغة العربية واللغات الأجنبية الأخرى المناسبة لظروف الإعلان".

ويتضح هنا مدى حرص المشرع على إخطار أكبر عدد ممكن من الأفراد أو الشركات بالمناقصة الخارجية لتوسيع دائرة المنافسة على تقديم أفضل العروض للإدارة، وهو نص مستحدث يكشف عن وعي تشريعي كبير، والأخذ بكل ما من شأنه تحقيق أفضل النتائج من العقد الإداري^(٢).

ولإتاحة الفرصة أمام المتقدمين للتعاقد مع الجهة الإدارية لدراسة موضوع المناقصة من كل الجوانب وعمل الدراسات الاقتصادية عليه، استوجب المشرع على كل جهة أن تعد - وفقاً لما جاء في المادة (٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ - قبل الإعلان أو التعاقد أو الدعوة للاشتراك في المناقصة بجميع أنواعها كراسة خاصة بمستندات الطرح، تشمل الشروط العامة والخاصة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها. ويتم طبع الكراسة المشار إليها وتوزيعها بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها، على مَنْ يطلبها وفقاً للقواعد وبالثمن الذي تحدده الجهة الإدارية، بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لجميع المستندات، مضافاً إليها نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠% كمصروفات إدارية. وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة الطرح من خارج البلاد، مع ذكر أن النص العربي؛ فهو المعول عليه في حالة الخلاف أو الالتباس في مضمونها، وفي حالة الخلاف بين النص العربي والأجنبي لا بد أن يُضاف

(١) انظر: د. عبدالله حنفي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٢) انظر: المرجع السابق نفسه، ص ١٩٩.

على ثمن كراسة الشروط مصاريف الترجمة، ويتبع هذه الكراسة الإجراءات المخزنية المعمول بها من حيث الإضافة والعرف والإلغاء^(١).

أما في القانون العراقي: لقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على كيفية الإعلان، وذلك على الوجه التالي^(٢):

"يتم نشر الإعلان في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار على الأقل، على أن تكون جريدة الإعلان الصادرة عن وزارة المالية إحداهما، وفي حالة توقف هذه الصحيفة عن الصدور - لأي سبب -، فيتم النشر في صحيفة أخرى واسعة الانتشار، وعلى أن يتحمل مَنْ ترسو عليه المناقصة أجور النشر والإعلان لآخر إعلان عن المناقصة، ويستثنى من ذلك طلبات استيراد المواد الغذائية والأدوية وفقاً لأحكام تعليمات تنفيذ العقود الحكومية".

إضافة إلى ذلك، يعلن عن المناقصة بما يلي: "يتم نشر الإعلان على الموقع الإلكتروني لجهة التعاقد ولوحة الإعلان فيها بالنسبة للمناقصات العامة الوطنية، إضافة إلى نشر الإعلان في الملحقيات التجارية في السفارات العراقية في الخارج وموقع الأمم المتحدة لتنمية الأعمال (dgMarket) فيما يتعلق بالمناقصات الدولية"^(٣).

يتضح لنا أن المشرع العراقي لم يكتفِ بالنشر في صحيفتين كالقانون المصري، إنما اشترط النشر في ثلاث صحف رسمية على الأقل، وتكون صحيفة الإعلان إحدى هذه الصحف، وبنفس الوقت لم يقيّد المشرع العراقي السلطة الإدارية في نشر الإعلان فقط بصحيفة الإعلان، وذلك من خلال إشارته في حالة تعذر النشر في هذه الجريدة يمكن النشر في أية صحيفة أخرى واسعة الانتشار، وبذلك اقترب موقفه من موقف المشرع المصري، الذي لم يقيّد الجهات الإدارية، إنما أعطاه سلطة تقديرية أوسع في النشر بصحيفتين واسعتي الانتشار؛ أي لم يقيدها بصحف رسمية محددة تحقيقاً للصالح العام وورغبة الجهات الإدارية لمعرفة أكبر عدد ممكن من الراغبين بتقديم العطاءات، وأشار كذلك إلى أن الإعلان يكون نشره على ثلاث مرات متتالية، وهذا ما أكدته قرارات مجلس شوري الدولة^(٤).

(١) انظر: أ.د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) انظر: نص البند (أ) من الفقرة (ثالثاً) من (٣/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

(٣) انظر: نص البند (ب) من الفقرة (ثالثاً) من التعليمات أعلاها.

(٤) انظر: قرار مجلس شوري الدولة: المرقم ٢٣/٢٠٠٥ الصادر في ١/٦/٢٠٠٥ في إعلان بيع وإيجار الدولة حيث نصت المادة الثانية عشر من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٧ لسنة ١٩٨٦ المعدل يتطلب ان تكون هناك

وأشار القانون إلى استحصال الموافقات الأصولية للإعلان عن المناقصة بوسائل الإعلان المتوافرة، المرئية أو المسموعة أو المقروءة كالصحف، المجالات، التلفاز، الراديو... إلخ. ويمكن اعتماد كافة الوسائل - أنفة الذكر - للإعلان عن طلبية معينة حسب أهميتها، وتعد الصحيفة التي ينشر فيها الإعلان ضمن الوثائق الأساسية للمناقصة، وجزءاً لا يتجزأ منها للأغراض التدقيقية^(١).

من خلال النشر، نجد المشرع العراقي اتفق مع المشرع المصري من حيث أساليب الإعلان عن المناقصات بشتى الوسائل المرئية والمسموعة؛ وذلك لغرض توسيع الدائرة للحصول على أفضل العروض من العطاءات ممن تتوفر فيهم الشروط والخبرات المطلوبة.

ونلاحظ أن المشرع العراقي يهدف من الإعلان عن المناقصة، والتي تصدر عن دائرة خطة العقود الحكومية أنظمة تنفيذية لتوجه - على سبيل المثال لا الحصر - بما يلي^(٢):

يجب أن يتضمن إعلان المناقصة أكبر عدد ممكن من الإيضاحات حول عملية التجهيز العامة المزمع طرحها، ويتم نشر الإعلان باللغتين العربية والكردية على أقل تقدير، إضافة إلى لغات أخرى إذا تطلب الأمر عند توقع تقديم العطاءات عن طريق كيانات أو أفراد من خارج دولة العراق.

نجد من خلال النص العراقي أنه لم يقيد نفسه بلغة محددة؛ أي أعطى النص مرونة أكثر من النص المصري، أي يمكن الإعلان بأية لغة حسب ظروف الإعلان، وإن كان الأجدر بالمشرع العراقي أن ينص: "يتم الإعلان باللغة العربية واللغات الأجنبية الأخرى"، على اعتبار أن اللغة العربية اللغة الأم في البلاد، وتكون الصياغة أيضاً أدق، ورأينا أن التشريع العراقي كان متكاملًا، ولا تشوبه أية شائبة من خلال تنظيمه إجراءات الإعلان عن العطاءات من حيث صياغة الإعلان والطريقة المستخدمة في نشره، من حيث الاعتماد على الصحف اليومية التي تصدر في العاصمة بغداد، على اعتبار أن تلك الصحف ستصل إلى معرفة أكبر عدد ممكن من المناقصين والشركات الموجودة داخل العراق، ولا يمكن تصور وصولنا إلى هذه النتيجة إذا تم نشر في الصحف الصادرة داخل المحافظات الأخرى؛ لأنه سوف يقتصر الأمر على معرفة الموجودين داخل المحافظة، ولا نصل إلى الغاية المنشودة، وهي علم كافة المناقصات أو الأغلبية. وحسناً فعل المشرع العراقي عندما نص على

ثلاث إعلانات وليس إعلاناً واحداً"، مشار عند المستشار الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، مجلس شوري الدولة، ط ١، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ١١٨-١١٩.

(١) انظر: د. عثمان سلمان غيلان العبدوي، المرشد العلمي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٧.

(٢) انظر: الفقرة (٣) من القسم الرابع، قانون العقود الحكومية العامة، حسب التعليمات الصادرة بعد الاحتلال بأمر الحاكم الإداري بريمر المتعلقة بالعقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

الإعلان باللغة العربية والكردية معاً، هذا بالنسبة للإعلان داخل العراق. أما بالنسبة للإعلان خارج العراق نجد أن المشرع لم يكتفِ بنشر الإعلان في الملحقيات التجارية بالسفارات العراقية في الخارج، وإنما النشر بموقع الأمم المتحدة لتنمية الأعمال و(dgMarket) فيما يتعلق بالمناقصات الدولية، أي اعتمد معايير دولية راقية لضمان وصول علم الجهات الأجنبية المعنية بموضوع التعاقد. ويؤدي هذا المسلك المتميز في نشر الإعلان إلى وصول الإعلان عن العطاءات إلى أكبر عدد ممكن من المتنافسين لضمان تحقيق المصلحة العامة، ونص القانون: "لا يجوز إعلان المناقصة، ولا أية مناقصة قبل الحصول على مصادقة الموظف الرسمي الأقدم أو مَنْ يَنْوِبُ عنه بالنسبة للوحدة أو الوكالة الحكومية التي تطرح المناقصة على توفر الأموال الكافية لاستيفاء التكاليف المقدرة للحكومة بالنسبة لأي عقد"^(١).

ولا يفوتنا أن نشير إلى أتباع الشروط المعيارية للعقود العامة التي تدار بمعايير وممارسات دولية مقبولة ومتبعة، كالموجودة في هيئة الأمم المتحدة بشأن قانون التجارة الدولية "يونيسترال"، وأنظمة الاتحاد الأوروبي، ومنظمة التجارة العالمية.

إلا أن المشرع العراقي نص على اعتماد أية لغةٍ أخرى بنشر الإعلان. وأعتقد أنه كان موقفاً دون التقيد باللغة الإنجليزية وحدها لاحتمال استقطاب الخبرات العالمية من شركات أخرى قد تكون فرنسية أو إيطالية... إلخ، والتي تكون لهذه اللغات إمكانيات عالية في إنجاز المشاريع وتقديم الخدمات.

ولقد نص المشرع العراقي في حال الالتباس والاختلاف في تفسير وثائق المناقصة بأنه لا بد من تحديد النسخة المعتمدة^(٢)، وإن كان رأينا أن يعول على النص العربي في محو أي لبس أو غموض يمكن أن يثور من اللغة المعتمدة في الإعلان المنشور، كما فعل المشرع المصري؛ لذلك يفضل أن تُصاغ العقود باللغة العربية. أما كراريس الصيانة والتشغيل والمخططات والتفاصيل الفنية، فيفضل أن تكون باللغة الإنجليزية في المناقصات الخارجية^(٣).

(١) انظر: نص الفقرة (١) من القسم العاشر من المستلزمات المالية من قانون العقود الحكومية العامة الصادرة بالأمر رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٢) انظر: نص الفقرة سابعاً من (٨/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

(٣) علمًا بأنه قد أشار قانون الحفاظ على سلامة اللغة العربية رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٧ المنشور في مجلة الوقائع العراقية العدد (٢٥٨٧) في ١٦/٥/١٩٧٧، قد نص في (١/م) منه: "إلزام الوزارات والجهات الخاصة بالمحافظة على سلامة اللغة العربية واعتمادها في وثائقها ومعاملاتها، وذلك يجعل اللغة العربية وافية بأغراضها القومية والحضارية، وقد أوجبت (٤/م) منه على ضرورة أن: "يحرر باللغة العربية كافة المحررات التي تصدرها الدوائر الرسمية وشبه الرسمية، وإذا كانت هذه المحررات بلغة أجنبية وجب أن ترفق بهما ترجمتها باللغة

ثانياً- مدة الإعلان:

إنّ المدة الجوهرية في نطاق الإعلان، هي تلك المتعلقة بالفترة الزمنية التي يمكن للعارضين خلالها تقديم عروضهم أو ترشيحاتهم، ويجب أن تكون هذه المدة كافية لتتيح للمناقصين دراسة أوضاعهم وأوضاع السوق، وموضوع المناقصة برؤية وهدوء، ومن ثمّ تقديم عروض على درجة عالية من الدقة والوضوح^(١)؛ لكي يستطيع المتناقصون دراسة العرض المطروح من قبل الإدارة وتحديد الثمن^(٢)، وبمعنى آخر تمنح الفرصة لكل مَنْ يملك - قانوناً - التقدم للمناقصات العامة، وبذلك نعطي مجالاً أمام الأشخاص راغبي التقدم للمناقصة فرصة لدراسة الأمر^(٣).

فيجب بطبيعة الحال أن تحدد مهلة معقولة لكي يفكر فيها مَنْ يريد التقدم، وليزن عطاءه وظروفه جيداً قبل التقدم^(٤).

ففي مصر: أوجب المشرع بالمادة (٤١) من اللائحة التنفيذية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأن تحدد مدة ثلاثين يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصة العامة، على أن تحسب هذه المدة اعتباراً من تاريخ أول إعلان في الصحف اليومية؛ أي أن حساب المدة يبدأ من يوم الإعلان، وليس من اليوم التالي للإعلان. ومع ذلك، أجازت اللائحة التنفيذية تقصير هذه المدة بموافقة السلطة المختصة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً^(٥)، لكن المشرع المصري لم يبيّن الحالات التي يجوز أن تخفض بموجبها هذه المدة، ولا بد من إطلاق التخفيض وبقائه خاضعاً لمحض تقدير السلطة المختصة، هذا من شأنه أن يمس بمبدأ الشفافية، لذلك سيكون من الأفضل لو أن المشرع المصري قد قيد هذا التخفيض بوجود حالة الضرورة. كما كان عليه الوضع في ظل المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة

العربية، وكذلك الحال بالنسبة للسجلات والعقود، وتجنب استخدام المصطلحات الأجنبية، وإلا عند الضرورة وبصورة مؤقتة عند عدم توافر المصطلحات العربية.

(١) انظر: د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

(٢) انظر: د. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٣) انظر: د. منصور محمد أحمد، العقود الإدارية، ط ١، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٨٤.

(٤) انظر: د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري، ج ٢، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٢٧١.

(٥) ويتم الإعلان عن الممارسة العامة طبقاً لإجراءات الإعلان عن المناقصة العامة، والتي أشارت نص المادة (٤١) من اللائحة التنفيذية: "يجب الإعلان عن الممارسة العامة في الوقت المناسب طبقاً لإجراءات النشر عن المناقصة العامة المبينة بهذه اللائحة إلا أنه لا يمنع من وجود بعض القواعد الخاصة بأسلوب الممارسة، كالمدة المحددة لتقديم العروض؛ حيث يجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة تقصير المدة المحددة لتقديم العروض على الأقل تلك المدة عن عشرة أيام من تاريخ أول إعلان عن الممارسة".

١٩٨٣^(١)، وإن كان مصطلح (الضرورة) هو الآخر مصطلحاً واسعاً، ويمكن أن يتسع ليشمل حالات كثيرة، كما أن المشرع المصري لم يراع مسألة إطالة مدد الإعلان في حالة المناقصة الخارجية، على الرغم من أنه قد أخذ في حسبانته هذا النمط من المناقصات عند تحديده لأساليب النشر وطرقه^(٢).

أما في العراق : تكون فترة إعلان المناقصة على النحو الآتي^(٣):

- أ. عقود التجهيز والخدمات الاستشارية لفترة تتراوح من (١٥-٦٠) يوماً، تحدد حسب أهمية العقد، وتبدأ من تاريخ آخر نشر للإعلان، ويستثنى من ذلك عقود الحنطة والأرز والدواء، وحسب تقدير الوزير المختص.
- ب. عقود الأشغال العامة من (٢١-٦٠) يوماً، تحدد حسب أهمية العقد، وتبدأ من تاريخ آخر نشر للإعلان.

نجد أن القانون الحالي - بالنسبة لعقود الأشغال العامة -، أعطى فترة أطول للإعلان عما كان عليه القانون السابق الذي كان يشير إلى مدة عقود الأشغال من (٢٨-٦٠) يوماً، تحدد حسب أهمية العقد^(٤).

نلاحظ أن المشرع العراقي حدد مدة الإعلان عن المناقصة بصورة عامة، ثم ترك الخيار بعد ذلك للسلطة المختصة بتحديد مدة هذه المناقصة حسب أهمية العقد، واستثنى عقود أخرى لا تحتل التأخير، وتخص المواد الغذائية والدوائية، وبذلك أعطى المشرع العراقي سلطة واسعة للجهات المعنية بتحديد المدة حسب ما تقتضيه المصلحة العامة.

لذا، يتبين لنا أن هناك قصوراً بالتشريع العراقي الجديد؛ إذ لم يشر إلى إمكانية تقصير المدة بنص صريح، ولم يحددها. وبذلك كان المشرع المصري موفقاً أكثر من المشرع العراقي هذا من

(١) تنص المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ تنص على ما يلي: "تحدد مدة ثلاثين يوماً على الأقل لتقديم العطاءات، وذلك من تاريخ أول إعلان عن المناقصة في الوقائع المصرية، ويجوز بترخيص من رئيس الإدارة المركزية المختص تقصير هذه المدة بشرطين: ألا تقل عن خمسة عشر يوماً إذا دعت الضرورة لذلك، وألا يسري ذلك التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية إلا في حالة إعادة طرحها".

(٢) انظر: هاني عبد الرحمن غانم، أساليب إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٣) انظر: نص البند (ج) من الفقرة (أولاً) من (٥/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٤) انظر: نص البند (د) من (٥/م) من قانون تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بالرقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الملغى.

جانبي، ومن جانب آخر، سمح القانون العراقي من خلال جهة التعاقد بتمديد مدة الإعلان عن المناقصة، وقيدتها عند الضرورة القصوى، وحددها لمرة واحدة فقط مع مراعاة ما يأتي^(١):

١- موافقة رئيس جهة التعاقد أو مَنْ يخوله على ذلك، مع مراعاة الصلاحيات المالية لأغراض التعاقد.

٢- إصدار ملحق بذلك يعلن عنه في الصحف نفسها التي نشر فيها الإعلان، وترسل نسخة منه إلى جميع المشاركين في المناقصة قبل فترة من تاريخ آخر موعد لقبول العطاء.

لذا، نجد أن المشرع العراقي كان موفقاً بتقييد التمديد في حالة الضرورة القصوى، ولمرة واحدة حصراً، وحبذا لو أشار إلى إمكانية تقصير المدة للإعلان عن المناقصة للسبب نفسه عند الضرورة القصوى، على أن تحدد الحالات التي تُستثنى من المدة المحددة بنص القانون، يفهم من تفسير النص إلى إمكانية إطالة المدة حسب أهمية العقد من قبل السلطات المختصة (إذ من الممكن تقصيرها أيضاً بما يفيد الإعلان).

ويتضح لنا أن المشرع العراقي لم يسر على نهج المشرع المصري؛ حيث إنه لم يتطلب مدة زمنية موحدة لتقديم العروض، بل ترك ذلك للجهة الراغبة في التعاقد؛ حيث تقوم بتحديد هذه المدة حسب طبيعة محل العقد وأهميته، وقد تستلزم بعض العقود المهمة، والتي تتطلب مقدرة مالية وتقنية عالية أجلاً أطول من غيرها في بعض العقود، وهو ما اتجه إليه القانون النموذجي "اليونسترال"، وعلى النهج نفسه سار المشرع العراقي بعد الاحتلال منذ سنة ٢٠٠٣، من خلال التعليمات التي صدرت بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة، كالموجودة في هيئة الأمم المتحدة بشأن اليونسترال، وأنظمة الاتحاد الأوروبي، ومنظمة التجارة العالمية.

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نشيد بمسلك المشرع المصري في تنظيمه لإجراءات الإعلان عن العطاءات؛ وذلك لإسهابه في توضيح مراحل الإعلان واحتوائه لجميع الحالات والظروف المحيطة للإعلان عن العطاءات، سواء كانت الإعلانات داخلية أو خارجية، وإن كان يُعاب عليه أنه لم يعط مدة أطول في المناقصات الخارجية، كما فعل بالتشريع السابق في حالة الضرورات، وبذلك لا يفسح المجال لاجتهادات الإدارة التي قد لا تكون صائبة، فوضع المشرع شروطاً محددة للإعلان والمدد وضمان وصولها إلى الجهات المعنية لإيصال الإعلان إلى علمها. هذا، ونشيد بالوضوح الذي تميزت به النصوص التشريعية التي لا تدع مجالاً للبس والغموض، وتحقق الشفافية والصالح العام.

(١) انظر: نص الفقرة (ثالثاً) من (٥/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

ثالثاً- أسلوب الإعلان عن المناقصة المحدودة والمناقصات المحلية:

يختلف أسلوب الإعلان في المناقصات العامة عما هو عليه في المناقصات المحلية والمحدودة؛ فلم يشترطُ المشرع المصري أن يتم الإعلان في الصحف والمجلات ووسائل النشر الأخرى، كما هو معروف في المناقصات العامة، وإنما من خلال توجيه دعوة لتقديم العطاءات إلى عددٍ محدودٍ من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع التعاقد، وذلك حسب النحو التالي:

١- الدعوة إلى المناقصات المحدودة:

تعتبر المناقصة المحدودة صورةً من صور المناقصة، تتقيد الإدارة فيها باختيار المناقص الذي يقدم أفضل العطاءات، إلا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد المتناقصين الذين يحق لهم الدخول في المناقصة المحدودة؛ إذ هي مقصورة على عددٍ من الأفراد والشركات، تختارهم الإدارة مقدماً بعد التثبيت من كفايتهم المالية والفنية وحسن السمعة^(١).

ولقد حددت المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كيفية الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصة المحدودة؛ حيث نصت على: "أن توجه الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصات المحدودة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة، والذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدین بسجلات الجهات الإدارية أو غيرهم". ويشترط بالنسبة لتوجيه الدعوة مراعاة الآتي:

- ١- أن توجه الدعوة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول.
- ٢- مراعاة أن تصل الدعوة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بخمسة عشر يوماً على الأقل. هذا، ويجوز للأسلوب سابق الإشارة إليه أن توجه الدعوة بأية طريقةٍ أخرى مناسبة مع إثبات موعد تسلمها لأصحاب الشأن، كأن يكون من خلال التسليم الشخصي أو من خلال الإرسال عن طريق الفاكس.
- ٣- يجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة.

(١) انظر: المستشار الدكتور عبد الفتاح أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

٢- الدعوة إلى المناقصة المحلية:

توجه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ التعاقد، والذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدون بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم، وذلك بموجب خطابات موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بعشرة أيام على الأقل. وفي حالات الاستعجال، يتم إرسالها مع مخصص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل، وتسلم بموجب إيصال مؤرخ، ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة^(١).

أما في العراق: أخذ المشرع العراقي بأسلوب المناقصة المقيدة (المحدودة)؛ لأن الإدارة قد ترى لسبب أو لآخر خدمة للمصلحة العامة دعوة عدد محدود من المناقصين للاشتراك فيها، واختيار الإدارة لمن يحق لهم المشاركة، ويتم وفقاً لاعتبارات ترى من أبرزها: الكفاءة، الملاءمة المالية، خبره العملية، تجارب الإدارة الماضية معهم... إلخ. فيكون بمقدور الإدارة اختيار المتعاقد من بين مجموعة من الراغبين المعروفين لديها سلفاً^(٢)؛ حيث أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ إلى المناقصة المحدودة، وتتم "بإعلان الدعوة العامة من جهة التعاقد إلى جميع الراغبين في المشاركة، بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوافر فيهم شروط المشاركة وبالمبالغ التي لا تقل عن (٥٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسين مليون دينار، أو بأي مبلغ آخر يحدد من الجهات المعنية"^(٣).

ويكون هؤلاء المقاولون أو البيوت التجارية المعتمدة أسماؤهم في قوائم تعدها الوزارات أو الجهات الحكومية المختصة^(٤).

وتتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية من حيث استبعاد من لا تريد دخولهم في هذا النوع من المناقصات^(٥).

-
- (١) انظر: نص المادة (٣٧) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن: "يكون التعاقد بطريقة المناقصة المحلية بقرار مسبب من السلطة فيما لا تزيد قيمته على مائتي ألف جنيه...".
 - (٢) انظر: د. ماهر الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٢.
 - (٣) انظر: نص الفقرة (ثانياً) من (٤/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
 - (٤) انظر: د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٩٥.
 - (٥) انظر: د. محمود الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مرجع سابق، ص ٤.

وقد أكدت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية - بعد توجيه الدعوة إلى الراغبين في المشاركة بالمناقصة من المؤهلين -، على أن يكون الإعلان على مرحلتين^(١):

- ١- المرحلة الأولى: قيام المشاركين بتقديم الوثائق التي تؤيد أهليتهم (المالية والفنية) للمشاركة في المناقصة؛ حيث تتولى لجنة مختصة مهمة اختيار المؤهلين للمشاركة في المرحلة الثانية.
- ٢- المرحلة الثانية: يتم توجيه الدعوة مجاناً إلى المؤهلين للمشاركة في المناقصة لتقديم عطاءاتهم (الفنية والتجارية)، على ألا تقل عن ست مرات.

أما فترة الإعلان، فتكون نفس مدة الإعلان التي تم ذكرها في المناقصة العامة؛ لذلك نلاحظ أن التشريع المصري كان أكثر تحديداً ودقة من التشريع العراقي؛ لأن المناقصة المحدودة لا تكون مثل المناقصة العامة لا تستوجب إطالة المدة، لأنها محددة بفترة معنية. أما المناقصة المحلية، فقد أغفل التشريع العراقي ذكرها، لكن لا يمنع من الأخذ بها (طالما وجدت جهات إدارية بالمحافظات أو الإقليم)، لكنه لم يحدد أسلوب الدعوة، ولم يذكر الحالات التي تدعونا إلى اتباع هذا الأسلوب، وهذا قصور تشريعي يستوجب انتباه المشرع العراقي إليه.

المطلب الثاني

أثر مخالفة إجراءات الإعلان وتكييفه القانوني

لما كنا إعتبرنا الإعلان عن المناقصة بمثابة المرحلة الأولى في تسلسل الإجراءات الواجب القيام بها لإبرام عقود المناقصة، وبداية الصلة المباشرة بين المناقص والمؤسسة، فإن علينا تأصيل هذا الإعلان وبيان تكييفه القانوني والآثار الناجمة عن مخالفة إجراءاته، لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نبين في الأول الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان ونتناول في الثاني تكييفه القانوني، كالآتي:

الفرع الأول

الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان عن المناقصة

لكي يُنتج الإعلان عن المناقصة آثاره القانونية، يجب أن يأتي في شكله ومضمونه موافقاً لأحكام القانون، ولا بد من عرض الاتجاهات التي طرحت:

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

الاتجاه الأول: يرى أن أية مخالفة لشروط الإعلان عن العطاءات تبطل إجراءات العطاء، وبالتالي تلغيه لي طرح العطاء من جديد بإجراءات إعلان سليمة^(١).

الاتجاه الثاني: يفرق بين ما إذا تحقق أثر الإعلان من عدمه، فإذا كان قد تقدم للعطاء عدد كبير من أصحاب العطاءات، فقد تحققت الغاية من الإعلان، طبقاً لقاعدة البطلان الذي لا يقع إذا تحققت الغاية من الإجراء. وترتيباً على ذلك، لا يجوز إلغاء العطاء لهذا السبب، إما إذا تقدم للإعلان عدد قليل من أصحاب العطاءات، فيتعين إلغاء العطاء لبطلان إجراءات إعلانه.

ورأينا هنا، ترجيح الاتجاه الأول على الاتجاه الثاني، على اعتبار أنه إذا تخلف أي شرط من شروط الإعلان يؤدي إلى بطلانه، وحُجّة الاتجاه الثاني غير سليمة ولا تعتبر تبريراً كافياً لحل المسألة؛ لأن الإعلان عن المناقصة يعتبر قمة الهرم التي تحكم المناقصات العامة. وعليه، تعتبر العلانية مبدأ أساسياً من المبادئ التي تحكم نظام المناقصات العامة، والتي نص عليها القانون المصري والعراقي. إضافة إلى ذلك، أن القواعد التي تنص على ضرورة الإعلان السابق على المناقصة، تعتبر من قبيل القواعد الآمرة، يؤدي الخلل فيها إلى وسم المناقصة بعدم المشروعية^(٢).

لذلك، يعتبر شرط الإعلان جوهرياً، يجب على الإدارة مراعاته، وإلا ترتبت على مخالفة هذا الشرط بطلان العقد. ولكن إذا وجدت بعض النواقص غير الجوهرية في الإعلان، فإن القضاء الإداري لا يبطل العقد، من ذلك الخطأ في النواحي المادية في الإعلان كالأخطاء الحسابية متى ما كان من السهولة اكتشافها^(٣). ومن ثم، إذا لم يتضمن الإعلان البيانات التي حددها القانون، والتي تتعلق بالموصفات الفنية أو المواعيد التي حددها القانون لتقديم العطاءات على نحو معين، أو كان من شأنها عدم الثقة به، فهذه البيانات تعتبر بيانات جوهرية يؤدي تخلفها كلها أو بعضها أو الخطأ فيها إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء؛ مما يعيب إجراءات المناقصة بعبء شكلي يؤدي إلى بطلان قرار لجنة البت بترسية المناقصة على عطاء بعينه^(٤).

(١) انظر: د. إبراهيم طه الفياض، العقود الادارية، مرجع سابق، ص ٨١. وكذلك المؤلف نسخة القانون الإداري، مطبعة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨٨، ص ٤٦٩.

(٢) انظر: د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٤٥١.

(٣) انظر: د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٤) انظر: أ.د. جابر نصار، المناقصات العامة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥٢.

والمُسلّم به أن الشروط التي يتطلبها المشرع في إعلان ملزمة للإدارة^(١) يتعين احترامها من قبل الإدارة، وألا ترتب البطلان، وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري على بطلان إجراءات المناقصة في حالة عدم الإعلان عنها، أو عدم صحة البيانات التي وردت في الإعلان، أو إذا لم تحترم الإدارة مواعيد الإعلان؛ لأن ذلك يمس مبدأ حرية المنافسة بين كل من يرغب في الاشتراك في هذه المناقصة^(٢).

أما إذا حدثت مخالفات في نشر الإعلان عن المناقصة، وثبت أن هذه المخالفات لم تكن تؤثر على إجراءات المناقصة أو عدد المتقدمين بطلباتهم للمنافسة، فإن مثل هذه المخالفات غير جوهرية لا تؤثر في موضوع الإجراءات، وإلى ذلك ذهبت اللجنة الثانية لقسم الفتوى لمجلس الدولة^(٣). وإن كان رأينا مخالفاً لرأي الفتوى؛ لأن الأصل أن يتم الإعلان عن المناقصات باعتبار الإعلان عنصراً أساسياً، وإن حصل أي خلل في الإجراءات يعد خلافاً جوهرياً يتطلب البطلان، وإعادة الإعلان مرة أخرى أو الإعلان في حالة عدم الإعلان أصلاً.

ولا شك أن هذا الذي ذهب إليه قسم الفتوى بمجلس الدولة يعد تطبيقاً لما يذهب إليه القضاء الإداري في مصر من أنه لا يحكم بالبطلان، وإن نص عليه القانون صراحة، إذا أثبت تحقق الغاية من الإجراء^(٤).

الفرع الثاني

التكليف القانوني للإعلان

إن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد. ومن ثم، فإنه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها^(٥). وعلى ذلك، استقر القضاء الإداري المصري؛ حيث ذهبت المحكمة

(١) انظر: أ.د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٢٠٠٥، دار الفكر العربي، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٢) انظر: فتوى لجنة الفتوى بمجلس الدولة رقم ١٢٢ بتاريخ ١٩٨٨/١/٣١ جلسة ١٩٨٨/١/٤، ملف رقم ٨٦٠/٩/٣١ مذكورة عند المستشار الدكتور أحمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، المجلد الأول، بلا دار النشر، ١٩٩٦، ص ٨٣.

(٣) ملف رقم (١٢٦/١/٦٧) جلسة (١٩٨٩/٩/١١) المستشار الدكتور أحمد منصور، المرجع السابق نفسه، ص ٨٠، وما بعدها.

(٤) انظر: أ.د. جابر نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ٥٦. ولقد اتبع مجلس الدولة الفرنسي منهجه في التفرقة بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية؛ فالمناقصة تعتبر مشوبة بعيب جوهري إذا لم تحترم المدد القانونية للإعلان أو إذا كان هناك خلل كبير في البيانات التي يجب أن يحتويها الإعلان، ولكنها لا تعاب ولا تبطل إذا كانت بيانات الإعلان فيها نقص غير مخل.

(٥) انظر: أ.د. جابر نصار، المناقصات العامة، المرجع السابق، ص ٤٣. والمستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية، مرجع سابق، ص ٦٣. والمحامي عزت عبد القادر، مرجع سابق، ص ٢٨. ود. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، مرجع سابق، ص ٤٥. كما نصت المادة (٨٠) من القانون المدني العراقي

الإدارية العليا إلى أن: "إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم لعطاءات، ليس إلا دعوة إلى التعاقد، وأن التقدم بالعطاءات وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها، هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة ليعقد العقد"^(١).

المبحث الثاني

مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص

نُعي بمبدأ المساواة إفساح المجال لجميع مَنْ يرغب بالاشتراك في المناقصة ممن تتوفر فيه الشروط المقررة، وعدم تفضيل أحد على غيره، ما لم يتقرر جعل المناقصة مقتصرة على نطاق محدد من المناقصين ممن يتحلون بمواصفات خاصة متميزة عن غيرهم. وعلى رب العمل أن يلتزم بتطبيق هذا المبدأ، حتى في حالة اقتصار المناقصة على بعض المناقصين دون سواهم؛ فالمساواة مطلوبة بينهم. وكذلك توفير المعاملة العادلة النزيهة، والسعي لتحقيق التكافؤ في الفرص عبر التعامل العادل النزيه مع الجميع. ويفرز التقييد بهذا المبدأ نتائج إيجابية تبعث الطمأنينة في نفوس أولئك المناقصين الذين يتمنى كل منهم الفوز بالمناقصة، وتعزز القناعة بأن كل منهم أخذ فرصته على قدم المساواة مع المناقص الآخر، وبأن الفائز بالمناقصة كان جديراً بها.

ولأهمية هذا المبدأ وضرورته، سوف نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول

"مبدأ المساواة في القانون المصري"، ونبين في الثاني "موقف التشريع العراقي منه"، كالاتي:

رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه: "أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض وبطلبات موجهة للجمهور أو الأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة للتفاوض، ولتفصيل أكثر موضوع الدعوة للتعاقد والإيجاب، راجع: غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩-١٩٧٠، ص ٦١. وأ.د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

(١) المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧ الطعن رقم ٣٣٣ للسنة العاشرة، المجموعة س١٣، ص ١٦٦. وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم ٣٦٨٢ لسنة ٣٥ ق- جلسة ١٧/٢/١٩٩٦- الموسوعة الإدارية الحديثة، ٤٩، ص ٧٣، وحكمها في الطعن رقم ٢٤٨٠ لسنة ٤٦ ق- جلسة ١/٢/٢٠٠٥. مشار إليهما عند: د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص ٢٨٣. وبذات المعنى إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤- جلسة ١٩٩٧/١/٦ مشار إليها عند المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية، مرجع سابق، ص ٦٤. إلى ذلك تذهب محكمة النقض؛ ففي حكم لها قضت بأن "طرح وزارة الزراعة المناقصة لتوريد مادة على أساس الشروط الواردة في قائمة الاشتراطات، لا يعتبر قانوناً إيجاباً منها، وإنما هو مجرد دعوة للتعاقد. أما الإيجاب، فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه". نقض مدني في ١٩٦٦/٣/٨- مجموعة أحكام س١٧، رقم ٩٩، ص ٣٧٠.

المطلب الأول

مبدأ المساواة في القانون المصري

يعد مبدأ المساواة بين المواطنين - بصورة عامة - من المبادئ والقواعد الدستورية التي نصت عليها الدساتير^(١)، كما أكدت التشريعات على ضرورة احترام هذا المبدأ، سواء على صعيد السلطة الإدارية أو على صعيد السلطة القضائية؛ فالأخيرة تطلبت اعتماد مبدأ المساواة أمام الجهات القضائية، وعدته من المبادئ التي يجب على دولة القانون كفالته لجميع الأشخاص، دون تمييزٍ عنصريٍّ أو تباينٍ طبقيٍّ، أو تمييزٍ على أساس اللون أو الجنس أو العرق أو النفوذ السياسي أو الديني^(٢)، وذلك حسب النص الدستوري؛ فلا يتصور أن تكون هناك محاكم خاصة لأشخاص معينين بذواتهم، وإنما تكون المحاكم للكافة^(٣)، فالقانون وجد ليس لأجل حالة معينة، بل من أجل أن يحكم جميع الحالات ذات الطبيعة المتماثلة. وعليه في الوقت ذاته، لم يقدّم من أجل فرد أو مجموعة، بل صيغ ليُطبق، ويحكم كل الأفراد الذين يوجدون في الظروف التي حددها القانون.

أما على صعيد السلطة الإدارية، فقد استوجبت التشريعات الإدارية على الإدارة احترام مبدأ المساواة في علاقاتها مع الأفراد، وما يهمنها من التطبيقات الإدارية لمبدأ المساواة بصورة عامة، وما يخص العقود الإدارية بصورة خاصة، والمتمثل بمبدأ المساواة بين المتنافسين على التعاقد مع الإدارة مفتوحاً لكل الراغبين في التقدم من الأشخاص الذين تشابهت مراكزهم القانونية، ولا نكتفي في هذا الصدد بالمساواة بين الأشخاص المتقدمين في الجانب القانوني فقط، بل بالإضافة لذلك يشترط أن تكون مساواة فعلية عند التعامل معهم^(٤).

(١) انظر: المادة (١٤) من الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥، نصت على ما يلي: "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي".

(٢) انظر: صباح جمعة، الأساس الدستوري لمبدأ المساواة أمام القضاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة النهريين، ١٩٩٩، ص ٦.

(٣) انظر: السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ط ٤، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٦، ص ٢٤٤٢.

(٤) انظر: د. عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، ط ٣، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، ١٩٨٩، ص ٢٥٩.

لذا، يجب على الإدارة أن تراعي المساواة بين جميع الراغبين بالتعاقد، بمعنى أن لكل مَنْ يملك الحق قانوناً أن يتقدم إلى المناقصات العامة، له الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقى المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين، ويعتبر مبدأ المساواة من أهم السمات الأساسية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي^(١).

ونفهم مما تقدم، أن المناقصات العامة، وكذلك الأنواع الأخرى من المناقصات (في خارج ما تفرضه طبيعتها من قيود) تقوم على أساس عام، هو المساواة بين المتنافسين^(٢)، والذي يمنح للمتنافسين الفرصة نفسها لكل مَنْ يتقدم إلى المناقصة أو المزايدة دون أية تفرقة بين واحد وآخر؛ وذلك بالأ يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة عن البعض الآخر، أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر^(٣).

فالنتيجة القانونية المترتبة على المساواة هي أن الجهة الإدارية لا يجوز لها أن تخلق وسائل وأساليب قانونية للتفرقة بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات أمام المتنافسين، فتعتبر وسائل التمييز غير مشروعة، تلك التي تضعها الإدارة، سواء كانت قانونية أو واقعية. ومن أمثلة وسائل التمييز القانونية: إعفاء أحد المتنافسين من تقديم الأوراق المطلوبة، ومن أمثلة وسائل التمييز الواقعية: خلق وضع واقعي يضع بعض المتنافسين في وضع أسوأ من غيرهم.

ويحصل هذا عادةً بطرق غير مباشرة عن طريق عدم اتباع وسائل الإعلان في المناقصة بالأساليب التي نص عليها القانون^(٤)، وكذلك وضع عقبات مادية كإعفاء أحد المتقدمين للمناقصة من دفع التأمين^(٥) أو أن تقصر الإدارة في مدة الإعلان عن المناقصة بطريقة عمدية يكون الهدف منها وضع أحد الأفراد أو إحدى الشركات بوضع أفضل من غيره. ويفتضي مبدأ المساواة قبول جهة الإدارة

(١) انظر: ملحق رقم ١٣، الجلسة (٦٣) مجلس الشعب، بتاريخ ١٤/٤/١٩٩٨.

(٢) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص١٨.

(٣) انظر: د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٤) انظر: د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٥) كان القانون الملغي رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ في المادة (٢١) منه يقرر استثناء بعض الجهات من دفع التأمين المؤقت أو النهائي، ولقد كان مشروع القانون الحالي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادة (٢٠) منه ينص على: "إعفاء الهيئات العامة والشركات والجمعيات التي كانت تنص عليها المادة (٢١) من قانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ من دفع التأمين المؤقت والنهائي"، إلا أنه عند مناقشة مشروع القانون الحالي في مجلس الشعب تم إلغاؤه من أي نوع. راجع ذلك عند: د. عبدالله حنفي، مرجع سابق، ص٢٠٢ وما بعدها.

لجميع الطلبات المقدمة إليها من الراغبين بالتعاقد، فليس لها أن تستبعد بعض هذه الطلبات بقرارات عامة أو فردية^(١). ويعد تحقيق مبدأ المساواة (كقاعدة دستورية) ضماناً للأداء الأفضل في المشاريع الإنشائية، ذلك أن الشعور الذي ينشأ عنه في نفوس الآخرين يجعلهم يقدمون على التنافس وهم مطمئنون إلى عدالة الإجراءات وسلامة القرار الإداري الذي سوف يُتخذ^(٢).

وللوصول إلى تطبيق سليم لهذا المبدأ - دون أن يكون هناك تجاوزات أو انحرافات عملية - ينبغي على الإدارة أن تضع قواعد تنظيمية للتثبيت من مدى صلاحية المتنافس للتقدم بعبثائه. وتكون هذه القواعد عامة ومجردة، سواء ما يتعلق منها بشروط منح الترخيص بممارسة مهنة معينة أو ما يتعلق بتصنيف المقاولين من حيث الدرجة، وأيضاً المنظمة لعمل الغرف التجارية، بالإضافة إلى القواعد القانونية التي تسمح للمتقدمين لغرض التعاقد بالتنافس في مجالات معينة^(٣).

ونظراً لأهمية مبدأ المساواة بين المتنافسين للتعاقد مع الإدارة، نصت التشريعات المقارنة بإبرام العقد الإداري على وجوب التزام الإدارة بهذا المبدأ عند اختيار المتعاقدين معها، وأكد ذلك القضاء الإداري المقارن بأحكامه؛ وذلك لأن العقد الإداري يختلف عن غيره من العقود المدنية، في أن حرية الإدارة في اختيار المتعاقدين معها تكون مقيدة بمبدأ المساواة بين المتنافسين للحصول على أفضل العروض. أما الفرد في عقود الخاصة، فهو يختار مَنْ يتعاقد معه بحرية كاملة، فيكون حراً بالتعاقد من عدمه، وإن كان مفضلاً للتعاقد، فهو يملك الحرية أيضاً في اختيار المتعاقد الآخر. ولا يحمل هذا الأمر على وجه التعجب؛ ذلك لأن الفرد هنا يتعامل في أمواله الخاصة، فهو إن أخطأ في اختيار المتعاقد، فالمسئولية تقع عليه وحده، إذا ما أهمل في ذلك أو تسرع في الاختيار. والمثال على ذلك أن رغبة الشخص العادي في بناء مسكن خاص به، فتعاقد مع مقاول لهذا الغرض، ولكن الأخير كان مقاولاً تنقصه الكفاءة في الأداء، فهنا يكون على ذلك الشخص تحمل كافة ما يترتب على سوء الاختيار من ضياع للأموال وإهدار للوقت. ولكن الأمر مختلف على المستوى الإداري، فإذا ما ابتغت الإدارة إنشاء جامعة مثلاً، وتعاقدت لهذا الغرض مع مقاول، وتبين بعد ذلك أن هذا المقاول لا يملك الكفاءة في العمل، هنا تترتب مجموعة من الآثار الناجمة عن هذا الخطأ، التي تصيب الخزنة العامة،

(١) انظر: المستشار حسين درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة، مرجع سابق، ص ٤٦٨.

(٢) انظر: د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) انظر: د. جابر الأمانة، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية في العراق، مرجع سابق، ص ٤٠.

وتسبب ضياع الأموال والإضرار بالمجتمع بشكلٍ عام؛ حيث إن سوء الإنشاء لهذا المرفق العام سيؤدي إلى الإضرار بالمنفعين به، وتلافياً لذلك لا يمكن للإدارة أن تعتمد على منافس دون غيره لأسباب شخصية لا تحقق المصلحة العامة، ومن هنا تأتي فائدة التزام الإدارة بمبدأ المساواة بين المتنافسين للتعاقد معها والمتشابهين في مراكزهم القانونية والشروط المطلوبة^(١).

وبالرغم من أن تطبيق هذا المبدأ يكون مفيداً للإدارة في اختيار المتعاقدين معها، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، إلا أن مدى اعتماد مبدأ المساواة يختلف - من وسلية إلى أخرى من وسائل اختيار المتعاقدين -؛ حيث تتسع مجالات أعمال هذا المبدأ في المناقصات والمزايدات العامة المفتوحة، والتي تسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء، على أساس الشروط والمواصفات التي أعلنت عنها الإدارة. أما المناقصات المحدودة (المقيدة) أو قصرها على الأشخاص والشركات الوطنية في المناقصات المحلية، فيجب توافر مبدأ المساواة فيهما؛ فالمناقصة المحدودة هي التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في الداخل أو الخارج، فتلزم المساواة بين هؤلاء المقاولين أو الموردين^(٢).

لذا، يجب على الإدارة أن تلتزم بطريقة احترام شروط المناقصة ومواعيدها بالنسبة لكافة المناقصين دون تفرقة، فلا يُقبل أي شخص أو شركة أياً كان - إذا لم تتوفر فيه الشروط، أو تقدم بعد الميعاد، أو تقدم في الميعاد ولم يستوفِ الإجراءات الضرورية للاشتراك في المناقصة حسب الإعلان والتعاقد مع الإدارة، كما لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تتفاوض مع أحد المناقصين في شأن تعديل عطائه في خارج الاستثناءات التي يقرها المشرع على هذه القاعدة العامة. وعموماً، أي استثناءات ترد على قاعدة عامة من القواعد التي يتضمنها النظام القانوني للمناقصات والمزايدات، يجب أن يرتبط أعمالها بمقتضاها، ويتساوى في تطبيقها جميع المتقدمين الذين يوجدون في مركز قانوني واحد، ويُعد هذا المبدأ مكملًا لمبدأ حرية المنافسة^(٣).

(١) انظر: د. نواف كنعان، القانون الإداري، ط١، دار الثقافة للتوزيع والنشر، ٢٠٠٥، ص ٣٣٣.

(٢) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط٢، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٣) انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

كما يجب أن تسري الأحكام القانونية الخاصة بالمناقصات العامة أو المزايدات العامة على المتقدمين على قدم المساواة فيما بينهم، ابتداءً من الحق في الاشتراك وتقديم العطاء، حتى لحظة إبرام العقد على مَنْ رست عليه المناقصة أو المزايدة^(١).

وقد أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ من خلال النص عليه صراحةً في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨؛ حيث أخضع المناقصة العامة له^(٢).

المطلب الثاني

مبدأ المساواة في القانون العراقي

أما في العراق، فإن الإدارة تعتمد عند إبرامها للعقد الإداري على تعليمات وشروط تنظم عملية الإبرام للعقود الإدارية، تصدر عن وزارة التخطيط، ويُعاد النظر فيها بين فترة وأخرى لتعديلها وفق المتطلبات العملية، وتتمثل بتعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨، بالإضافة إلى شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني الصادرة في عام ١٩٨٨ مع آخر التعديلات عام ٢٠٠٥، وأيضاً الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية بقسميها الأول والثاني مع آخر التعديلات عليها عام ٢٠٠٨.

وبعد الاطلاع على تلك التعليمات والشروط، لم أجد هناك نصاً صريحاً يشير إلى تقرير مبدأ المساواة بين المتنافسين، بالرغم من أن تلك التعليمات والشروط وضعت في موادها الأولى مبادئ أساسية، كان الأجدر بها الإشارة إلى المبادئ التي تحكم إبرام العقد الإداري، ومن ضمنها مبدأ المساواة بين المتنافسين. ولكن تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية نصت في المادة (١٢) بالفقرة (٣/ب) على أن "ثبوت حالة التواطؤ مع منتسبي الحكومة من قبل المقاولين، يؤدي إلى إدراج اسم ذلك المقاول أو شركة المقاوله في القائمة السوداء"، فهذا النص يدل على ضرورة إيجاد حالة تنافس حقيقية بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة، بعيداً عن الاعتبارات الشخصية والمساومات^(٣).

(١) انظر: د. إبراهيم طه فياض، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٢) انظر: المادة (٢) السابق ذكرها من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٣) انظر: د. حيدر الأمانة، النظام القانوني لإبرام العقود، مرجع سابق، ص ٤٤.

لكن من خلال بحثي، وجدت بتعليمات العقود العامة إشارة إلى هذا المبدأ من خلال مقولة صدرت عن المدير الإداري "بريمر" ضمن صلاحياته المؤقتة بعد احتلال العراق؛ حيث قال: "وفقاً لقوانين وأعراف الحرب، وانسجاماً مع قرارات الأمم المتحدة ذات الصلة بما فيها القرارين ٤٨٣ و ١٥١١ لسنة ٢٠٠٣"^(١). وعليه، فإنّ العراق أخذ بهذا المبدأ باعتباره من المعايير الدولية المأخوذة في كافة التشريعات المقارنة.

وقد تم النص عليها بشكل صريح في المادة الأولى من قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الملغاة، وتم التأكيد عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨^(٢). وعليه، فإن الإدارة بالعراق مقيدة بقيود، منها المساواة بين المتنافسين بغية الحصول على أحسن العروض. فالإدارة ملزمة أن تختار بكل دقة؛ لأن أي خطأ سيحمل الخزينة العامة أعباءً، وبالتالي سوف يحاسب المقصر في ذلك بسبب ضياع أو هدر الأموال العامة؛ لذلك على الإدارة أن تلتزم بقاعدة المساواة، وأن يتم التنافس حسب القانون^(٣).

ومع ذلك، فقد أشار قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل إلى "ضرورة عدم المساس بسلامة المزايدات والمناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي يكون للحكومة فيها نصيب، كان مقابل ذلك أن جزاء الإخلال بسلامة تلك المزايدات والمناقصات من قبل الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة، هو عقوبة الحبس والغرامة أو بإحدى العقوبتين"^(٤). ونجد أن النص أعلاه- مع أنه لم يشتمل على جميع الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في اختيار المتعاقد معها -، لم يشر إلا للمزايدات والمناقصات، وكذلك لم ينص بشكل صريح على وجوب مراعاة الإدارة للمبادئ التي تحكم إبرام العقد الإداري وعدم مخالفته، إلا أن وجود عبارة عدم المساس بسلامة المزايدات

(١) "مدركا أن قوانين العقود العامة لا بد أن تطابق المعايير الدولية للشفافية، وإمكانية التنبؤ بالذي سيحصل والمساواة في المعاملة... أخذاً بعين الاعتبار أن مبدأ المنافسة العادلة والعلنية الكاملة أمر ضروري لاقتصاد العراق...". قانون العقود الحكومية رقم ٨٧ (لسنة ٢٠٠٤).

(٢) انظر: المادة (١) تهدف التعليمات إلى وضع المبادئ العامة لتنفيذ العقود العامة التي تبرمها دوائر الدولة والقطاع العام مع الجهات العراقية وغير العراقية، وتحديد الجهات المخولة بصلاحيات فتح العطاءات وإرسالها، وإجراءات الطعن في قراراتها لدى المحكمة الإدارية المنصوص عليها في (ثانياً/ب/١) من أعلاه، بالشفافية والنزاهة والعدالة في التنافس، إضافة إلى الأحكام الأخرى ذات العلاقة - المادة (١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧، وتم التأكيد عليه في المادة (١) من التعليمات الصادرة لسنة ٢٠٠٨.

(٣) انظر: د. خالد خليل ظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، ط١، دار المسيرة للنشر والطبع، عمان، ١٩٩٧، ص ٢٤١.

(٤) انظر: المادة (٣٣٦) بفقرتها (١ و ٢) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

والمناقصات، يفهم من النص ضرورة احترام تلك المبادئ التي تحكم إبرام العقد الإداري، وأن مخالفتها سيؤدي إلى المساس بسلامة تلك المزايدات أو المناقصات، والذي يعتبر مبدأ المساواة بين المتنافسين من ضمنها.

أما الموقف القضائي في مصر، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في العديد من أحكامها بضرورة اعتماد مبدأ المساواة بين المتنافسين، وذلك من خلال ما يأتي:

"ومؤدى هذا المبدأ هو تحقيق المساواة بين المتنافسين دون تمييز أو استثناء؛ حتى لا يختل التوازن، ويضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص"^(١).

كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها صدر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢١ بما يأتي "من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة... المساواة بين المتنافسين، دون منح الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس..."^(٢). ومن التطبيقات القضائية التي أوجدها القضاء الإداري المصري بهذا الخصوص، هو عدم الجواز للإدارة في استدعاء مَنْ تراه بإرادتها واختيارها، وأن تستبعد بعض المتنافسين طالما تعلق الأمر بالمزايدات أو المناقصات^(٣).

أما في العراق: بالرغم من أنه أخذ بنظام القضاء المزدوج، إلا أن القضاء الإداري العراقي لا يملك الاختصاص لحسم دعاوى العقود الإدارية؛ لأن القضاء العراقي بحكم تكوينه وطبيعته المدنية لم يصل إلى مستوى ما وصل إليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر في تطبيقاته النظرية للعقود الإدارية^(٤).

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٥٨٣ لسنة ٤٤٤ق، جلسة ٢٠٠٢/٦/١١ المجموعة من أول أبريل ٢٠٠٢ حتى آخر يونيو ٢٠٠٢، ص ١٧٨.

(٢) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاماً للفترة ١٩٤٦-١٩٦١، الجزء الثاني، ص ١٨٨١.

(٣) انظر: المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري، أساليب التعاقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٤) انظر: رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، ط ١، مطبعة العز الحديثة، النجف، ١٩٧٦، ص ٩٥.

ولقد ظل الاختصاص منوطاً بالقضاء العادي، الذي يملك الولاية العامة لحسم المنازعات القضائية^(١)، إلا إننا لم نجد في الأحكام الصادرة من جهة القضاء العادي ما يؤكد اعتماد مبدأ المساواة بين المتنافسين عند تعاقد الإدارة، وخصوصاً القرارات الحديثة الصادرة بهذا الشأن^(٢). مع ملاحظة أن القرارات الصادرة تنصب على حسم المنازعات المتعلقة بحالة ما بعد إبرام العقد الإداري، وما يمكن أن ينشأ عن تنفيذه من منازعات، أما بعد صدور قانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، فإن ولاية المحاكم المدنية للنظر بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية لم تدم طويلاً، وفي الوقت نفسه لم تنفصل عنها كلياً - بل جزئياً -؛ نظراً لإدراك المشرع العراقي أن هذه المنازعات تدخل ضمن اختصاص المحاكم الإدارية، خاصة لو أن الدولة طرف فيها. ولقد أصدر المشرع العراقي قوانين وتعليمات بإنشاء محكمه إدارية مختصة، تُشكل من قبل وزارة التخطيط؛ للنظر بالنزاعات والاعتراضات المتعلقة بالعقود الإدارية، وتتنحصر في مرحلة الإحالة؛ أي قبل التنفيذ^(٣). أما بعد التنفيذ (أي فض المنازعات بعد توقيع العقد)، يكون من اختصاص المحاكم المدنية. إذن، يعد هذا انفصلاً جزئياً، وهو اتجاه غير موفق للمشرع العراقي، كان الأجدر به أن يضم هذا الاختصاص للمحاكم الإدارية العراقية من خلال توسيع دائرة اختصاصها.

إذن، لم تسلك التجربة العراقية الاتجاه الصحيح؛ لذلك نقترح تحديد اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، إلى جانب القرارات الإدارية التي تخضع لأحكام القانون الإداري بصفة عامة، وللأحكام المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة خاصة على غرار ما طبق بالدول التي أخذت بالنظام القضائي المزدوج كفرنسا ومصر. فلا بد من وجود هيئة قضائية متكاملة تعمل إلى جانب القضاء العادي، وتوجد على قمة الهرم القضائي محكمة إدارية عليا تختص بنظر الطعون التي توجه ضد أحكام المحاكم الإدارية، خاصة أن هناك عقوداً مهمة تتطلب ذلك، ولا سيما في الوقت الحالي ونحن نشهد مرحلة إعمار، يتطلب إبرام عقود إدارية ضخمة كعقد الأشغال

(١) "مما يؤكد الولاية العامة للقضاء المدني العراقي للنظر في كافة المنازعات في نصوص القوانين وأحكام المحاكم المدنية من خلال المادة (٢٩) من قانون المرافعات المعدل رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بأن تسرى ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص".

(٢) انظر: د. قيس عبد الستار، رئيس مجلس شوري الدولة، تأكيداً لرؤية قرارات محكمة التمييز في حكمها المرقم (١٢٩)/موسعه أولى/ ٢٠٠١ في ٢٠/١/٢٠٠٢، وأيضاً حكمها المرقم (٢٥٨/٣م/٢٠٠١) الصادر بتاريخ ٢٠/١١/٢٠٠١، جميعها غير منشور. مشار إليه عند د. حيدر الأمانة، النظام القانوني، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٣) يقصد أن هذه المحكمة يقتصر دورها بالنظر في الشكاوى المتعلقة بالإحالة، وقرارها يعد قطعياً إذا لم يتم الطعن فيه تمييزاً، فيكون الاختصاص أمام محاكم الاستئناف التابعة للقضاء العادي؛ أي إنها لم تنفصل عنها كلياً.

العامة، و عقود الامتياز، و عقود التوريد التي تقتضي قضاءً إدارياً مختصاً للفصل في المنازعات الناشئة عنها، وفي ظل التطور السريع الذي يتطلب تطور القواعد القانونية؛ لمواكبة التغيير الاجتماعي والاقتصادي.

إلا أنه ومع ذلك، فإنّ تطبيق مبدأ المساواة لا يُراد به المساواة المادية؛ لأنها لا تصلح وحدها معياراً لاختيار أكفأ المتقدمين مع الإدارة، لذلك يجب أن ينص المشرع في المزايدات والمناقصات، على أن الإدارة غير ملزمة بقبول أوطأ الأسعار^(١).

المبحث الثالث

مبدأ حرية المنافسة

تعد المنافسة إحدى أهم وسائل التقدم والتطوير للحياة التجارية بشكل خاص، وكافة جوانب الحياة بشكل عام. وإن المنافسة القانونية التي تجري على أسس صحيحة وحرّة، إنما تعتبر - في حد ذاتها - مساواة بين المتنافسين، وبالتالي تلغي فكرة المحاباة التي هي ضد المساواة. إذن، المنافسة ظاهرة إنسانية عامة وتجارية على وجه الخصوص، وتعني السعي لتقديم الأفضل من قِبل الآخرين. وقد ظهر هذا المبدأ منذ القدم، عندما بدأ الإنسان بتناول موضوع البيع والشراء والعمل^(٢). وقد ورد ذكر هذه الدلالة في القرآن الكريم؛ فقال الله تعالى: (وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ)^(٣). وظاهرة المنافسة ظاهرة صحيحة تطوّر العمل، وتسعى به نحو التقدم، وتطور التكنولوجيا، ولكن لا تكون المنافسة مفتوحة بشكل مطلق، بل مقيدة بقيود ذات طبيعة مختلفة تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من الدخول في العطاءات، كما تتمتع الإدارة بسلطة استبعاد بعض العطاءات.

لذا، فإنّ دراستنا في هذا المبحث سوف تركز على بحث مفهوم أو ماهية مبدأ حرية المنافسة، ووضعه في التشريع المقارن في المطلب الأول، ثم ننتقل لدراسة سلطة الإدارة في الحرمان في مطلب ثان، و نتناول في مطلب الثالث سلطة الإدارة في الاستبعاد.

(١) انظر: نص البند (أ) من الفقرة (عاشراً) من (م/٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

(٢) انظر: د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصة، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٣) انظر: سورة المطففين، الآية رقم ٢٦.

المطلب الأول

ماهية مبدأ حرية المنافسة

وينقسم هذا المطلب إلى فرعين، ندرس في أوله مبدأ حرية المنافسة، وفي الثاني وضع حرية المنافسة في القانون المصري والعراقي، وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

مبدأ حرية المنافسة

تعريف مبدأ حرية المنافسة: تعني حرية المنافسة حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي يحددها القانون^(١). ويعني فتح المجال لتقدم أكبر عدد ممكن من العروض للعطاء المراد طرحه من قبل الأفراد، كل مَنْ هو قادر ومؤهل للدخول في هذا العطاء؛ لتنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمة. وهذا من شأنه أن يؤدي إلى نتائج إيجابية، سواء لصالح الدولة أو المشروع أو الاقتصاد الوطني بشكل عام^(٢)، وبذلك تستطيع الإدارة أن تختار من بينهم الأكفاء والأقل سعراً^(٣)؛ مما ينعش الحياة الاقتصادية، ويشغل الأيدي العاملة، ويضمن مصالح الدولة، ويحفظ المال العام، ويطور قطاع المقاولات والإنشاءات، كما يطور البحث العلمي والدراسات المتعلقة بالمشاريع الإنشائية، ويحقق العدالة وبناء المهنة^(٤). ويتحقق ذلك من خلال فتح باب التزام الشريف أمام كل مَنْ يود الاشتراك فيها^(٥).

وبذلك نتيج الفرصة لكل مَنْ تتوفر فيه شروط المناقصة؛ لكي يتقدم بعطائه أو بعرضه للتعاقد مع الإدارة. وهذا هو القصد الأساسي من جعل أسلوب المناقصة العامة الأصل العام في تعاقدات الإدارة؛ حتى تتسع أمام هذه الأخيرة فرص اختيار أفضل المتعاقدين. في حين أنه في المناقصات المحدودة، فإن المنافسة - وإن كانت غير غائبة فيها -، إلا أنها تقتصر في النهاية على أشخاص معينين ومعروفين سلفاً للإدارة^(٦).

(١) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٤.

(٢) انظر: د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) انظر: د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٤.

(٤) انظر: د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، مرجع سابق، ص ٣١.

(٥) انظر: د. مهدي مختار نوح، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(٦) انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٣٠.

وبهذا المعنى، تقتضي المنافسة الحرة أن يُعامل كل المتنافسين على قدم المساواة؛ فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تُعط لأقرانه، أو على حسابهم. وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة، يجب أن تكون واحدة للجميع^(١).

وبذلك، إذا تمت المنافسة في عرض العطاء بالطريقة التي فرضها القانون، فإن هذا يحقق الشفافية في تعاملات الإدارة وإزكاء حرية المنافسة^(٢)؛ مما يعني اتساع قاعدة المناقصة العامة كلما أمكن ذلك، لضمان وجود منافسة حقيقية بين المتقدمين، وانعكاس ذلك على المصلحة المالية للإدارة^(٣). وترتيباً على ذلك، فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة التي أعلنت عنها، طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التي تطلبها القانون. كما أن اتجاه الإدارة لتفضيل أحد المتقدمين على حساب الآخرين، يؤدي إلى بطلان هذا الإجراء، إلا إذا كان هذا التفضيل مستنداً إلى أساس قانوني^(٤). نفهم من ذلك، أنه ليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين^(٥)، كما أنها ملزمة باستبعاد كل مَنْ لم يستوف تلك الشروط المععلن عنها مسبقاً^(٦).

ويقوم أساس المنافسة الحرة في نظر الأستاذ الدكتور "لو بادير" على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة. بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين؛ فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية قبل ميعاد فتح مظاريف العطاء بتقرير فئات المقاولين الذين تدعوهم وغيرهم لتصرف النظر عن التعاقد معهم^(٧).

وهذا المبدأ يعتبر انعكاساً للروح الليبرالية التي سادت القرن التاسع عشر، ويرجع ظهور هذا المبدأ إلى مجموعة من الأسباب النظرية والعلمية^(٨)، هي:

- (١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٤ بتاريخ ١٩٥٩/٥/٩، السنة الرابعة، ص ١٢٥٢، المبدأ رقم ١٠٩.
- (٢) انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خايفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٣.
- (٣) انظر: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٨١.
- (٤) انظر: د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٤.
- (٥) انظر: المستشار عبد العزيز الخوري، مذكرات في العقد الإداري، ص ٣٠-٣١.
- (٦) انظر: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٨١.
- (٧) انظر: د. حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٦٠.
- (٨) انظر: المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٩٤.

الأسباب النظرية والعلمية لمبدأ المنافسة الحرة:

أولاً: الأسباب النظرية^(١):

تشتمل الأسباب النظرية التي أدت إلى ظهور هذا المبدأ، على ما يأتي:

١. مبدأ حرية المنافسة الذي هو دعامة الاقتصاد الحر.
٢. تأكيد مبدأ المساواة التي قامت عليه الثورة الفرنسية^(٢).
٣. ينبغي على الإدارة استدعاء كل المقاولين والمتعهدين، كما ينبغي عليها عدم استبعاد أحدهم.

ثانياً: الأسباب العلمية^(٣):

١. المصلحة المالية للإدارة التي تستلزم توسيع قاعدة التنافس بالسماح لكل الراغبين في التقديم إلى المناقصة العامة. ولقد أثبتت التجربة دائماً أن استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين على العقد محل المناقصة، يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن؛ مما يؤدي إلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة.
٢. احتمال عدم الثقة بين الإدارة وموظفيها، فإن المنافسة من شأنها أن تحافظ على النزاهة في عمليات إبرام العقد، وتمنع شبهة المحاباة على الإدارة وموظفيها الذين ينهضون بعبء عملية الإبرام، فقد أثبتت التجارب والخبرات التاريخية أن فتح باب السلطة التقديرية أمام الإدارة لأجل اختيار متعاقديها قد أدى إلى كثير من الفساد.
٣. مصلحة المتنافسين ذاتهم التي تستلزم كل الضمانات التي تتمثل في حرية دخولهم إلى المناقصة؛ إذ أن المنافسة تحرك كل القوى الاقتصادية الموجودة، فهي تجيز الدخول إلى الطلب العام للكافة، ولاسيما المشاريع المتوسطة والصغيرة بحسب شروط العطاء.

(١) انظر: المصدر السابق نفسه، ص ١٩٥.

(٢) لقد نصت مقدمة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ بشكل واضح على الحق في المساواة أمام دستور ١٩٥٨؛ فقد نص على هذا الحق صراحة في المادتين (٢ و٣)، كما تضمنت المادة (٧) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذا المبدأ. أما في مصر، فقد نصت المادة (٤٠) من دستور سنة ١٩٧١ الدائم على ما يلي: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، ولا يميز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة...". وهذا ما أكدته القانون العراقي بالمادة (١٤) من الدستور العراقي الحالي لسنة ٢٠٠٥. كما نصت المادة (١٤) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي منعت أي تمييز متعسف بين الأشخاص هذا على المستوى الأوروبي. ولفكرة المساواة في القانون حق دستوري يتمتع به جميع الأفراد في كافة جميع الدساتير، ويتمتع به جميع الأفراد، سواء من حيث تنظيم العلاقة مع السلطة، ومن حيث الواجبات والالتزامات، وهذا يحقق فكرة المساواة بين الأفراد من خدمات المرفق العام.

(٣) انظر: المستشار الدكتور عبد الفتاح أبو الليل، مرجع سابق، ص ١٩٥. ود. مهند مختار، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

٤. إن المنافسة تجعل الإدارة مُلمة بكل معطيات السوق؛ مما يفسح المجال لها للاختيار الدقيق.

معنى ذلك أن الإدارة تقف أمام جميع الراغبين بالاشتراك في المناقصة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين؛ فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية باستبعاد المقاولين إلا وفق شروط المناقصة^(١)، وإلا فلتتحمل الانتقاد والمحاكمة والطعن، بل وتعطل المشروعات أحياناً.

وتنص القوانين والنظم الخاصة بالمناقصات على تطبيق مبدأ المنافسة وإعطاء فرص متكافئة للجهات القادرة والمؤهلة للقيام بتنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمة الفنية، وتلزم القوانين الإدارية الجهة المختصة بضرورة التقيد بأفضل العروض المستوفاة لشروط دعوة العطاء أو أنسب الأسعار، مع مراعاة درجة الجودة، وإمكانية التنفيذ ضمن المدة المحددة، ومدى قدرة المقاول والمستشار للقيام بالعمل حسب الشروط والمواصفات^(٢).

وهناك بعض التشريعات التي أوجبت إعلان أسعار المناقصة في لوحة الإعلانات لغرض اطلاع المتنافسين، مع وجوب نشر جميع قرارات لجنة المناقصات المركزية في الجريدة الرسمية. ومما لا شك فيه أن هذا الاتجاه يعكس الشفافية في عمل الإدارة.

وتبعد حرية المنافسة عن الفساد الإداري، بالرغم من أننا لم نجد نظاماً للمناقصات العامة اليوم يخلو تماماً من جميع أشكال الفساد، إلا أن النظام الذي يتبنى الشفافية والكفاءة والاقتصاد والمحاسبة والنزاهة؛ فهو النظام الذي يصعب على الفساد أن يختبئ فيه، لذلك فإن حرية المنافسة تعطي الحق للأطراف المتضررة في الاعتراض على الإجراءات والتصرفات الخاطئة بأي شكلٍ قانونيٍّ مدعم بالأسانيد.

وإذا كانت تعليمات تنفيذ العقود رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ نصت على حرية المنافسة، إلا أن هناك مَنْ يرى أن هذه الحرية مقيدة بالعرض الوحيد والدعوة المباشرة؛ لذلك فإن الإدارة قد تكون مجبرة على اللجوء إلى هذه الدعوات بسبب حاجة المرفق العام، ولذلك ينتفي هذا المبدأ عند توجيه الدعوة المباشرة أو العرض الوحيد^(٣). ونظراً لأهمية مبدأ المنافسة الحرة في إجراءات المناقصة العامة، فقد حرصت التشريعات المختلفة على النص عليه في صلب قوانين الشراء العام.

(١) وبهذا الاتجاه أخذ المشرع العراقي؛ حيث أوجب أن تتسم إجراءات المناقصة بالعمومية والتنافسية والعدالة والشفافية والعناية حسب الفقرة الأولى من (١/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

(٢) انظر: د. عبد الرؤوف جابر، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٣) انظر: د. ياسين كريم محمد، مرجع سابق، ص ٨.

الفرع الثاني

وضع حرية المنافسة في نطاق عقود الشراء العام في القانون المقارن

أولاً- في مصر:

لقد صدرت في مصر نصوص تشريعية متعددة تنظم أساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة منذ سنة ١٩١٢، وتوالت النصوص التشريعية إلى حين صدور القانون الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المرقم ٢٣٦ في ١٩٥٤، وصدور لائحته التنفيذية بالقرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧، ثم بعد ذلك صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، وصدور لائحته التنفيذية بقرار من وزير المالية رقم ١٥٧، ثم بعد ذلك صدر القانون المرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨؛ حيث تركّز إشارة المادة الثانية - بصورة قاطعةٍ وواضحةٍ - على مبدأ المنافسة الحرة^(١). وقد استقر القضاء الإداري على ذلك منذ زمن طويل، وفي نفس الوقت والاتجاه سارت المحكمة الإدارية العليا. وأيدت هذا المبدأ الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة^(٢).

ثانياً- في العراق:

لقد أكد الدكتور محمود خلف الجبوري بقوله: "الممارسة بطبيعة الحال تجري وفق الصور المعروضة للمناقصات والمزايدات العامة؛ فقد تكون بتوجيه الدعوة لجميع المقاولين والشركات، وتسمى طريقة الممارسة المفتوحة قياساً على (طريقة المناقصة المفتوحة)، وقد تكون بتوجيه الدعوة إلى عدد معين من المقاولين أو الشركات، ويطلق عليها طريقة الممارسة المحدودة قياساً على (طريقة المناقصة المحدودة). وتخضع كلا الطريقتين المذكورتين للأحكام المعمول بها في المناقصات، وتحفظ الإدارة بالمبادئ المذكورة بصدد المناقصات والمزايدات كمبدأ الإعلان، ومبدأ المنافسة الاختيارية، والمساواة في المنافسة"^(٣).

(١) لم يصف أو يستحدث القانون الحالي للمناقصات والمزايدات النص السابق الإشارة إليه في هامش ص ٤٤، بل كان في المادة الثانية من القانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، والتي نصت على وجوب أن تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة.

(٢) للمزيد من التفصيل، ينظر هامش، ص ٤٤.

(٣) انظر: د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، محاضرات أقيمت على طلبة الصف الثالث - كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٦ - ١٩٨٧، ص ٦٧.

وفي عام ٢٠٠٤ صدر القانون رقم ٨٧ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة، والخاصة بالعقود العامة الذي تضمن في مقدمته الإشارة إلى مبدأ المنافسة عند ذكر "أخذًا بعين الاعتبار أن مبدأ المنافسة العادلة والعلنية والكاملة أمر ضروري لاقتصاد العراق، والتي هي هدف التجارة الحرة، وتسعي له كل الأمم"، وتضمنها القسم الأول^(١).

ونستخلص مما سبق، أن هذا المبدأ يعتبر من المبادئ الرئيسة التي تحكم العقود الإدارية، سواء على المستوى النظري؛ أي ما يتعلق بالقواعد المنظمة لعملية الإبرام، أو على المستوى العلمي؛ أي الإجراءات التي تحكم إبرام العقد، فهو بهذا الوصف يعد مكملاً لمبدأ المساواة بين المتنافسين الذي نصت عليه التشريعات المقارنة، وأكدته القضاء الإداري المقارن بأحكامه المتواترة^(٢).

وهنا يثور تساؤل: هل حرية التقدم للمناقصات مطلقة أم هي مقيدة بشروط معينة؟

إنّ التقدم للعطاءات بحرية مطلقة لا يعني في ذات الوقت آلية الوصول مع المتقدم بأدنى الأسعار؛ لأنه قد يترتب على ذلك إلزام الإدارة بالتعاقد مع أشخاص ليس لديهم المقدرة الحقيقية لإنجاز الالتزامات موضوع التعاقد، ولذلك وجدت مجموعة من القيود والضوابط التي تحدد مدى التطبيق الحرفي لمبدأ حرية المنافسة، وذلك من خلال سلطة الإدارة، باستبعاد بعض المتنافسين الذين يثبت عدم إمكانيتهم لإنجاز المشروع موضوع العقد، أو من المتنافسين غير الأكفاء، أو غير الأمناء على مصلحة الإدارة والأموال العامة، فمن خلال هذا الاستبعاد تتحقق مصلحة الإدارة، وكذلك المصلحة المالية للمرافق العامة^(٣).

وقد يثور تساؤل آخر: ما هي أهمية الشروط الحاكمة لمبدأ حرية المنافسة؟

إنّ أهمية تنظيم حرية المنافسة، يمكن التماسها - بشكل واضح وجليّ - عند إبرام العقود الإدارية التي تتعلق بمبالغ كبيرة وضخمة، أو العقود التي تنصب على التخصص بمجالات محدودة، فيقع على عاتق الإدارة مسؤولية كبيرة وجمّة، ألا وهي الرغبة في الوصول إلى أفضل العروض

(١) انظر: نص الفقرة (أ) من (م/١) قسم (١) من قانون العقود الحكومية العامة على ما يلي: "أن تكون إجراءات الدعوة العامة تنافسية وتامة وعادلة وعلنية إلى أقصى حد ممكن"، ثم نص عليه لاحقاً في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص ٧.

(٢) انظر: د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص ٤٨٥.

(٣) انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٨٠٤.

المقدمة للتعاقد معها، فتقارن الإدارة بهذه الحالة وتوازن بين العروض المقدمة؛ لتتمكن من اختيار الأصلح منها.

ومن ناحية أخرى، نجد أن من أكثر المقاولين أو الموردين كفاءة قد لا يقدم إلى الاشتراك أو الدخول في العطاءات الضخمة، إذا وجد تنافسًا واسعًا جدًا لا حصر له؛ لأن مثل هذه الحالة تؤدي إلى دخول أعداد كبيرة من المتنافسين ممن لا يملكون القدرة أو الكفاءة، ومنهم من يقدمون عروضًا مالية تكاد تكون غير معقولة، بالمقارنة مع العروض الأخرى. ولهذا السبب، هناك مجازفة للدخول في مثل هذه العطاءات، وتحمل أعباء مثل هذه العروض^(١).

ولأجل ذلك، لا بد من توفر شرطين لأجل الوصول إلى تطبيق صحيح لمبدأ حرية المنافسة: يتمثل الأول، بأن يكون هناك تنافس حقيقي لا تقف خلفه مجموعة من الاتفاقات غير المشروعة بين المقاولين تنعكس سلبًا على مصلحة الإدارة والمصلحة العامة. أما الشرط الثاني، فهو أن يكون هناك تنافس صحيح مبني على أسس سليمة، فالغاية التي تبتغي الإدارة تحقيقها هي الحصول على أنسب الأسعار التي يجب أن يُؤخذ من خلالها بنظر الاعتبار التنفيذ الجيد، وعدم اعتماد السعر الأدنى في جميع الحالات. وعليه، يمكن أن نجد أسعارًا تقل حتى عن الحد المعقول الذي يؤدي لاستبعاد العطاءات الجيدة والمعقولة في سعرها، وهذا كله يتعارض مع مبدأ حرية المنافسة^(٢).

المطلب الثاني

حدود مبدأ حرية المنافسة

الأصل أن تكون المنافسة حرة، ولاسيما في نطاق المناقصة العامة، غير أن جهة الإدارة تمارس سلطة مهمة في هذا الخصوص، وهي سلطة حرمان بعض الأشخاص أو المشروعات من الدخول في المنافسة، وذلك إما كجزاء بسبب الإخلال بالتزامات سابقة، وهو ما يُسمى بالحرمان الجزائي، وإما بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة، وهو الحرمان الوقائي^(٣). وعلاوة على سلطة

(١) انظر: د. نواف كنعان، إبرام العقد الإداري، مجلة دراسات، المجلد الخامس والعشرون، العدد الثاني، ١٩٨٩، ص ٤٥٤.

(٢) انظر: المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري أبو الليل، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٣) انظر: د. حمدي حسن الطفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٤٧.

الإدارة في حرمان بعض الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة، فإن القانون قد ينص في حالات محددة على الحرمان كعقوبة تبعية^(١).

ومن ناحية أخرى، فإن للإدارة الحق في استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط المقررة^(٢) - شروط المناقصة - أو كأثر لصدور قرار حرمان سابق^(٣)، وكذلك لعدم توافر الشروط التي احتوتها كراسة الشروط الملحقه بالعقد.

ويعد الحرمان من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع الإدارة بها في مرحلة تكوين العقد؛ إذ يخول الإدارة سلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الخاص، ولا تتيسر مباشرتها إلا لها وحدها^(٤).

وفي كل حال من الأحوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان، عدم قبول العطاءات التي يقدم بها الشخص المحروم، حتى لو كانت هذه العطاءات مستوفية لكافة الشروط التي تطلبتها الإدارة. ويبقى مبدأ المنافسة الحرة قائماً ومنتجاً لآثاره في خارج سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد^(٥).

فالحرمان هو إجراء يتيح للإدارة منع الشخص المحروم من الدخول في تعاقدات معها، وقد يكون الحرمان جزائياً، كما قد يكون وقائياً، وذلك على النحو التالي:

(١) لسبق الحكم على الفرد بعقوبة جنائية، مشار إليه عند: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٤٦.

(٢) انظر: المستشار الدكتور أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٩٢. ود. حمدي حسن الحفاوي، مرجع سابق، ص ١٤٧. وتوجد فروق جوهرية بين الحرمان والاستبعاد؛ فالحرمان إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات - طبيعي أو معنوي -؛ على عكس الاستبعاد، فهو إجراء موضوعي يلحق عطاء معيناً، وليس شخصاً من الأشخاص. ومن جهة أخرى، فالحرمان قرار عام، وقد يكون مؤقتاً، وقد يكون غير محدد لمدة، كما قد يكون في حدود مالية معينة أو بغير حدود، وقد يكون مانعاً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجريها الإدارة، وقد يقتصر على بعضها. أما الاستبعاد، فهو إجراء فردي يصدر في كل حالة على حدة، وبمناسبة مناقصة أو ممارسة واحدة معينة بالذات، ويكون محله استبعاد لأحد العطاءات المقدمة؛ لمخالفته للشروط المقررة كإجراء وقائي. راجع في ذلك د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٥١ وما بعدها. ود. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ٥٨٣. وانظر: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/٣/٣٠، مجموعة السنة ١٠ رقم ٢٨٤، ص ٢٧١، والذي أجاز أن يكون الحرمان بالنسبة لنوع معين من المناقصين والممارسات التي تقل قيمتها عند مبلغ معين.

(٣) انظر: د. حمدي حسن الحفاوي، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

(٤) انظر: د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٥) انظر: المصدر السابق نفسه، ص ١٥١.

الفرع الأول

الحرمان الجزائي

يوقع الحرمان الجزائي على شخص معين – طبيعياً كان أو معنوياً - إما بنص القانون، أو لإخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة^(١).

أولاً- الحرمان الجزائي بنص القانون:

يمكن أن يكون الحرمان الجزائي بنص القانون في صورة عقوبة أصلية^(٢)، أو عقوبة تبعية^(٣) عن أفعال ارتكبتها الشخص المحروم. ومن ثمّ، لا يعد تفعيل سلطة الإدارة في توقيع جزاء الحرمان في هذه الحالة سوى مجرد تطبيق للنصوص القانونية.

أما الحرمان الجزائي، كعقوبة أصلية بموجب القانون العراقي، هو إجراء تتخذه الإدارة بقرار إداري، بمقتضاه يستبعد أحد المقاولين أو المتعهدين أو الشركات من التقدم للمناقصات أو المزادات العلنية لاعتبارات معينة، شريطة أن تسبب الإدارة قرارها بالحرمان، ويخضع ذلك لرقابة القضاء حسب ظروف كل قضية ووقائعها.

فقد يكون الحرمان كعقوبة بنص القانون، منها على سبيل المثال حرمان مقدم العطاء لمخالفته أنظمة الضرائب والجمارك.

(١) انظر: هاني عبد الرحمن غانم، أساليب إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٢) مثال الحرمان كعقوبة أصلية ما نص عليه تقنين عقود الشراء العام الفرنسي من حرمان الأشخاص الطبيعية والمعنوية - الذين لم يقدموا إقراراتهم الضريبية حتى ٣١ ديسمبر من السنة السابقة التي جرى فيها الإعلان عن المناقصة، مشار إليه عند: د. عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨٤. وينطبق الأمر نفسه على مَنْ يتخلف من هؤلاء الأشخاص عن سداد الالتزامات التي ترتبها قوانين التأمين الاجتماعي وفقاً للمادة (٥٢) من القانون المشار إليه، في حين لا نجد نظيراً لمثل هذا الحكم في القانون المصري والعراقي على حد سواء.

(٣) ومثال الحرمان كعقوبة تبعية ما نص عليه التقنين الفرنسي سالف الذكر في المادة (٤٩٦) منه، وذلك في الحالات الآتية:

أ- حالة الحكم بعقوبة جنائية في إحدى المخالفات المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة.
ب- المشروع الذي يتصرف باسمه شخص محظور عليه دخول المناقصات العامة. مشار إليه عند: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

فالأصل في الاستبعاد أن يكون وجوبياً مقررًا بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات؛ وذلك حتى لا يتقدم للمناقصة إلا الصالحون من الأفراد والقادرون منهم، لكي توفر الجهد والوقت على لجان الفحص والبت^(١).

ولكن من جانب آخر، تخضع قرارات الحرمان أو الاستبعاد لرقابة القضاء الإداري، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء؛ لإساءة استعمال السلطة، ولعدم قيام الأساليب المبررة للاستبعاد أو الحرمان، أو لعدم صحة هذه الأسباب^(٢).

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع العراقي، أخذ بالاتجاه نفسه الذي أخذ به المشرع المصري من رقابة لقرارات الإدارة وإمكانية الطعن بالإلغاء.

ثانياً- الحرمان الجزائي بنص القانون كعقوبة تبعية:

أورد قانون العقوبات المصري نصاً عاماً؛ حيث تقتضي المادة (٤/٢٥) منه بأن: "كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية: أولاً، القبول في أية خدمة في الحكومة مباشرة، أو بصفته متعهداً أو ملتزماً، أيًا كانت أهمية الخدمة"^(٣).

كما يستبعد العطاء المقدم من شخص حكم عليه بالإفلاس أو التجريد؛ وذلك كنتيجة لفقد الاعتبار بسبب الحكم بالإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية^(٤).

وفي هذه الحالات يستند الحرمان إلى نصوص القانون، ومن ثم لا تعدو سلطة الإدارة في ممارسة هذا الحق أن تكون مجرد تطبيق وتنفيذ لهذه النصوص القانونية^(٥).

أما القانون العراقي، فقد أشار في القسم ٩ بعنوان (المنع من المشاركة) إلى الأحكام الخاصة باستبعاد ومنع الأفراد والكيانات من الدخول في المنافسة، واعتبر سوء التصرف هو أساس المنع والاستبعاد، وأورد أسباباً - على سبيل المثال لا الحصر - حسب المادة الثالثة من الفقرة (أ) على ما

(١) انظر: د. فاروق أحمد خماس، ود. محمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٢) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في ٩ مايو سنة ١٩٥٩، ٢ قضائية، ص ١٢٥٤.

(٣) تنقسم العقوبات إلى أقسام مختلفة، منها أصلية وتبعية وتكميلية؛ فالعقوبات الأصلية هي التي لا يمكن تنفيذها إلا إذا قضي بها في الحكم. أما العقوبات التبعية، فهي التي تتبع العقوبات الأصلية من تلقاء نفسها؛ أي بقوة القانون، ولو لم ينص عليها القاضي في منطوق حكمه، فمجرد الحكم بالعقوبة الأصلية يتضمن حتماً الحكم بالعقوبة التبعية، وعلى سلطة التنفيذ في تنفيذها من تلقاء نفسها. راجع في ذلك: أ.د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجزء الأول - القسم العام، طبعة ١٩٨١، ص ٨١٧.

(٤) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ط ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

(٥) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٧.

يلي: "إذا أدين بجريمة جنائية"^(١)؛ أي الحكم بجناية أو جنحة مخلة بالشرف^(٢)، أو إفلاس^(٣). وكذلك نص قانون العقوبات العراقي بالمادة (٩٥) على: "الحرمان من بعض الحقوق والمزايا كعقوبة تبعية تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون الحاجة إلى نص الحكم"، ونصت المادة (٩٦) على "الحرمان من الوظائف والخدمات التي كان يتولاها"^(٤).

ثالثاً- الحرمان الجزائي الموقع من قبل الإدارة:

في هذه الحالة يكون الحرمان الجزائي الموقع من جهة الإدارة، هو جزاء يُوقع على المتعاقد مع الإدارة؛ نتيجة إخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة مع الإدارة^(٥). ولا بد من معرفة ما هو المقصود بهذا بهذا القيد الذي يحرم المتعاقد من إبرام العقد مع الإدارة ومعرفة صورته. والمقصود به، حرمان كل مَنْ سبق له التعامل مع الإدارة، ووقع منه أثناء ذلك التعامل إخلال جسيم بالتزامات التعاقدية؛ مما يجعله غير جدير بثقة الإدارة في التعاملات المستقبلية واستبعاده من بين المتقدمين للتعاقد^(٦). أما صور الإخلال الجسيم بالتزامات التعاقدية مع الإدارة، والذي يترتب عليه حرمان ذلك المتقدم أو غيره من التعاقد مع الإدارة، حالة التلاعب التي يقوم بها المتعاقد، والذي يتجاوز الإهمال، لكنه لا يبلغ إلى درجة الغش الذي يعكس عدم الجدية في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وكذلك حالة التنازل عن العقد للغير بدون موافقة الإدارة، وكذلك حالة انسحاب مقدم العطاء والامتناع عن توقيع العقد بعد إتمام الموافقة على ترسية العملية عليه، وتقديم ذلك للمتقدم للعرض أسباباً وأعداراً لا يمكن التسليم أو الاقتناع بها باعتبارها ملجأ إلى ذلك الانسحاب^(٧).

(١) انظر: نص البند (أ- ثالثاً) قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.

(٢) انظر: د. عثمان العبودي، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٣) انظر: د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٤) انظر: نص المادة (٩٥) و(٩٦) من قانون العقوبات العراقي بالعدد (١١١) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

(٥) انظر: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٦) انظر: د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٧) انظر: د. نواف كنعان، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذا الخصوص: "أن من المُسلّمات أنه يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق..."^(١).

وكذلك تقرر محكمة القضاء الإداري المصرية أنه: "إذا كان الثابت رفض العطاء الأكبر يرجع إلى ماضي صاحبه، واختياره في سنة سابقة يدل على أنه لا يحترم التزاماته، ولا يوفي بعهوده؛ فهي أسباب جدية كافية لرفض العطاء، ولو كان أكبر عطاء"^(٢). وتقول المحكمة نفسها إن للإدارة اتخاذ قرارها بالحرمان لهذا السبب، سواء نصت عليه العقود أم لم تنص عليه^(٣)؛ أي أنه جزاء يخضع لأحكام نظرية الجزاءات في العقد الإداري^(٤)، وتخضع سلطة الإدارة في توقيعه على المتعاقد معها لرقابة القضاء^(٥). وتستطيع الإدارة تطبيق هذا الجزاء بقرارات إدارية استنادًا إلى امتياز التنفيذ المباشر المباشر الذي تمارسه الإدارة، إعمالاً للسلطة العامة المخولة لها قبل الأفراد^(٦).

وقد يكون العقد أو دفا تر الشروط قد تضمننا النص على هذا الجزاء بشروط معينة، وفي هذه الحالة يتعين عدم توقيع هذا الجزاء إلا إذا توافرت شروطه ومبرراته؛ فالأصل أن الحرمان الجزائي لا يجوز توقيعه إذا لم تتحقق أسبابه^(٧). أما إذا لم يوجد مثل هذا النص في العقد أو في دفا تر الشروط، فإن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ينص على الحرمان كعقوبة تبعية، توقعها الإدارة على المتعاقد معها في الحالتين:

-
- (١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم ٩٥٤، السنة ٦ق، الصادر بتاريخ ١٢/٢٣/١٩٦٢، مجموعة الأحكام القضائية التي قررتها المحكمة في عشر سنوات، مرجع سابق، ص ١٧٥٤.
 - (٢) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية ٣٦٦، لسنة ٥ق، الصادر بتاريخ ١٩٥١/٥/٢٩ مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، للسنة الخامسة، البند ٢٩، ص ٩٧٧.
 - (٣) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٦/٣/٣٠؛ إذ تقول فيه: "إذا ثبت من وقائع الدعوى أن تأخير المقاول كان ناشئاً عن تراخيه؛ مما أصدرت وزارة الأشغال قرارها بمنعه من القيام بعمليات المقاولات التي تطرحها..."، فهو قرار صحيح لا تشوبه شائبة، مجموعة أحكام المحكمة في خمسة عشر عاماً، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ١٨٩٠.
 - (٤) انظر: د. حمدي حسن الحفاوي، مرجع سابق، ص ١٤٩. وأ.د. جابر نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٧.
 - (٥) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المصدر السابق نفسه، نفس الصفحة. ود. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٥٤.
 - (٦) انظر: د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، ١٩٥٤، ص ١٣٣.
 - (٧) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٢ - ١٤٣. وراجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦١/١/١٣، المجموعة، السنة ١٥، رقم ٧١، ص ٩٠.

الحالة الأولى: إذا ما استعمل المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد، ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند (أ) من سجل الموردين أو المقاولين. ويتم - بناءً على طلب المتعاقد الذي شُطب اسمه - إعادة قيده في سجل الموردين أو المقاولين، إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إدارياً أو بصدور حكم ببراءته مما تُسب إليه، على أن يعرض قرار إعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريق النشرات المصلحية^(١).

الحالة الثانية: وهي الخاصة بعدم صحة البيانات المتعلقة بمكان إنتاج الأصناف محل العقد^(٢).

أما في العراق: قد يُمنع أحد الأشخاص من الاشتراك في المناقصة كعقوبة له، إذا ثبت غشه واحتياله أو إفلاسه، أو أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره في رشوة أحد موظفي الدولة، كما يُمنع من المزايدة مَنْ ثبت تعامله مع الشركات الأجنبية المقاطعة^(٣).

ويلاحظ أن قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، قد فرض عقوبة على مَنْ أخل بعدالة إجراءات المناقصات والمزايدات في نص المادة ٣٣٦؛ حيث نصت الفقرة الأولى من المادة المذكورة على ما يلي: "يعاقب بالحبس أو بالغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أخل بطريق الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة بحرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تسهم الحكومة بما لها بنصيب، أو التي تجريها الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية". وتنص الفقرة الثانية على: "يعاقب بنفس العقوبة مَنْ ارتكب

(١) انظر: الفقرة (أ) من المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. ولقد تطلبت المادة المشار إليها ضرورة إخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك؛ لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية. والفقرة (أ) من المادة (٢٤) مستدرك بالعدد ٢٠ مكرر في ١٦ مايو سنة ١٩٩٨. وقد كانت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملغي) بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات في المادة (٨٥) منه، تنص على الحرمان الجزائي كعقوبة تبعية على المقاول والمتعهد في حالتين: أ- إذا استعمل الغش أو اللعب في معاملته مع المصلحة أو السلاح. ب- إذا ثبت أن المتعهد والمقاول شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الحكومة أو مستخدميها أو عمالها أو التواطؤ معه، إضراراً بالسلاح أو بالوزارة (الخبزينة). ولقد وردت هذه الأحكام في نص المادة (٢٧) من قانون المناقصات والمزايدات الملغي رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، مع اختلاف طفيف في الصياغة؛ حيث وردت الجهة الإدارية بدلاً من المصلحة أو السلاح.

(٢) انظر: الفقرة الخامسة من المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٣) انظر: الفقرات (١-٢-٣-٤-٥-٦-٧) من المادة (١٢) من التعليمات، د. فاروق أحمد خماس ود. محمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود، مرجع سابق، ص ٩١.

الفعل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من غير الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة، ويحكم على الموظف وغير الموظف برد الخسارة على الفعل المنصوص عليه فيها^(١).

لكن نلاحظ أن المشرع العراقي لم يحدد وسائل الغش أو الوسائل غير المشروعة التي تخل بحرية وسلامة المناقصات أو المزايدات التي تجريها الدولة، وترك أمر تقديرها للقضاء المختص - حسب ظروف كل قضية ووقائعها -؛ بغية استيعاب الحالات التي تستجد على صعيد التطبيق العملي للمناقصات والمزايدات كافة. فمن وسائل الغش قيام الموظف بإفشاء المعلومات الخاصة بالمناقصات والمزايدات لبعض المتعهدين أو المقاولين، أو تزويد المتعهدين بالوثائق، وبعد توزيعها يقوم بإجراء تعديل عليها، ثم يقوم باستحصال الموافقة بعد التعديل ويقوم بتوزيعها على بعض المتعهدين - وليس جميعهم -؛ مما يفوت الفرصة على بعضهم من الفوز بالمناقصة.

وتسمى هذه الجرائم جرائم المتعاقد وجريمة الغش في المعاملات التجارية؛ حيث نصت (م/٤٦٧) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين، وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، مَنْ غش متعاقداً معه في حقيقة بضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أو نوع البضاعة أو مصدرها، في الأحوال التي يعتبر فيها ذلك سبباً أساسياً في التعاقد، أو كان الغش في عدد البضاعة أو مقدارها أو مقياسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها، أو كان في ذاتية البضاعة، إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه" و عليه، تتحقق الجريمة بتوافر ركنين، هما:

الركن المادي: ويتمثل بقيام الجاني بغش المتعاقد معه - سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً عاماً أو خاصاً - في حقيقة بضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أو نوع البضاعة أو مصدرها، في الأحوال التي تعتبر ذلك أساسياً في التعاقد، أو كان الغش في عدد البضاعة أو مقدارها أو مقياسها أو كيلها أو طاقتها، أو كان في ذاتية البضاعة إذا كانت عينة ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه. فعلى سبيل المثال، قد يعمد المتعاقد على تجهيزه الدائرة الحكومية بمواد غير مطابقة للمواصفات من حيث السعة أو المنشأ أو النوع، ويعمد إلى التحريف والتزوير في القوائم، أو التقليد، أو الغش التجاري في العلامة لبيان أن المواد هي ذاتها المتفق عليها بموجب العقد.

إضافة إلى توفر **الركن المعنوي:** ويتمثل بقصد الجاني على غش المتعاقد في واحدة من الحالات - سألفة الذكر - مع توفر الإدراك والإرادة لدى الجاني^(٢)، هي الإخلال بسلامة أو حرية

(١) انظر: المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) انظر: د. عثمان العبودي، المرشد العملي، مرجع سابق، ص ١٨٩-١٩٢.

المناقصات أو المزايدات باستخدامه الغش أو الوسائل غير المشروعة، وأنه يدرك تمامًا أن فعله مخالف لأحكام قانون المناقصات والمزايدات. ونلاحظ أن الغاية الأساسية من هذه النصوص حماية المناقصات والمزايدات التي تجريها الدولة ومؤسساتها العامة وعدم المساس بها، والإخلال بالثقة العامة لمؤسسات الدولة. كما أن حق الإدارة في استبعاد بعض المتقدمين، وسلطاتها هي سلطة تقديرية، وهي سلطة مشروعة طالما أنها لا تستهدف استبعاد طائفة كبيرة من المتقدمين، وأن تستهدف بالاستبعاد حُسن تنفيذ المرفق العام - موضوع العقد -، وألا تكون مشوبة بعيب الانحراف عن السلطة^(١).

ومن حق الإدارة استبعاد العطاءات غير القانونية؛ لأن الأصل في الاستبعاد وجوبياً، لذا لا تتمتع الإدارة - بصدده - بأية سلطة تقديرية، فلا تستطيع الإدارة قبول عطاء غير مشمول مقدماً بشروط المناقصة، أو لم يقدم أحد المستمسكات الأساس في المناقصة، أو أن الشركة غير مؤسسة بشكلٍ صحيح... إلخ. وكذا الحكم فيما لو أبرم عقد مع المقاول الذي يجب حرمانه ابتداءً؛ مما يؤثر على قانونية العقد المبرم، هذا ويشترط لصحة قرارات الاستبعاد أن تتوافر فيها الشروط الآتية^(٢):

١. أن يتم من خلال تحليل العروض وبعد فتح المظاريف.
٢. ألا يتم بالنظر إلى الأسعار والمواصفات، وإنما بالشروط الخاصة بالعطاء؛ كونه مشمولاً بالتقديم من عدمه.
٣. لا يجوز للجنة المذكورة العدول عن قرارها بالاستبعاد، إلا في حالة شرط إكمال الوثائق أو شرط إعادة الفحص، كما لا يجوز أن تقرر قبول العطاء بعد أن تم استبعاده.
٤. إن الإدارة غير ملزمة بإخطار مقدم العطاء للحضور والدفاع عن نفسه، بل يكفي أن تقرر اللجنة وتعلم به الرئيس الإداري المختص.

مفهوم الغش والتلاعب المبرر للحرمان الجزائي:

من الضروري تحديد مدلول الغش والتلاعب، الذي يببرر أيًا منهما استعمال الإدارة سلطتها في الحرمان الجزائي للمتعاقد معها.

(١) انظر: نكتل إبراهيم عبد الرحمن الطائي، عقد امتياز المرفق العام، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، ٢٠٠٨، ص ٨٢.

(٢) انظر: د. عثمان العبودي، مرجع سابق، ص ٦٣.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه "الذي يتم التأكد من الغش لا بد من ثبوت علم المتعهد بمخالفة الشيء المُسلم منه، من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، وبما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانبه. أما التلاعب فهو الذي يجاوز الإهمال، ولا يرتقي إلى مرتبة الغش، ويتعذر حصر مختلف أساليبه وشتى صورته؛ حيث يفترض إتيان المتعهد أعمالاً تنم عن عدم الجدية في تنفيذ التزامه، ومحاولته العثور على الثغرات؛ للتدخل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدف منها العقد الإداري"^(١).

كما حددت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع^(٢) مفهوم الغش الموجب للشطب بقولها: "إن الغش أو التدليس الذي يخول جهة الإدارة شطب اسم المتعاقد الذي أدخل عليها الغش، يجب أن يثبت باعتباره عملاً عمدًا باستعمال المتعاقد طرقاً احتيالية بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، يجعل جهة الإدارة تصدر قرارها بعدم التعامل معه، وليس بالضرورة أن تكون هذه الطرق الاحتيالية طرقاً عادية تتمثل في سلوك إيجابي من المتعاقد، بل قد تكون سلوكاً سلبيًا محضًا في صورة إخفاء المتعاقد عمدًا بعض المعلومات الأساسية التي تجهلها جهة الإدارة، ويمتنع عليها علمها إلا عن طريقه، على الرغم من علمه بأهمية هذه المعلومات ذاتها التي لو كانت تحت بصرها لما تعاقدت معه"^(٣). كما اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أنه "من قبيل الغش ما دأب عليه المتعهد من توريد أصناف غذائية بأقل من الكميات المطلوبة وغير الصالحة للاستهلاك الآدمي، هو أمر يكشف - بما لا يدع مجالاً للشك - عن نية الغش بهدف الحصول على الأموال العامة دون وجه حق"^(٤).

بينما رفضت وسم المورد بالغش إذا انتفى علمه بمخالفة مواصفات التوريد، ولم يأت من الأفعال ما يخفي المخالفة عن جهة الإدارة، أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها، في حين قضت بقولها: "مخالفة مواصفات التوريد لا تعتبر غشًا ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة،

(١) انظر: حكم في الطعن رقم ٩٢٩، لسنة ٩٩ق، جلسة ١٧/٦/١٩٦٧، مجموعة السنة ١٥ في العقود الإدارية، ص ٢٥٧.

(٢) انظر: فتوى رقم ٢٠، بتاريخ ١٤/١/١٩٩٩ - ملف رقم ٨٧/١/٥٨، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية من أول أكتوبر ١٩٩٨ حتى آخر ديسمبر، ١٩٩٨ الجزء الأول، ص ٥٨.

(٣) واستدللت الجمعية العمومية على توافر الغش في حق الشركة المعروض حالتها، بأن الشركة المذكورة أخفت عمدًا عن الجهة الإدارية معلومات أساسية، هي أن اللورد (الكود) غير أمريكي الصنع، وهي صفة جوهرية كانت محل تقدير عند الترسية عليها، وصدور أمر التوريد لها، ولجأت الشركة في ذلك إلى استعمال طرق احتيالية تمثلت في نزع الكارت المعدني من مكانه؛ بهدف طمس الحقيقة عن بلد الصنع، وفقًا لما جاء بتقرير لجنة المعاينة، وتؤكد من موقف الشركة بالرفض لتقديم شهادة بلد المنشأ، وهو الأمر الذي يثبت في حقها الغش والتلاعب، الذي يحق بناءً عليهما للجنة الإدارة شطبها من سجلات الموردين.

(٤) حكمها في الطعن رقم ١٢٢٥، لسنة ٢٥ ق، جلسة ٢٥/٢/١٩٨٤، مجموعة مبادئ المحكمة العليا، السنة ٢٩، العدد الأول، ق ١٤٠، ص ٧١٧.

وأتى من الأفعال ما يخفي المخالفة عن جهة الإدارة، أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها. فمتى ثبت أن المورد الذي يشتري الجبن من الآخرين أو يتفق معهم على تصنيعه، لا دليل على علمه بمخالفة الجبن للمواصفات، أو اتفاه على توريد جبن مخالف للعقد، فلا يفترض فيه العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذي يورده"^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة توافر الغش أو التلاعب المبرر - أيًا منهما - لشطب المورد من سجل الموردين، هو محض مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

غير أن المشرع أوجب على الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة لمجلس الدولة قبل استعمالها لحقها في الشطب"^(٢).

مدى مشروعية جهة الإدارة بالشطب دون الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة:

لقد عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة^(٣)، فاستبان لها أن رجوع الإدارة إلى إدارة الفتوى المختصة قبل استعمالها لحقها في الشطب، وكذلك إعادة الحق إذا زال مبرر الشطب، فلا يخرج بذلك عن أن يكون مجرد تنظيم لاستعمال جهة الإدارة حقها في الشطب الذي قرره القانون؛ ضمانًا لسلامة تصرفها حتى يتفق مع القانون، ووقاية لها عند ممارسة القضاء لرقابته على تصرفها. وفي ذلك تحقيق للمصلحة العامة بكفالة تقديم الرأي القانوني الذي يحمي كلا من الإدارة والمتعاقد معها، وبيان طبيعة رأي إدارة الفتوى المختصة في مسألة شطب المورد أو إعادة قيده. ولقد أوضحت الجمعية العمومية أن الرأي الذي تنتهي إليه الفتوى، حكمه حكم سائر عمل إدارة الفتوى مجرد بيان لوجهة نظرها في التفسير والتطبيق الصحيحين لحكم القانون، ولجهة الإدارة أن تأخذ به، إلا إذا رأت - على مسئوليتها ولأسباب تقدرها - غير ذلك"^(٤).

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٣٦، لسنة ٢٢ق، جلسة ١٩٨٥/٤/٩ من مجموعة مبادئ المحكمة العليا، السنة الثانية، ق ١٤٠، ص ٩٢٥.

(٢) لقد نصت المادة (١٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على: "أن تخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالقرارات التي تصدرها الجهات المعنية، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بشطب أو إعادة قيد أسماء المتعاقدين، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات وفقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات".

(٣) انظر: إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، جلسة ١٩٨٥/٤/٣، ملف رقم ٢٥١/١١/٥٤، مجموعة مبادئ الجمعية، السنتان التاسعة والثلاثون، والأربعون، ق ١١٢، ص ٣٢٦.

(٤) انظر: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٨٥/٤/٣، ملف رقم ٢٥١/١/٥٤، ذات الفتوى المشار إليها آنفاً.

وترتيباً على ذلك، خلصت الجمعية العمومية إلى أن عدم رجوع جهة الإدارة إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بشأن إصدار قرار شطب اسم المورد من سجل الموردين أو إعادة قيده لا يؤثر على صحة قرارها في هذا الشأن، وكذلك عدم التزامها برأي إدارة الفتوى المختصة^(١).

ورأيي كباحثة، أؤيد ما ذهب إليه الجمعية العمومية؛ لأن الإدارة غير ملزمة بالرجوع إليها عند شطب اسم مورد أو إعادة قيده.

وهنا يثار التساؤل .. عن حق الإدارة في حرمان الشخص من التقدم إلى المناقصات العامة أو المزايدات في غير الحالات السابقة؟ اختلف الفقه المصري حول سلطة الإدارة في الحرمان كجزء لإخلال المتعاقد معها، خلافاً للحالات التي أوردتها المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملغي)، والمادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات (الملغي أيضاً)، والتي تقابل المادة (٢٤) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فذهب فريق من الفقه إلى تقرير هذا الحق للإدارة تصدره كجزء عن أي خطأ تعاقدي، إذا ثبت هذا الخطأ في حق المتعاقد معها. وعلى ذلك، تعتبر الأمثلة التي أوردتها المواد المشار إليها، على سبيل المثال لا الحصر^(٢).

بينما ذهب الرأي الآخر من الفقه إلى أن الإدارة لا تستطيع أن تباشر سلطة الحرمان كجزء لإخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته، إلا في الحالات التي تحددها المواد المشار إليها. وإن كان ذلك لا ينفي حق الإدارة في أن تستبعد مَنْ لا تراه جديراً بالدخول في المناقصات العامة، استناداً إلى شرط حُسن السمعة^(٣). ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على قرار الإدارة بحرمان الشخص من دخول المناقصات؛ نتيجة لإخلاله السابق بالتزاماته العقدية أو استخدامه الغش أو تقديمه الرشوة بطريق

(١) اختلف الفقه المصري حول ما انتهت إليه الجمعية العمومية في هذا الصدد؛ فذهب جانب من الفقه إلى تأكيد ما انتهت إليه الجمعية. راجع في ذلك: د. حمدي حسن الحطاوي، مرجع سابق، ص ١٥٤. بينما ذهب جانب من الفقه إلى ما انتهت إليه الجمعية العمومية في هذا الصدد، ولكن لقد جانبه الصواب؛ وذلك لأن دلالة نص المادة (١٣٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، توجي بوجوب رجوع جهة الإدارة إلى إدارة الفتوى المختصة بشأن أمر المتعاقد المطلوب شطبه، أو إعادة قيد مَنْ زال عنه سبب الشطب؛ بغية الحصول على الرأي القانوني السليم، الأمر الذي يشير إلى أن الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة هو إحدى مراحل إصدار هذا القرار. د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٢) انظر: د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٥٤، وأ.د سليمان الطماوي، الأسس العامة، ط ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٣) انظر: أ.د جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ٢٢، ولقد قضت المحكمة الإدارية العليا في ذات الاتجاه بالطعن رقم ١٠٦٧، لسنة ٥ ق، جلسة ١٧/٢/١٩٦٢ مشار إليه عند المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية، مرجع سابق، ص ٢٣.

مباشر أو غير مباشر لأحد موظفي الإدارة، فإن القضاء في إسباغ رقابته على قرار الإدارة بالحرمان، يشترط أن يكون المتعاقد عالمًا بالغش، قاصدًا للتلاعب، أو تلبسه بالرشوة وثبوتها ضده.

وعلى ذلك، فإن مجرد المخالفة التي لا ترقى إلى درجة الغش، لا تبرر للإدارة حرمان الشخص من التقدم في المناقصات^(١).

وبعد اطلاعنا على الرأيين، وجدنا رجاحة الرأي الثاني على الأول، وأكثر موضوعية إلى الصواب، ومن خلال الحالات الواردة في القانون الحالي بالمادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والفقرة (٥) بالمادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه آنفًا.

أما القانون العراقي، فقد أعطى للإدارة الحق بإصدار قرارها بالاستبعاد، وعلى الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بالوزارة حصرًا مفاتحة وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بطلب يتضمن إدراج المتعاقدين أو المتعهدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء، وعدم التعامل معهم أو رفعهم منها. وذلك في حالة ارتكاب المقاول الرشوة أو التزوير وغيرها من الحالات المذكورة في نص (م٢٧) من تعليمات وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي.

وبعد ذلك تقوم وزارة التخطيط بتشكيل لجنة مركزية للنظر بالطلبات المقدمة من الوزارات والجهات غير المرتبطة بالوزارة الخاصة بإدراج المتعاقدين أو المتعهدين كافة (العراقيين أو الأجانب، والمقاولين الأجانب، باستثناء المقاولين العراقيين) في القائمة السوداء، أو رفعهم منها، برئاسة مدير عام دائرة العقود، وعضوية كل من ممثلي الوزارات والأشغال والبلديات ووزارة الإسكان والإعمار، على ألا تقل درجة المرشح عن درجة مدير عام، ومقرر اللجنة لا تقل درجته عن ملاحظ للنظر في هذه الطلبات، ورفع التوصيات بشأنها لوزير التخطيط للمصادقة عليها. وعلى الوزارات والجهات غير المرتبطة بالوزارة، اتخاذ ما يلزم بشأن عدم التعامل مع المتعاقدين أو المتعهدين المخلين بالتزاماتهم. وتتولى دائرة العقود العامة الحكومية بوزارة التخطيط موضوع نشر الأحكام الخاصة بإدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم بعد التنسيق مع المراجع العليا والجهات المعنية بهذا الخصوص.

ونلاحظ أن التشريع العراقي اشترط توفر الركن المادي والمعنوي، ويتمثل بالفعل الآثم، وتوفر القصد الإجرامي لدى الجاني؛ أي كونه عالمًا بأن فعله يخالف القانون، أي أن موقفه مقارب

(١) وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا، رقم ٩٢٩ لسنة ٩ ق، ١٧ يونيو ١٩٦٧، المجموعة س ١٢، ص ١١٩٢، مشار إليه عند أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ٢٤.

للتشريع المصري، ولم يتحدد بالحالات المذكورة، إنما ترك مجال الاجتهاد للقضاء. وحسباً فعل
المشرع؛ لأن حالة الغش أو التلاعب تختلف حسب ظروف كل قضية وملاساتها، وبذلك ترك المشرع
الباب مفتوحاً لاستيعاب الحالات المستجدة.

أما في حالة جهل الجاني، فلا نكون أمام جريمة عندئذٍ؛ لانتفاء القصد الجنائي، كما يجب أن
تنصرف إرادته إلى الحصول على المقابل له أو لغيره مقابل العمل الذي يقوم به، ولم يشترط القانون
أن يهدف الجاني الإضرار بالمصلحة العامة للدولة، ويكفي قصد الجاني لتحقيق المنفعة أو العمولة له
أو لغيره. ولقد أكدت ذلك المادة (٨٨) من قانون المرافعات^(١): "وجريمة الإفشاء جريمة عمدية، ولا
تقع ولا تتحقق إذا تم الإفشاء بناءً على إهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم إطاعة
القوانين والأوامر والتعليمات"^(٢)، مثال ذلك يهمل رئيس لجنة فتح العروض حفظها، ويتركها على
مكتبه، فيأتي موظف الخدمات، ويطلع على مضمونها، ويسرّب محتواها.

الفرع الثاني

الحرمان الوقائي

وفي هذه الحالة، فإن الإدارة تصدر قرارها بحرمان المقاول أو المورد من التقدم للمناقصات
بموجب قرار إداري؛ بمقتضى سلطتها التقديرية لأسباب تتصل بالمصلحة العامة^(٣)، ولا ينصب
الحرمان الوقائي إلا على المناقصات الخاصة بمرفق أو بوزارة معينة، ويمكن للإدارة إلغاؤه في أي
وقت، سواء كان مؤقتاً بمدة معينة أو كان غير محدد المدة^(٤)، وإذا كان المبدأ العام في الحرمان الوقائي
أنه إجراء تُصدره الإدارة بمطلق سلطتها التقديرية بقصد تحقيق الصالح العام، إلا أن هناك بعض

(١) انظر: نصت (م/٨٨) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه: "لا يجوز للموظفين أو
المكلفين بخدمة عامة إفشاء ما وصل إلى علمهم أثناء قيامهم بواجباتهم من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني،
ولم تأذن الجهة المختصة في إذاعتها، ولو بعد تركهم العمل. ومع ذلك، فلهذه الجهة أن تأذن لهم بالشهادة بناءً على
طلب المحكمة أو أحد الخصوم". انظر: نصت (م/٨٨) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على
أنه: "لا يجوز للموظفين أو للمكلفين بخدمة عامة إفشاء ما وصل إلى علمهم أثناء قيامهم بواجباتهم من معلومات
لم تنشر بالطريق القانوني، ولم تأذن الجهة المختصة في إذاعتها، ولو بعد تركهم العمل. ومع ذلك، فلهذه الجهة أن
تأذن لهم بالشهادة بناءً على طلب المحكمة أو أحد الخصوم".

(٢) انظر: د. فراس عبد الرازق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بغداد، مطبعة الزمان، ١٩٩٦،
ص ٢٧٠-٢٧٤.

(٣) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ٢٧ وما بعدها. ود. عاطف سعدي محمد،
مرجع سابق، ص ١٩١.

(٤) انظر: د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٦٠. ود. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص ١٦٠.

القيود توجب فيها القوانين واللوائح حرمان بعض الأشخاص أو المشروعات من التقدم للمناقصات الحكومية كإجراء وقائي يقتضيه صالح وحسن تنفيذ العقد.

وذلك، إذا كان الشخص في حالة لا يجوز معها اشتراكه في المناقصات العامة^(١). وبناءً على ما تقدم، فقد يكون الحرمان الوقائي بنص القانون، وقد يكون بموجب قرارات تصدرها جهة الإدارة بحرمان الأشخاص - طبيعيين أو معنويين - من التقدم إلى المناقصات لأسباب تتصل بالمصلحة العامة، وذلك على النحو التالي:

أولاً- الحرمان الوقائي بنص القانون (القيود المتعلقة بالموظف العام):

وفي هذه الحالة يكون الحرمان بنص القانون لأشخاص محددين بصفاتهم من دخول المناقصات العامة، وذلك حماية للمصلحة العامة، من خلال سن التشريعات المنظمة لإبرام العقود الإدارية التي تمنع دخول الموظفين العموميين وموظفي السلطات المحلية باب المنافسة في المناقصات العامة^(٢).

ففي مصر، نصت المادة ١٢٩ من قانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل)^(٣) "يحظر على المختصين في الحكومة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات ووحدات القطاع العام و...، مع الذين يزاولون نشاطاً تجارياً أو صناعياً، أو الذين يزاولون مهنة حرة وغيرها من المهن غير التجارية، إلا إذا كان لدى الممول أو الجهة بطاقة ضريبية مثبت بها تاريخ تقديم الإقرار عن آخر سنة ضريبية^(٤). ولأجل الإلمام بالمركز الضريبي للمتنافسين، فإن اللائحة التنفيذية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد فرضت على كل متنافس - سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً - أن يُضمّن عطاءه صورة معتمدة من بطاقته الضريبية، ومن شهادة التسجيل لدى مصلحة الضرائب على المبيعات^(٥).

(١) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ط ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٢٦٠. ود. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٢) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٣) عدل بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٣.

(٤) كما يشمل الحظر التعامل مع الشركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم، والشركات ذات المسؤولية المحدودة الخاضعة لأحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤، (لقد حل محله القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١)، والبنوك والمنشآت الأجنبية التي تعمل في مصر - سواء كانت أصلية أو كان مركزها الرئيسي في الخارج، أو كانت فروعها البنوك والشركات والمنشآت - للأرباح التي تحققها عند مباشرة نشاطها في مصر، راجع البند رقم (١)، (٣) من المادة (١١١) من ذات القانون المشار إليه.

(٥) انظر: المادتان (٨ - ٦٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. ولأجل تسهيل اقتضاء الحقوق الضريبية الناجمة عن العقد المبرم، فقد فرضت اللائحة التنفيذية على الإدارة أن تبلغ كلا من مصلحة الضرائب

كما نصت المادة (٣٩) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه:
"يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم – بالذات أو بالواسطة –
بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال..."^(١).
وهذا الحظر مرده إلى أن التقدم بعطاء في مناقصة، توطئة لرسوها يعد عملاً تجاريًا^(٢). ولكن ليس هذا
السبب الوحيد للحظر، إنما هناك أمر أهم وأخطر كونها تؤثر على النزاهة.

فيتضح من النص أعلاه، أن المشرع أراد منع الموظف العمومي من الدخول في تعاقد مع
الجهات التي يعمل لديها، أو حتى الجهات الأخرى التي يتعاقد معها لأغراض غير شخصية، مع
ملاحظة أن التعاقد ممنوع إذا كان بشكل مباشر مع تلك الجهة الإدارية، أو بالذات، أو كان التعاقد
بواسطة دخول شخص آخر من طرفه أو قريبًا له بدلاً عن الموظف في ذلك العقد.

وقد حظرت المادة (٧٧) من قانون العاملين المدنيين رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ في البند (١٤/هـ)
على العامل بالذات أو الواسطة "أن يزاول أي أعمال تجارية، وبوجه خاص أن يكون له مصلحة في
أعمال أو مقاولات أو مناقصات بأعمال وظيفته"^(٣). والحظر الذي يمنع الموظفين من الدخول في
المناقصات والمزايدات العامة يهدف إلى حماية المصلحة العامة، ويعتبر حظرًا مؤقتًا؛ إذ أنه يزول
بزوال سببه، وهو انتهاء الرابطة الوظيفية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك^(٤). ولقد نصت المادة
(٩٥) من الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ على أنه: "لا يجوز لعرضي مجلس الشعب
أثناء مدة عضويته أن يشتري أو يستأجر شيئًا من أموال الدولة، وأن يؤجرها أو يبيعها شيئًا من أمواله،

ومصلحة الضرائب على المبيعات عن كل الصفقات التي تجريها الجهة الإدارية، على أن يشمل التبليغ بيانات
معينة حدتها اللائحة نفسها، انظر: المادة (٣٣) من ذات اللائحة..

(١) أوردت المادة (٣٩) المشار إليها، استثناءً على ذلك يتعلق بشراء الكتب من تأليفهم، أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية
كالرسم والتصوير وما يماثلها، أو شراء أعمال فنية منهم، إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية. وقد عرض
هذا الأمر على هيئة اللجنة الثانية لقسامي الفتوى بمجلس الدولة؛ حيث قرر بأن المشرع لم يقصد من وراء سنّ
التشريعات أن تكون عائقًا أمام جهة الإدارة، تحول بينها وبين الوفاء بمتطلباتها، وإذا كان التعاقد بطريق الممارسة
يتم في أحوال محددة على سبيل الحصر، ومن بينها الأشياء التي لا توجد إلا لدى شخص بذاته. وكان الثابت من
الحالة المعروضة من تمثال الزعيم سعد زغلول من الأشياء الفنية النادرة، والذي يمثل قيمة أثرية وتاريخية ذات
اعتبار خاص، لا يوجد عند آخرين سوى أحد الأساتذة بكلية الفنون الجميلة. فمن ثم، لا يسوغ القول بعدم جواز
شراؤه، استنادًا إلى الحظر الوارد بالقانون...". راجع تقرير هيئة اللجنة الثانية لقسامي الفتوى بمجلس الدولة،
جلسة ١٩٩١/٢/٢٥، على إدارة فتوى الثقافة رقم ٣١٧/١/٢٧، غير منشور.

(٢) انظر: المستشار الدكتور أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٣) كما أوجبت ذات المادة على الموظف العام ألا يشتري عقارات أو منقولات مما تطرحه السلطات القضائية أو
الإدارية للبيع إذا كان ذلك بأعمال وظيفته، وألا يطلب لنفسه أو لغيره، وألا يقبل أو يأخذ أو عطيّة لأداء
عمل من أعمال وظيفته، وإلا اعتبر مرتشياً. راجع في ذلك: أ.د. محمد محمد بدران، الوظيفة العامة – دراسة
للمفاهيم الأساسية في ضوء علمي القانون الإداري والإدارة العامة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٢٧٣.

(٤) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٣، مرجع سابق، ص ١٤٥.

أو يقاضيه عليه، أو أن يبرم مع الدولة عقدًا بوصفه ملتزمًا أو مقاولًا". ويسري هذا الحظر على أعضاء مجلس الشورى، وذلك طبقًا للمادة (٢٠٥) من الدستور، والتي تقضي بأن "تسري في شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالمواد...، ٩٥، ..."^(١). أما بخصوص الهيئات المحلية في مصر، فالأصل أنه يحظر على أي عضو مجلس شعبي محلي أن يتقدم بعطاء في نطاق الوحدة المحلية التي يعتبر عضوًا في مجلسها الشعبي.

فقد حظر المشرع في المادة ٩٢ من قانون نظام الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) التعاقد بين الوحدة المحلية وأي عضو في مجلسها الشعبي. واستثناء من هذا الحظر، أجاز التعاقد معه بشرطين:

١. موافقته أغلبية أعضاء المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص.
٢. عند الضرورة، وفي حالة وجود مصلحة محققة للوحدة المحلية.

ومرد هذا الحظر، أن المجلس الشعبي المحلي يُنابذ به الإشراف على مختلف المرافق ذات الطابع المحلي في نطاقه، فأراد المشرع إبعاد أعضاء هذه المجالس عن الشبهة، ومظنة استغلالهم للمرافق التي تقع في نطاق مجلسهم^(٢).

أما في العراق، فنجد هناك أكثر من نص تشريعي يمنع الموظفين العموميين من التعاقد مع الإدارة، ولعل من أبرزها ما يأتي:

١. نص قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ المعدل، في المادة الرابعة منه: "منعت منتسب الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بالوزارة أو القطاع الاشتراكي، الذي اتخذ قرار

(١) قررت المادة (٣٧١) من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب بأن "الحظر الوارد بالمادة (٩٥) من الدستور لا يسري على التعاقد الذي يتم لقواعد تسري على كافة". ويرى جانب من الفقه المصري أن "قرار المادة ٣٧١ المشار إليه أنفاً يصطدم مع نص الدستور الوارد في المادة (٩٥)، والذي يحظر بصفة عامة أي تعامل بين عضو مجلس الشعب والشورى وبين الدولة، ذلك على أساس أن الغاية من الحظر تكمن في الحيلولة بين مركز العضو النيابي وبين التعاقد مع الدولة؛ حتى لا يستغل وظيفته النيابية لأغراض تتنافى مع المصلحة العامة، وهو أمر يمكن أن يتحقق حتى مع عمومية قواعد التعاقد". راجع في ذلك: أ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٣، مرجع سابق، ص ١٤٥ وما بعدها. وتأكيداً على هذا الرأي، انظر: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة ديسمبر ١٩٩٠، ملف رقم ٧١/١/٧، المشار إليها بالمرجع السابق نفسه، ص ١٤٦.

(٢) انظر: المستشار الدكتور أحمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

بيع أو إيجار أموال الجهة التي ينتسب إليها، من الاشتراك في المزايدة العلنية لشراء أو استئجار تلك الأموال، ويسري ذلك على أزواجهم وأقاربهم حتى الدرجة الرابعة"^(١).

في حين أن قانون بيع وإيجار عقارات الحكومة رقم (١٧) لسنة ١٩٦٧ كان يسمح بذلك (الملغي)^(٢). أما القانون النافذ، فقد ضيق من نطاق المنع، وبذلك فإن المنع يقتصر على المنتسب الذي يتخذ قرارًا بالبيع أو الإيجار دون غيره من المنتسبين، وقد يكون من اتخذ هذا القرار، الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله.

٢. نصت المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل، والتي حظرت على الموظفين في دوائر الدولة ومؤسساتها العامة الامتثال لها والانصياع لأمرها، وهي على النحو التالي^(٣):

"حظر الاشتراك في المناقصات والمزايدات"^(٤). فقد حظر القانون المذكور أعلاه على الموظف الاشتراك في المناقصات مطلقًا، وكذلك الاشتراك في المزايدات التي تجريها دوائر الدولة لبيع الأموال المنقولة وغير المنقولة إذا كان مٌخولًا قانونًا بالتصديق على البيع لاعتبار الإحالة قطعية، أو كان عضوًا في لجان التقدير أو البيع، أو اتخذ قرار ببيع أو إيجار تلك الأموال، أو كان موظفًا في مديرية عامة - أو ما يعادلها - التي تعود إليها الأموال. فلقد حظر المشرع على الموظف أن يشتري أو يستأجر - بالذات أو بالواسطة - عقارات أو منقولات من الجهة الحكومية التي يؤدي فيها أعمال وظيفته.

(١) انظر: المستشار الدكتور عصمت عبد المجيد بكر، أحكام بيع وإيجار أموال الدولة، دراسة في ضوء القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ أو التطبيقات القضائية والعملية وقرارات مجلس شورى الدولة، المكتبة الوطنية، بغداد ٢٠٠٠، ص ١٩.

(٢) أن يمنع الوزراء وموظف الإدارة والمال في المحافظة التي يقع العقار ضمن حدودها، وموظف الإدارة يشمل رؤساء الوحدات الإدارية في المحافظات والأرضية والنواحي، وأي موظف آخر في الإدارة على أملاك وزارة الداخلية. أما المقصود بموظفي المال في المحافظة، فهم الذين ينتسبون إلى وزارة المالية، كدائرة عقارات الدولة، والهيئة العامة للضرائب وفروعها.

(٣) انظر: المادة (٥/٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، ويلاحظ على هذا النص ما يأتي:

١- أن هذا النص يعالج الحكم الذي يعالجه نص المادة الرابعة من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦، ولكن مع اختلاف في الأحكام والألفاظ.

٢- منع هذا النص المخول قانونًا بالتصديق على البيع لاعتبار الإحالة قطعية، وبذلك لم يتطرق إلى الإيجار لسبب لا نعرفه ولم يفصح عنه المشرع.

٣- أضاف حكمًا جديدًا يتعلق بمنع الموظف في المديرية العامة أو ما يعادلها التي تعود إليها تلك الأموال. وهذا الحكم لا وجود له في القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦، رأي الدكتور ماهر الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ٧٨-٧٩.

(٤) انظر: د. عثمان غيلان العبودي، المرشد العملي، مرجع سابق، ص ١٦٩.

كما حظر عليه "أن يبيع أو يؤجر لها شيئاً من ذلك، وعلّة الحظر هو الرغبة في إبعاد الموظف عن مجال الشبهات والظنون؛ لكونه استغلّ وظيفته من أجل تسهيل إبرام الصفقات أو الأعمال التجارية مع دوائر الدولة ومؤسساتها العامة التي يعمل فيها، وكذلك حظر أن تكون له مصلحة بالذات أو بالواسطة في أعمال مقاولات أو مناقصات أو عقود تتصل بعمل أية جهة حكومية".
ونلاحظ أن النص يحتاج إلى إعادة صياغة؛ بحيث يكون المنع من الاشتراك في المزايدات عامّاً وشاملاً لجميع الحالات ولجميع الموظفين، وليس مقتصرًا على حالات محددة بذاتها، كتلك التي وردت في المادة المذكورة، وذلك على غرار النص المتعلق بالمناقصات.

٣. نصت المادة (٦٥) من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠، في فقرتها (ب) على أنه "لا يجوز لأعضاء مجلس قيادة الثورة، ونواب رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء ونوابه، والوزراء، أثناء توليهم مناصبهم أن يزاولوا مهنة حرة أو عملاً تجاريّاً، أو يشتروا من أموالها أو يبيعوها أشياء من أموالهم أو يقاضوها عليه". فالنص يبين بوضوح عدم جواز إبرام أي عقدٍ من العقود الإدارية مع الموظفين أعلاه، بأنفسهم أو بالواسطة.

٤. نصت الفقرة الخامسة من المادة الرابعة الإدارية من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨، على أنه: "لا يجوز لمنتسبي الأجهزة الحكومية الاشتراك في المناقصات بصورة مباشرة أو غير مباشرة". كما نصت المادة الأولى من التعليمات المذكورة، بفقرتها (ح) على "عدم الجواز لمنتسبي الأجهزة الحكومية التعاقد لحسابهم الخاص لإنجاز أعمال الخدمات الاستشارية المتعلقة بمشاريع التنمية".

٥. أصدرت الدائرة القانونية في وزارة التخطيط قرارها المرقم (٣٧١٩) في ١٧/٣/١٩٨٧، الذي يقضي: "بعدم اشتراك المستقلين أو المتقاعدين في المناقصات التي تعلن عنها دوائريهم التي كانوا يعملون فيها سابقاً". فالمنع من التعاقد جاء هنا ليشمل الموظفين في تلك الدوائر، حتى بعد انتهاء رابطتهم، ولمدة سنتين من تاريخ انتهاء تلك الرابطة؛ للحيلة دون الإخلال بمبدأ حرية المنافسة، واحتمال محاباة الموظف المشرف على عملية التعاقد لزميله المستقل أو المتقاعد، وتفضيله على باقي المتنافسين^(١).

ولا بد من الإشارة هنا إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٩، الذي نص على السماح لمنتسبي المنشآت التابعة لوزارة الصناعة والتصنيع العسكري المنقولين من دوائريهم في

(١) انظر: فرار الدائرة القانونية في وزارة التخطيط المرقم (٣٧١٩) رقم ١٧/٣/١٩٨٧، تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية، الملحق المتعلق بالقرارات والتوجيهات الرئيسة في تلك الأعمال، طبعة عام ٢٠٠١.

الاشتراك في مزايدات بيع الدور العائدة للمنشآت المذكورة المشغولة من قبلهم حالياً^(١)، كذلك قرار المجلس المذكور رقم (٧) لسنة ١٩٩١، الذي أشار إلى احتفاظ الموظفين المنقولين من دوائر الدولة إلى شعبة شئون كوادر وموظفي المنظمات من مكتب أمانة سر القطر، ممن يشغلون دوراً تعود إلى الدوائر التي ينتسبون إليها، بحقهم في الاشتراك بالمزايدة التي تجري لبيع تلك الدور^(٢).

ولا نجد في تلك القرارات ما يمس مبدأ المنافسة، خصوصاً وأن دخول هؤلاء الموظفين في المزايدات يكون مشروطاً بأن ذلك الموظف قد تم نقله من دائرته المعنية، وأنه دخل في تلك المزايدة لشراء الدار التي يسكن فيها الموظف. ونلاحظ أن هذه القرارات ترمي لتحقيق أهداف إنسانية بحتة؛ لتعلق الموضوع بالسكن في وقتنا الحالي؛ حيث يعاني البلد من أزمة حقيقة في هذا الجانب. ومن الجانب الآخر، فإن النصوص القانونية جاءت صريحة بمنع الموظفين من التعاقد مع الإدارة، ولا تمتلك الإدارة أية سلطة تقديرية في تقدير المنع من عدمه، ولا يحدث أي إخلال من هذا المنع بمبدأ حرية المنافسة، بل على العكس تماماً، فهو تنظيم تتطلبه الضرورات العملية والمصلحة العامة لعملية التعاقد مع الإدارة.

وتجدر الإشارة إلى وجود بعض حالات الحرمان الوقائي، والتي تتمثل في الأهلية القانونية للمناقص وجنسيته، وتعد من القيود التي تتعلق بمصلحة المرفق العام، والتي سنتناولها فيما يلي:

١. الأهلية القانونية لمقدم العطاء:

يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون ذا أهلية قانونية للتعاقد (هذا الشرط ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في التعاقد)، وهي محض تطبيق لقواعد القانون المدني في التعاقد؛ إذ يشترط لصحة الرضا أن يكون صادراً من ذي أهلية. ومن ثم، لا يجوز للقاصر أو عديم الأهلية أو لشخص اعتراه عارض من عوارض الاشتراك في المناقصة العامة، أو من شركة لم تؤسس وفقاً لأحكام القانون^(٣)، أو من أشخاص سبق إشهار إفلاسهم^(٤).

(١) انظر: القرار المنشور في جريدة الوقائع العراقية، عدد (٣٢٣٩) الصادر في ١٩٨٩/١/٣٠.

(٢) انظر: القرار المنشور في جريدة الوقائع العراقية، عدد (٣٣٤٢) الصادر في ١٩٩١/١/٣٠.

(٣) انظر: المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري أبو الليل، مرجع سابق، ص ٢١٢. ود. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

(٤) انظر: المستشار حسين درويش عبد العال، وسائل التعاقد الإداري، مرجع سابق، ص ٤٧.

فلقد أوجبت المادة (٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أن يتضمن الشق الفني من العرض الذي يقدمه المناقص: "... بيان الشكل القانوني للجهة مقدمة العطاء، والمستندات الدالة على قيامها قانوناً...". كما نصت المادة ٦٢ من اللائحة ذاتها على أن: "... كل عطاء مقدم قانوناً من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها وعن نظامها الأساسي، وعند تقديم عطاء منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد، يجب أن ترافقه صورة عن عقد المشاركة". وفي كلتا الحالتين، يجب أن يرافق الصورة المقدمة بيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة، ومدى هذا الحق وحدوده، وأسماء المسؤولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وإمضاء الإيصالات وإعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من إمضاءاتهم، على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل. وإذا كان العطاء مقدماً من شخص طبيعي أو معنوي، فيجب أن ترافق العطاء صورة معتمدة من بطاقته الضريبية ومن شهادة تسجيله لدى مصلحة الضرائب على المبيعات.

أما القانون العراقي: ففيما يخص العقد الحكومي، فإن الإرادة تظهر لدى الإدارة أو الشخص المعنوي العام (الصحيحة والخالية من العيوب) بمجرد السير بإجراءات التحضير والتمهيد للعقد واتخاذ الخطوات الرئيسية لإبرامه. أما إرادة المتعاقد مع الإدارة، فيجب أن تكون معتبرة قانوناً، وأن تتجه لإحداث الأثر القانوني، والأمر المذكور سهل التحقق في مجال العقود الإدارية؛ إذ أن الأخيرة تمر من خلال إجراءات تفترض وجود الإرادة الصحيحة والسليمة المتجهة لإحداث الأثر القانوني^(١)، كما يشترط ركن الرضا توافر الأهلية القانونية بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة على النحو الآتي:

- أ- فيما يخص الشخص الطبيعي من غير المقاولين أو المتعهدين: يجب أن يكون قد أتم سن الثامنة عشر من العمر، أو مأذوناً بالتجارة وفقاً لأحكام القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل^(٢).
- ب- فيما يخص الشخص الطبيعي من المقاولين أو المتعهدين: يجب أن يكون - فضلاً عما ورد آنفاً - مسجلاً في غرفة تجارة بغداد أو اتحاد المقاولين العراقيين، وضمن التصنيف الذي يخوله ممارسة العمل المزمع التعاقد بشأنه وفقاً لتعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي^(٣)، وألا يعد فاقد الأهلية والصلاحية القانونية في التعاقد.

(١) انظر: د. عثمان العبودي، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٢) انظر: المواد (٩٣، ٩٩، ١٠٦) من القانون المذكور.

(٣) حيث حددت التعليمات المذكورة أصناف المقاولين، وصلاحية كل صنف في مباشرة نوع معين من التعاقدات.

- ج- فيما يخص الشخص المعنوي من الشركات التجارية: سواء أكانت الشركات عراقية أو أجنبية، رئيسية أو فرعاً أو مقرّاً للشركة الرئيسة، يجب أن تتوافر فيها شروط التسجيل كشركة أو فرع وفقاً لأحكام قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل، وتعليمات وزارة التجارة رقم ١٤٩ في ٢٩/٢/٢٠٠٤، المتضمنة تسجيل فروع ومكاتب التمثيل التجاري للشركات الأجنبية، والضوابط الصادرة بموجبها عن وزارة التجارة - قسم الشركات الأجنبية.
- د- وفي حالة ما ورد آنفاً من الجهات التي تمارس أعمال الوكالة التجارية: يجب استيفاء متطلبات قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠^(١)، وتعليمات إجازة ممارسة أعمال الوكالة التجارية لسنة ٢٠٠٠^(٢).

٢. الجنسية:

إنّ الفارق المنطقي بين الوطني والأجنبي، يترتب عليه دائماً اختلاف في المركز القانوني^(٣)؛ لذلك فإنّ معظم التشريعات سارت في الماضي نحو تفضيل الوطنيين على الأجانب، وفي نطاق الدخول إلى المنافسة على المناقصات العامة، إذ أن الأجنبي كان يُستبعد فوراً بنطاق المنافسة؛ بسبب جنسيته الأجنبية فقط، وبغض النظر عن مؤهلاته الفنية، وملاءمته المالية، وهذا ما عرف اصطلاحاً باسم "الشرط التفضيلي"^(٤).

وسوف نضع هذا الشرط المتعلق بالجنسية في القوانين موضع المقارنة، وفقاً لما يلي:

١. **الوضع في مصر:** لم يتضمن التشريع المصري شرطاً بخصوص جنسية المتعاقد، وإن كان قد تضمن في القانون الملغى تفضيلاً للمقاول المصري، من خلال إجازة التعاقد والتنفيذ للمقاول المصري -سواء أكان فرداً أو شركة -، ولم يُجزَّ التعاقد والاستثمار مع الأجنبي إلا في المشاريع الإستراتيجية وبتشغيل عمالة مصرية أو استخدام خبرات مصرية^(٥). أما القانون الحالي، فلم

(١) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٨٤٦) في ٢/١٠/٢٠٠٠.

(٢) نشر في جريدة الوقائع العدد (٣٨٥٨) في ٢٥/١٢/٢٠٠٠.

(٣) انظر: أ.د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الجزء الأول، ط١، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٢٦.

(٤) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ط ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٢٤٩. ود. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٤١٨.

(٥) انظر: نص المادة (٧) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى.

يتضمن أي تفضيل للمقاول المصري، إنما أعطى الأفضلية للمنتج المحلي أو الخدمات أو الأعمال الوطنية في حالة التعاقد مع شركات أجنبية^(١).

٢. **الوضع في العراق:** لم يتضمن القانون العراقي شرطاً في جنسية المتعاقد، في حين أن التعليمات الملغاة أعطت الأفضلية للمناقصين الوطنيين بنسبة ١٠% عند الاشتراك في المناقصات الدولية، مع مراعاة التعليمات الخاصة بتنفيذ الموازنة العامة للدولة^(٢).

أما التشريع الحالي، فجاء خالياً من التفضيل للمقاولين العراقيين؛ حيث أجاز التعاقد مع العراقي وغير العراقي، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً^(٣). ويمكننا القول: إن ترك النص بهذا الإطلاق دون تحديد لمبادئ ونوع وطبيعة العقد، قد يبعد المقاول العراقي من المنافسة والاعتماد على المقاول الأجنبي. ورأينا أن يكون النص بالشكل الآتي: "إذا لم يوجد مقاول عراقي لتنفيذ العمل من حيث الكفاءة المالية والخبرة الفنية أو خصوصية العمل، على الجهة الإدارية اللجوء إلى المقاول الأجنبي، مع وضع محددات وشروط للمنافسة والتعاقد".

لذا، نستخلص بأن هناك تراجعاً في التشريع المصري والعراقي بخصوص هذا الأمر، وكان الأجدر بالتشريعين أن يعطيا الأفضلية للمقاولين الوطنيين؛ من أجل تشجيع ورفع مستوى الاقتصاد الوطني، في حالة توفر الإمكانيات والخبرات والكفاءة الوطنية، خاصة في ظل التطورات السياسية والاقتصادية التي أعادت دول العالم إلى مربع الرأسمالية واقتصاد السوق الحر، واتباع آليات السوق. لذا، يجب على الدول النامية - ومنها العراق ومصر تحديداً - ألا تنجرف اقتصادياً بصورة كاملة أمام رياح التغيير، وأيضاً يجب مراعاة خصوصيتها، والعمل على توظيف مقدراتها وإمكانياتها لخلق بنية اقتصادية فنية متينة. أما في حالة عدم توفر الخبرات الفنية المطلوبة، والتي تتطلب التعاقد مع شركات

(١) قد ورد ذات المبدأ في المادة (٧) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الملغي)، ولكن ذلك لا يعني أن قانون المناقصات والمزايدات الحالي قائم على أساس تفضيلي؛ إذ أن نصوص هذا القانون تحفل بالمواد التي تفتح المنافسة للمواطنين وللأجانب على حد سواء. كما أن انضمام مصر إلى اتفاقية تحرير التجارة العالمية، وتوجهها نحو منطق الاقتصاد الحر، يفترض ضرورة تحقيق أعلى مستوى من مستويات المنافسة في نطاق العقود الإدارية، والتي تلعب دوراً هاماً وجوهرياً في حساب الاقتصاد الوطني. وذلك إضافة إلى أن مصر لم تستكمل المعطيات الصناعية والتكنولوجية اللازمة للمشاركة ذات الأهمية الخاصة على وجه التحديد، وتحتاج هذه المشروعات - دون شك - إلى تعاون الفنيين الأجانب ومساهمة الشركات في تنفيذها. راجع في ذلك: د. مهند مختار، مرجع سابق، ص ٤٢٣. ويزى أ.د. سليمان الطماوي تفضيل العطاء - لأنه مصنوعات مصرية -؛ حيث لا يس مبدأ المساواة بين المتنافسين. ولمزيد من الإيضاح، ينظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ط٥، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٢) انظر: نص الفقرة (٥) من (م/٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الملغي.

(٣) انظر نص المادة (٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

أجنبية عملاقة، فإن هذا يقتضي فرض الشروط بتفضيل المنتجات المحلية أو تشغيل العمالة المحلية أو خبرات وطنية. وقد كان التشريع المصري موفقاً بنصه من هذه الناحية، أما التشريع العراقي فقد أعطى الأفضلية للمنتج المحلي فقط، وهذا قصور تشريعي غير منضبط أو محدود الفاعلية يتطلب من المشرع العراقي الالتفات إليه، وحبذا لو أخذنا بما أخذ به المشرع المصري.

وخلاصة ما تقدم، أنه مع حظر القانون على بعض الفئات الدخول في تعاقدات مع الإدارة، فإنه يمنعها من التعاقد معهم، كما يمنعها من حرمان الأشخاص الذين لا يشملهم ذلك الحظر، إلا إذا أصدرت قرارات بحرمان بعض الأشخاص بمقتضى سلطتها التقديرية، وهو ما سيأتي تفصيلاً فيما يلي:

ثانياً- الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة:

يصدر قرار الحرمان من جانب جهة الإدارة بموجب سلطتها التقديرية، بما يثبت لها بأنه غير مؤهل للتعاقد، ومن عدم كفاية بعض الأشخاص، أو ضعف مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المرجوة من التعاقد، وذلك كإجراء وقائي تُمليه دوافع المصلحة العامة^(١). وقرارات الحرمان التي تصدر عن الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية، يمكن أيضاً أن تلحق بالمقاول أو المتعهد الذي لم يسبق له التعامل مع الإدارة مباشرة، وإنما كانت له صلة ملحوظة بتنفيذ عقودها، مع أمثلة ذلك مثلاً دخوله كمقاول من الباطن^(٢).

وتستطيع الإدارة استعمال هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية، سواء قبل التقدم بالعطاءات والعروض أو بعد التقدم بها، وحتى البت فيها^(٣). وجدير بالتنويه أن سلطة الإدارة في هذا الصدد ليست مطلقة، بل تمارسها تحت رقابة القضاء، الذي يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن جادة الصواب ولحماية المصلحة العامة، كما يكون لجهة الإدارة السلطة التقديرية ذاتها في إلغاء قرار الحرمان أو الحد من آثاره^(٤).

(١) انظر: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٢. ود. حمدي الحلفاوي، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٢) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط٢، مرجع سابق، ص ٣١. وينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩ أبريل لسنة ١٩٨٥؛ حيث قضت بأنه: "من حيث إن حظر التعامل كما يجوز بالنسبة للمتعهدين والمقاولين مع الجهات الإدارية؛ بسبب العجز في تنفيذ التزام قائم أو سابق، فيجوز أيضاً بالنسبة للمتعهدين والمقاولين الذين سبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية، والذين كانت لهم صلة بتنفيذ العقود الإدارية، سواء كانت هذه الصلة مقررة في هذه العقود أو ملحوظة عند تنفيذها". وحكمها في الطعن رقم ١٦٥٤، لسنة ٦٦ق، جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٢، مشار إليه عند: المستشار الدكتور أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

(٣) انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٤) انظر: أ.د. جابر نصار، المناقصات العامة، ط٢، مرجع سابق، ص ٣٠ - ٣٧.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن الإدارة لها كامل سلطتها التقديرية في تقدير حرمان شخص من دخول المناقصة، ولا يجوز للقاضي التعقيب على هذا القرار إلا في حالتين: الانحراف بالسلطة، أو انعدام الأسباب^(١).

وعلى ذلك جرى قضاء مجلس الدولة المصري، فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن: "الوزارة لها الحق، وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يصدر بناءً على سلطتها التقديرية، ولا يطعن عليه إلا إذا شابته عيب إساءة استعمال السلطة، في هذه الحالة يجب أن يكون لهذا الطعن أدلة تسنده، وتكون مستمدة من أوراق الدعوى"^(٢).

وعلى الإدارة، وهي بصدد قرار الحرمان الوقائي أن تحدد نطاقه، سواء من حيث المدة التي يسري تطبيقه خلالها أو من حيث نوع المناقصات التي يكون محددًا بها، على أنه في كل حالة يكون أثر قرار الحرمان مقصوراً على المناقصات التي تجريها الجهة التي أصدرت قرار الحرمان، ولا تعمم إلا إذا رأت الإدارة تعميم هذه القوائم أو تبادلها بين جهاتها المختلفة^(٣). ونحن نؤيد هذا الرأي؛ حيث إن الحرمان الكامل للدخول في كافة أنواع المناقصات - ولمدة غير محددة -، يعتبر أمراً مجحفاً وجائراً، ولا يتماشى مع روح الهدف من الحرمان الوقائي.

أما في العراق: لقد نص المشرع العراقي في الفقرة (عاشراً) من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحالي على "سلطة الإدارة باستبعاد العطاءات غير المستوفية للشروط الفنية المطلوبة، حتى وإن كانت أقل العطاءات"^(٤).

وحسباً فعل المشرع العراقي باستبعاد العطاءات غير المتضمنة للمواصفات الفنية والمالية، وقد منح القانون الإدارة عدة ضوابط للتأكد من التوصل إلى العطاءات الأفضل، التي سوف نتناولها بشيءٍ من التفصيل في الفصل الثاني.

(١) أشار إليه: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٢) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٧٦٨، لسنة ٦ق، مارس ١٩٥٦، مجموعة المبادئ، السنة العاشرة، قاعدة رقم ٢٨٤، ص ٢.

(٣) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٤) انظر: نص البند (أ) من الفقرة (عاشراً) من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الحالي.

وبذلك، نلاحظ أن المشرع العراقي متفقاً مع المشرع المصري من خلال اتخاذ الإجراء الوقائي باستبعاد العطاءات غير ذات الكفاءة، والتي تلحق الأضرار بالمصلحة العامة إذا تمت الترسية عليها.

الآثار القانونية لقرار الحرمان:

يستلزم شطب اسم المورد أو المقاول، حرمانه من الدخول في المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها الإدارة^(١).

ويثور التساؤل عن أثر شطب اسم المورد أو المقاول عن تنفيذ التعاقدات السابقة؟ للإجابة عن هذا التساؤل، لا بد من التفرقة بين الحرمان، استناداً إلى نص القانون – سواء بعقوبة تبعية أو حرمان وقائي-، وبين قرارات الحرمان، استناداً إلى السلطة التقديرية للإدارة.

ففي الحالة الأولى: ذهبت محكمة النقض المصرية على أن: "... عقوبة الحرمان التبعية بمقتضى نص المادة (٤/٢٥) من قانون العقوبات تستبعد عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضي أمام المحاكم، سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه، ويمثله أمامها القيم الذي عينته المحكمة المدنية، وأن البطلان الذي يلحق أي عمل من أعمال الإدارة أو التصرف الذي يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم القانون، هو بطلان جوهرى بحت، يترتب عليه إلغاء الإجراء ذاته"^(٢).

أما الحالة الثانية: إذ تعاقدت الإدارة مع المقاول أو المتعهد، ثم صدر عن الإدارة قرار بشطب اسمه في تاريخ لاحق لهذا العقد، وكان قرار الحرمان أصدرته الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية، فذهب جانبٌ من الفقه إلى أن مثل هذا الشطب لا يؤثر على العقود التي أبرمتها الإدارة مع هذا المقاول أو المتعهد^(٣).

(١) انظر: نص المادة (١٤) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن: "... تمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيّد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطرق النشرات المصلحية، ويحظر التعامل مع المقيد في هذا السجل".

(٢) نقض مدني، طعن رقم ١٢٩٠، لسنة ٤٨ ق، في ١٣ يونيه ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض من ٣٠ عدد ٢، ص ٦٢٠. وذهب جانبٌ من الفقه المصري إلى أن هذا الحكم لا يؤدي إلى فسخ العقد، إلا في حالات الاعتبار الشخصي للمتعاقد؛ حيث يتولى القيم المعين من قِبل المحكمة مباشرة الأعمال محل التعاقد. أ.د. جابر نصار، المناقصات العامة، ط٢، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٣) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط٢، مرجع سابق، ص ٣٨. وقد عرضت هذه المسألة على إدارة الفتوى لشؤون الأزهر بمجلس الدولة، وخلصت إلى "إنّ هذا الشطب لا يؤثر على سريان التعاقد السابق على صدور قرار الحرمان، وهو مرسوم بأن يكون التعاقد قد تم قبل صدور القرار بالحرمان"، فتوى رقم (١١١٩) في ٧ ديسمبر ١٩٩٢، ملف رقم ٥٨/١/٦٧ مشار إليه عند: المستشار الدكتور أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

أما إذا كان المقاول أو المتعهد يعلمان بحرمانهما من دخول المناقصات العامة، فإن هذا التعاقد يكون باطلاً، وإن كان هذا البطلان مقررًا لمصلحة الإدارة، فتستطيع أن تتمسك به في مواجهة هذا المتعاقد. كما أنّ لها أن تستمر في تنفيذ العقد، وفي كل حالة يكون للإدارة حق التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية^(١).

موقف التشريع العراقي:

نصت المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقي بما يلي: "إنّ الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستبعده، بحكم القانون من يوم صدوره إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سببٍ آخر، حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف فيها...". ويُفهم من النص أعلاه أن المحكوم عليه لا يملك أهلية التصرف بأمواله أو إدارتها أو القيام بأي عملٍ؛ باعتباره محروماً من الحقوق والمزايا التي يتمتع بها أي شخص طبيعي، وبالتالي لا يملك أهلية التقاضي أمام المحاكم بأية صفةٍ كانت، ويمثله قيمٌ على أمواله تعينه المحكمة، ويكون القيمُ تابعاً لها، ويخضع لرقابتها في كل ما يتعلق بقوامته.

لذا، يعتبر أي عملٍ من أعمال التصرف أو الإدارة الصادرة من المحكوم عليه بأمواله باطلة، فيما عدا الوصية والوقف. أما الحالة الثانية، فإن بطلان تصرفاته حق مقرر لمصلحة الإدارة بحكم القانون، سواء كان الحكم قد صدر قبل التعاقد أو بعد التعاقد. ويكون موقف المشرع العراقي متفقاً مع التشريع المصري من حيث تملك الإدارة كامل سلطاتها الإدارية بالتصرف تجاه المناقص المحروم.

المطلب الثالث

سلطة الإدارة في الاستبعاد

ينصرف الاستبعاد إلى عطاء بعينه، مقدم في مناقصة بعينها، ويكون الاستبعاد في حالات محددة، أوردها المشرع على سبيل الحصر^(٢)، والتي سنتناولها في الفروع الآتية:

(١) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) انظر: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٣. ود. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص ١٦١.

الفرع الأول

الاستبعاد نفاذاً لقرار الحرمان

تلتزم الإدارة باستبعاد العطاء المقدم من شخص محروم من التعامل مع الجهات الإدارية، دون أن يكون لها أدنى سلطة تقديرية في هذا الشأن، سواء أكان حرماً جزائياً أم وقائياً، حتى لو توافرت في عطائه كافة الشروط التي حددتها الإدارة في كراسة الشروط^(١).

فلقد نصت المادة (١٤) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على "ضرورة أن تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكامه، سجلاً لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين، وأن تمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء أكان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه. وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية، ويحظر التعامل مع المقيد في هذا السجل"^(٢).

أما موقف المشرع العراقي: فقد درج على ما سار عليه المشرع المصري، وذلك من خلال إعداد سجل يقيّد أسماء الأفراد والشركات المستبعدة من دخول المناقصة وفقاً لنص الفقرة (ب) من القسم (٩/رابعاً) على ما يلي: "إعداد سجل عام لحفظ ونشر أسماء جميع الأفراد والكيانات المستبعدين، ونشرها"^(٣). ونصت المادة (١٨) على "حظر التعاقد^(٤) للجهات التعاقدية في الوزارات والجهات غير المرتبطة بالوزارة، والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم إدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء، مع مراعاة ما يأتي: أولاً، تتخذ إجراءات إدراج أسماء المقاولين العراقيين في القائمة السوداء باعتماد الآلية المبينة في تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥. ثانياً، تتخذ إجراءات إدراج المتعاقدين من (مقاولين غير عراقيين ومجهزين عراقيين وغير عراقيين واستشاريين عراقيين وغير عراقيين)، بالاعتماد على الآلية المبينة والضوابط الصادرة بهذا الصدد".

(١) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٢) انظر: المادة (٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الملغي رقم ٩ لسنة ١٩٨٣.

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

(٤) انظر: نص الفقرة (أولاً- ثانياً) من المادة (١٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية من سنة ٢٠٠٨.

ويعتبر هذا الإجراء ضماناً أخرى للإدارة لاختيار مَنْ تراه مؤهلاً للدخول في المناقصة أو التعاقد معها. ومع ذلك، فإن القانون يعتبر متكامل الأحكام - إلى حد ما - بخصوص العقود الإدارية إجمالاً، ولكن حبذا لو أن رجال القانون وأهل التشريع يعملوا على إعداد وتنظيم قانون خاص لتنظيم المناقصات وأساليب التعاقد مع الإدارة. وحسباً فعل المشرع العراقي، فقد سار على غرار ما جرى عليه العمل في دول أخرى، فتضمن القانون فقرات أخرى نصت عليها التشريعات الأخرى، مثل ضرورة إعداد كشف من قِبل المتعاقد؛ للتعاقد مع الإدارة بالأعمال المماثلة التي تؤهله للاشتراك في المناقصة، والتي تؤيد أعماله المنجزة، والتي تصدر من الجهات الحكومية^(١).

ويثار التساؤل عن مدى صحة العقد الذي تبرمه جهة الإدارة مع شخص محروم من التعامل؟

اختلف الفقه المصري بهذا الخصوص؛ فذهب جانبٌ منه إلى التفرقة بين الحرمان الوقائي وبين الحرمان الجزائي، فالحرمان الوقائي تنطبق عليه القواعد المعمول بها في فرنسا^(٢)؛ أي العقد يكون صحيحاً. أما الحرمان الجزائي، فينبغي التفرقة بين الحرمان المنصوص عليه وغير المنصوص عليه، وينطبق المبدأ المشار إليه على الحرمان غير المنصوص عليه؛ أي يأخذ حكم الحرمان في فرنسا. أما الحرمان المنصوص عليه، فهو نهائي لا يجوز للإدارة العدول عنه أو إلغاؤه^(٣).

وذهب رأي آخر في الفقه - وبحق - إلى أن الإدارة تلتزم بتطبيق قرار الحرمان - خاصة لو كانت هي مصدر القرار -، سواء تلك التي أصدرتها استناداً إلى نص القانون، أو بمقتضى سلطتها التقديرية، باعتبار أن قرارات الحرمان تستهدف - أولاً وأخيراً - المصلحة العامة، وتطبيقاً لمبدأ المنافسة الحرة الذي يحكم المناقصة العامة^(٤)، وبذلك تتحمل الإدارة مسؤوليات قرارها بالحرمان.

ولقد أكد المشرع وجهة النظر الثانية، وذلك حسب المادة (١٤) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي، والتي حظرت التعامل مع المقيد في سجل الممنوعين من التعامل، دون تفرقة بين ما إذا كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية.

(١) انظر: نص البد (ح) من الفقرة (عاشراً) من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الحالي.

(٢) استقرار الرأي في فرنسا على صحة العقد الموقع مع الشخص المحروم، استناداً إلى قرار إبرام العقد، يعد في حكم الإلغاء الضمني لقرار الحرمان، وأن الالتزام بعدم التعاقد مع المحرومين مقرر لمصلحة الإدارة فقط، مشار إليه عند: هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣) انظر: أ.د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٤، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٤) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ص ١٨، وما بعدها.

أما العراق، فقد نص قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤^(١)، وتعليمات تنفيذ العقود رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بأن: "تكون قرارات المنع أو إدراج المتعهدين أو المقاولين المُخلين بالتزاماتهم في القائمة السوداء وعدم التعامل معهم، تبقى سارية لحين رفع الأسماء من هذه القائمة، بتوجيه من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بالوزارة، بعد تنفيذ المتعاقدين أو المتعهدين للالتزامات المترتبة بذمتهم"^(٢).

لذا، نلاحظ أن المشرع العراقي حظر التعاقد مع المقاولين المدرجة أسماؤهم بالقائمة السوداء، في حال ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة (٢٧) من التعليمات الصادرة عن وزارة التخطيط.

الفرع الثاني

الاستبعاد لعدم توفر شرط حُسن السمعة

نصت التشريعات المقارنة - على هذا القيد الوارد - على مبدأ حرية المنافسة، وذلك بإمكانية قيام الإدارة باستبعاد أي متقدم للتعاقد معها، إذا كان غير متمتع بسمعة طيبة. ويعتبر شرط حسن السمعة شرطاً عاماً في مجال العقود الإدارية، ووضِع هذا القيد لمصلحة المرافق العامة. ويعد هذا الاستبعاد أيضاً من مظاهر السلطة العامة في مجال العقود الإدارية؛ فالإدارة - هنا - تتمتع بسلطة تقديرية^(٣)، وهو شرط لازم فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة. وتحتفظ الإدارة دائماً بحق أصيل في استبعاد مَنْ ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة

(١) انظر: القسم ٩ (المنع من المشاركة) من الفقرة الأولى على "منع بعض الأفراد أو الكيانات من الدخول في المناقصة المتعلقة بالتعهدات العامة الحكومية، والمشاركة فيها لضمان النزاهة في عملية الشراء، وأن أساس المنع هو سوء التصرف، الذي قد يصدر من الأشخاص الذين منعوا في حالات عدة، منها على سبيل المثال، الإخلال المتعمد بنصوص هذا الأمر أو أنظمة التنفيذ الصادرة وفقاً لسلطة هذا الأمر، والتقصير المتعمد بالأداء فيما يتعلق بشرط أو الشروط المادية للعقد العام، وتتولى مديرية إدارة التعهدات العامة مسؤولية ضمان نزاهة عملية التوريد؛ حيث تصدر أنظمة التنفيذ التي ستقوم على الأقل: أ- إعداد معايير لعملية المنع. ب- إعداد عملية متقنة وعادلة وفاعلة مع فرصة سماع الأقوال قبل اتخاذ قرار المنع. ج- إعداد طريقة يُمكن المستبعد من المناقصة أو المزايدة خلالها من أن يعيد التقديم مرة أخرى. د- إعداد سجل عام لحفظ أسماء جميع الأفراد والكيانات المستبعدين ونشرها".

(٢) انظر: أحكام وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بالعدد (٤٨٧٨/٧/٤) في ٢٠٠٥/١٠/٣.

(٣) انظر: د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص ١٥٧.

هذا الحق، ولا يقيد بها في ذلك سوى عيب إساءة استعمال السلطة^(١). ويكون للقضاء أن يمارس الرقابة عليها، وضرورة قيام قرار الاستبعاد على السبب المبرر لصدوره^(٢).

ولما كانت العقود الإدارية شديدة الارتباط بالمصلحة العامة، فمن واجب الإدارة - هنا - التأكد من صلاحية المتقدم إليها لغرض التعاقد. وهذا يجنب الإدارة التعاقد مع بعض الأفراد أو الشركات، الذين يغامرون بالاشتراك وبتقديم العطاء، خصوصاً إذا لم يسبق لهم ممارسة أو إنجاز هذا النوع من الأعمال المطلوب التعاقد من أجلها؛ مما يؤدي إلى رسو العطاء عليهم، وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة، فيأتي هنا دور الإدارة لتقصي مدى توفر حسن السمعة^(٣) من عدمه، من خلال جملة اعتبارات أهمها، ما إذا كان صاحب العطاء قد أهمل في تنفيذ أعمال سابقة، أو نفذها على غير الوجه المتفق عليه، أو كان دائم اللجوء إلى القضاء، وما يترتب على ذلك من تأخير تنفيذ العقود، أو لجوؤه إلى الغش والتلاعب في تعاملاته مع الإدارة، أو قيامه أو شروعه - بنفسه أو بواسطة غيره، وبطريقة مباشرة أو غير مباشرة - برشوة أحد موظفي الحكومة أو عمالها، أو يتخذ من المناقصات ستاراً لارتكاب أعمال لا تتفق والمصلحة العامة^(٤).

فتشير هذه الاعتبارات إلى سوء سمعة مقدم العطاء، وتستطيع جهة الإدارة استبعاد العطاء المقدم من هذا الشخص لهذا السبب.

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري - منذ بواكير أحكامها - إلى تحديد المقصود بشرط حسن السمعة، بأنه يعني: " ... أن يكون مَنْ يتولى هذه الأعمال محمود السيرة، ولم يُسمع عنه ما يشينه أو

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٦٧، لسنة ٥٥ق، جلسة ١٧/٢/١٩٦٢، المجموعة - السنة السابعة، البند ٣٨، ص ٣٣٨. والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري تقرر أيضاً في هذا الصدد: "أن المشرع اشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع إحدى الجهات الخاصة لأحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الذي حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨) ... أن يكون متمتعاً بحسن السمعة... فلا يكفي في التعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمالية، بل يجب أن يتوافر بجانب ذلك حسن السمعة، وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد مَنْ ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة،... والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى احتمال التعاقد مع صاحب العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه، الأمر الذي لا يتفق مع أحكام القانون". ينظر: فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ١٢٢.

(٢) انظر: في ذلك، حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٣٧٨، لسنة ٥٦ق، جلسة ٥/٧٢/٢٠٠٥؛ حيث أكدت المحكمة على أنه "يتعين أن يكون القرار الصادر باستبعاد العطاء مسبب. وفي هذه الحالة، يراقب القاضي صحة السبب من حيث وجوده المادي والتكليف القانوني له"، مشار إليه: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٣) انظر: أ.د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٤) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١١٤. والمستشار الدكتور ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، مكتبة نادي مجلس الدولة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٨٥. ود. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ١٢٣.

يحط من قدره بين الناس، حائزاً لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التي يرغب في مزاولتها"^(١). وتحرص كراسات الشروط على اشتراط تقديم شهادة حسن السمعة؛ وذلك للتأكد من أهلية المتقدمين للمناقصة العامة. وشرط حسن السمعة نصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على: "أن يكون التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم...، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة"^(٢).

وقد نصت هذه المادة على أن يكون للإدارة - إذا ثبت لها عدم القدرة في المتقدم من الناحية المالية والفنية على إنجاز المشروع - ولأجل توفير الوقت والجهد، استبعاد بعض المتقدمين. على أن حق الاستبعاد هذا يبقى للسلطة التقديرية للإدارة حسب مقتضيات المصلحة العامة، وفي كافة مراحل العملية التعاقدية، سواء كان ذلك بعد التقدم بالعطاءات، أو خلال مرحلة فتح العطاءات، أو في مرحلة البت فيها.

ونلاحظ مما سبق، أن التشريعات إما أن تقوم بالنص بشكل صريح على سلطة الإدارة في استبعاد المنافس الذي لا يتمتع بالسمعة الحسنة، أو تضرب أمثلة لأعمال تعتبر ممارستها من قبل المتقدم للتعاقد، تعبر عن الخروج الصريح على المبادئ العامة التي تحكم إبرام العقود الإدارية، والتي من ضمنها مبدأ حرية المنافسة، وبشكل محدد ما يتعلق منها بشرط حسن السمعة.

وعرضنا فيما سبق الحالات التي تعد من قبيل سوء السمعة للمتقدم للتعاقد مع الإدارة، ويمكن إضافة حالة أخرى كسبب لاستبعاد المتقدمين الذين لهم تعاملات سابقة أو حالية مع إسرائيل، ويكون سبباً للامتناع عن الدخول في تعاقدات مع مثل هؤلاء الأشخاص أو تلك الشركات؛ لذلك نصت التشريعات العربية على هذا القيد في تنظيمها لإجراءات إبرام العقود الإدارية.

(١) انظر: محكمة القضاء الإداري، قضية رقم ٥، السنة الأولى، بتاريخ ١٨/٣/١٩٤٧، مشار إليه عند: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١١٣. وفي هذا المعنى، استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المقصود بحسن السمعة "هو تلك المجموعة من الصفات التي يتحلّى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس، وتجنّبها حالة أخرى كسبب لاستبعاد المتقدمين الذين لهم تعاملات سابقة أو حالية مع إسرائيل، ويكون سبباً للامتناع عن الدخول في تعاقدات مع مثل هؤلاء الأشخاص أو تلك الشركات؛ لذلك نصت التشريعات العربية على هذا القيد في تنظيمها لإجراءات إبرام العقود الإدارية.

(٢) وردت ذات النصوص في المادة (٣) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الملغي)، وتطلب أيضاً القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملغي) في المادة الثالثة منه على: "أن تعرض العطاءات على لجنة البت، مشفوعاً بملاحظات رئيس المصلحة أو الفرع المختص، ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات إبداء الرأي في أصحاب العطاءات من حيث كفايتهم وحسن السمعة...". ولقد نصت المادتان (٤٨، ٢٥٨) من تقنين العقود الإدارية في فرنسا على شرط حسن السمعة.

ومن هذه التشريعات، التشريع المصري؛ حيث نصت المادة (٤٢) من اللائحة المنظمة لإجراءات المناقصة الملغاة، على وجوب عدم إبرام التعاقد مع مَنْ يتعاملون مع إسرائيل، وللتأكد من عدم التعامل، يجب على الشركات أو الأفراد المتقدمين للتعاقد أن يقدموا تعهدًا بعدم وجود أي تعامل مع إسرائيل ومن أي نوع، سواء كان بإقامة مشاريع مع إسرائيل، أو كان لتلك الجهات وكلاء داخل إسرائيل، وإن كانت هناك مَنح لامتياز حق استعمال اسمها لصالح شركات إسرائيلية، أو قامت بالمساهمة في شركات أو مصانع إسرائيلية، أو كانت تعمل كمستشار أو خبير للمصانع الإسرائيلية، بل وحتى استعمال أدوات ومعدات، وقامت بإنتاجها شركات لها تعمل مع إسرائيل^(١).

لكن تغيرت الظروف فيما بعد، فقد قام المشرع المصري بعد الصلح مع إسرائيل بإصدار القانون رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٠، والذي ألغى بموجبه القوانين المتعلقة بمقاطعة إسرائيل، كما تم إلغاء القرارات والتشريعات الصادرة تنفيذًا لتلك القوانين^(٢). ونستخلص من هذا، أن أحكام القضاء الإداري تؤيد قرارات الإدارة المتخذة على أساس سلطتها التقديرية في استبعاد بعض العطاءات من المتقدمين الذين لا يتمتعون بشرط حسن السمعة^(٣).

وفي هذا الصدد، وعلى الرغم من إلغائه قوانين المقاطعة، إلا أن جهة الإدارة والسلطة القضائية بإمكانها – وإعمالاً للاعتبارات الأمنية والسياسية – استبعاد مَنْ تشاء من الشركات المتقدمة بعروض المناقصات دون إبداء الأسباب.

أما في العراق: لقد نصت تعليمات وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي^(٤)، على إدراج اسم المقاول أو الشركة المقاول في القائمة السوداء، وذلك في حالات معينة. ولعل ما يتعلق منها بقيد حسن السمعة، يمكن أن يجد له تطبيقاً في الفقرات (ب، ج، د، هـ، و، ز، ح) كما يلي:

"... ب- ثبوت رشوة أو الشروع في رشوة أحد منتسبي الحكومة أو التواطؤ معه. ج- ثبوت القيام بتحريف أو تزوير العطاءات أو أي مستند من مستندات المقولة. د- ثبوت تقديم معلومات أو أمور

(١) انظر: أ.د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

(٢) انظر: المادة الأولى من قانون ٢٨ شباط المصري المرقم (٦٦) لسنة ١٩٨٠.

(٣) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم (١٥٠٦) في ١٧/٣/١٩٦٨؛ حيث تقول فيه: "إذا لم يكن العطاء ذا كفاية فنية أو مالية للعمل المطروح في المناقصة، فإنه لا يكون ثمة مأخذ على جهة الإدارة، إن هي قدرت، ثم رأت استبعاد عطاءه من المناقصة، وذلك طالما قرار الاستبعاد مستنداً إلى أسباب تبرره...". مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في أربع سنوات للفترة (١٩٦٦ – ١٩٦٩)، ص ٢٧٤، وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٠٦٧، جلسة ١٧/٢/١٩٦٢، ص ٧٩.

(٤) انظر: نص الفقرة (أولاً) من (م/٢٧) من التعليمات الصادرة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي.

مغايرة للحقيقة فيما يتعلق بالعمل المحال عليه؛ بقصد الإضرار بالمصلحة العامة. هـ- ثبوت مخالفة شروط المقاول أو المواصفات الفنية المتعاقد عليها بقصد الإضرار بالمصلحة العامة. و- ثبوت عدم الالتزام بأداب المهنة بأثبات أساليب المنافسة غير المشروعة. ز- الامتناع عن توقيع صيغة التعاقد بعد التبليغ بقرار الإحالة. ح- ثبوت التلكؤ في تنفيذ المقاول أو إخلاله بالتزاماته التعاقدية". وإن هذه الحالات السابق ذكرها من النص أعلاه تشير إلى ما يمكن أن يمس سمعة المتقدم بالعبء؛ فلم يكتفِ المشرع باستبعاد المقاول أو الشركة المقاول الممارسة للمخالفات أعلاه، من حالات رشوة وتزوير وتقديم معلومات كاذبة أو مخالفة آداب المهنة، بل الأكثر من ذلك هو إحالة ذلك المقاول أو الشركة المقاول إلى القائمة السوداء^(١). ويلاحظ أن نص المادة (٢٧) بفقرتها (أ/ب، ج، د، و) لم ينص بصورة صريحة على استبعاد المتقدم سيئ السمعة، مما لا يمكن التعاقد معه. ولكن يمكن اعتبار الحالات التي حددها النص الوارد في التعليمات، أنها ماسة بشرط حسن السمعة المطلوب توفره في المتقدم للتعاقد مع الإدارة، ويمكن القول بأن هذه المادة وضعت الأحكام والضوابط لمنع الإدارة من التعسف. ويمكن أن تعد هذه الجزئيات والتفصيلات - التي تم ذكرها - قيداً على سلطة الإدارة التقديرية؛ لمنعها من التعسف تجاه المقاولين. ولا بد من الإشارة إلى أن المادة (٢٧) السابق ذكرها، قد أشارت إلى حالة يمكن أن تعد من القيود التي تؤدي إلى استبعاد المتقدمين للتعاقد مع الإدارة، بسبب تعاملهم مع شركات محظورة، وبالتالي تؤدي إلى سوء سمعة المتعاقد، وهذه الحالة عند ارتكابه الفعل الآتي:

(ثبوت التعامل مع الشركات الأجنبية المقاطعة)، وأن الإجراء الذي يتخذ بموجب الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي تشكيل لجنة فنية في كل وزارة أو جهة غير مرتبطة بالوزارة للنظر في الطلبات الخاصة بإدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، كما نصت المادة

(١) من المهم توضيح المقصود بالقائمة السوداء وما يترتب عليها؛ فقد أوضحت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بموجب نص (م/١٨) بالرقم (١ لسنة ٢٠٠٨) إلى إدراج اسم المقاول في القائمة السوداء؛ حيث أشارت وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بالعدد (٤/٧٧٨/٤٨٧٨) في (٣/١٠/٢٠٠٥)، مجموعة من الضوابط - إلى إعطاء السلطة التقديرية للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بالوزارة حصراً مفاتحة وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بطلب يتضمن إدراج المتعاقدين أو المتعهدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في (القائمة السوداء)، وعدم التعامل معهم أو رفعها منها، وتطبيق الإجراءات المنصوص عليها في أحكام تعليمات تسجيل المقاولين العراقيين المعدلة بحق المقاولين العراقيين (شركات وأشخاص طبيعية)، عند إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية تجاه دوائر الدولة. أما قرارات المنع أو إدراج المتعهدين أو المقاولين المخلين بالتزاماتهم في القائمة السوداء وعدم التعامل معهم، نافذة من تاريخ صدور القرار.

ولا يعد اعتباره إدراجاً في القائمة السوداء من قبيل العقوبات الجنائية؛ ذلك أن قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، اعتمد مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وقد حدد تلك العقوبات في المواد (٨٥، ٩٠) منه، والتي لا يمكن أن يضمنها الإدراج في القائمة السوداء. ووجدنا أن هذا الإجراء هو عقوبة إدارية تمارسها الإدارة بحق الأشخاص المتعاقدين ارتكاب أفعال تدل على سوء نيتهم تجاه الإدارة، قاصدين الإضرار بمصلحتها؛ لتدوين أسماء الأشخاص والشركات التي يتقرر إدراجها في القائمة السوداء، لتجنب التعامل معها.

(٢٧/ف/٣) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربية والميكانيكية والكيميائية، والتي أُلزمت المقاولين طوال مدة استمرار المقاوله، بالامتثال والتقيّد - في جميع الوجوه - بالقواعد والتعليمات الصادرة من وقت لآخر من مكتب مقاطعة إسرائيل الموجودة في العراق، والمختص بإعداد قائمة للجهات التي يحظر التعامل معها لارتباطها بعلاقات مع الكيان الصهيوني. ويكون مقر المكتب المذكور في وزارة الخارجية، والذي يقوم بدوره بإرسال كتاب إلى وزارة التجارة؛ باعتبارها الجهة المشرفة على إبرام العقود الإدارية ذات الطرف الأجنبي، ويكون دور الوزارة الأخيرة إصدار قرار يقضي بإدراج تلك الجهات في القائمة السوداء، وحظر التعامل معها^(١).

وكان رأينا أن الموضوع يحتاج إلى وقفة موضوعية وعملية للتعامل مع هذه المسألة. وحقيقة الأمر أن مسألة مقاطعة وحظر التعامل مع الشركات التي لها تعامل مع إسرائيل هي مسألة مبالغ فيها، وتعد مسألة محل نظر، وذلك أن تلك الشركات قد بلغت من العدد الآلاف المؤلفة. وفي الوقت نفسه، هي في الأغلب شركات عالمية كبرى وذات خبرات وكفاءة عالية، فليس هناك مبرر حقيقي ومنطقي لإيقاف العمل مع تلك الشركات، وأن هذا الإجراء يناقض نفسه؛ حيث إن المقاطعة ليست حقيقية؛ لأن واقع الحال هو العكس تمامًا؛ فالتعامل مع تلك الشركات هو قائم بالفعل، وبرهان ذلك المنتجات الموجودة في الدول العربية والعراق، يوجد نظيرها في إسرائيل. لذا، تحتاج المسألة من المشرع العراقي النظر بشكل واقعي حول مسألة الحظر.

ولا بد من الإشارة إلى أن المادة ذكرت: "على الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة..."، تدل على منح السلطة التقديرية للإدارة - بواسطة الوزير - حقها في استبعاد المنافس الذي تجد أنه غير متمتع بحسن السمعة.

ما أثر صدور حكم جنائي بإدانة المورد أو المقاول على شرط حسن السمعة؟

للإجابة على هذا التساؤل، لا بد من التفرقة على النحو الآتي:

الفرضية الأولى: في حالة الأحكام المُخلّة بالشرف والأمانة - سواء أكان الحكم بجناية أم جنحة-، فإنها ذات تأثير مباشر على حسن السمعة تؤدي إلى إهداره^(٢).

(١) انظر: كمثال لتلك القرارات الصادرة عن وزارة التجارة، القرار رقم (٢) بتاريخ ١٧/٣/١٩٩٦، والقرار رقم (٣) بتاريخ ٧/٢/١٩٩٦، والقرار رقم (٨) بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٦، والقرار رقم (١١) بتاريخ ٢١/١١/١٩٩٦، والمحددة لبعض الجهات التي ثبت تعاملها مع إسرائيل، وبالتالي حظر التعامل معها، القرارات غير منشورة.

(٢) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط٢، مرجع سابق، ص ١١٣.

الفرضية الثانية: أما إذا كان الحكم لا يمس الشرف والأمانة، فقد ذهبت إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية إلى أنه لا يمكن القول بأن إدانة المورد في قضية سياحية من قبل ما يمس حسن السمعة؛ مما يبني عليه ألا يكون هناك وجه لإلغاء المناقصة، استناداً إلى هذا السبب وحده، كما لا يمنع ذلك من إبرام العقد مع المورد ما لم تقرر السلطة المختصة إلغاءه للصالح العام^(١)؛ أي أن الحكم الجنائي – الذي يؤدي إلى انتفاء شرط حسن السمعة – ينبغي أن يتضمن اتهاماً وثيق الصلة بطبيعة العملية موضوع التعاقد. ويتضح لنا أن ما ذهبت إليه إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية لا يتعارض مع المادة (٢٥) من قانون العقوبات، التي تقضي بأن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية:

"القبول في أية خدمات في الحكومة، مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم - أيًا كانت أهمية الخدمة -، وذلك كعقوبة تبعية؛ حيث إن نص المادة (٢٥) واضح الدلالة على حرمان المحكوم عليه بجناية من دخول المناقصات والمزايدات بصفة عامة. إلا أنه يمكن التسليم بما ذهبت إليه إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية في حالة الحكم بالجرح، وليس الجنايات إذا كان الحكم لا يمس حسن السمعة...".

أما في العراق: لقد نص قانون العقوبات بالمادة (٩٥)^(٢) إلى العقوبات التبعية التي تلحق المحكوم عليه بحكم القانون، دون الحاجة إلى النص في الحكم. ونصت المادة (٩٦)^(٣) على الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، والتي نصت على ما يلي:

"الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره وحتى إخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن، حرمانه من الوظائف والخدمات التي كان يتولاها".

(١) انظر: فتوى رئاسة الجمهورية، ملف رقم ٩١/١٥/٩٣، سجل رقم ٢٠٠١/٥١٤ بتاريخ ٢٩/١٠/٢٠٠١، لم ينشر بعد. وكانت بمناسبة إبداء الرأي القانوني حول ما إذا كان الحكم الصادر ضد المورد في مزاوله أعمال سياحية دون ترخيص يعتبر مانعاً يحول دون إبرام عقد توريد أغذية لمستشفيات مديرية الصحة والإسكان بالإسماعيلية، وأوضحت إدارة الفتوى أن الحكمة المتباعدة من الشرط المتضمن في كراسة الشروط (تطلب حسن السمعة)، تتعلق بطبيعة العملية ذاتها ونوعية الصنف المورد؛ من حيث كونه مواد غذائية، لذلك يتعين الاستيثاق من المورد، ومن كونه لم يسبق اتهامه في أية قضايا تموينية لضمان جودة الصنف المورد. وإن كانت بثبوت الإدانة في قضايا من نوع آخر، كقضايا مزاوله أعمال سياحية دون ترخيص، فإنها - وإن كانت محل تأييد من المشرع - إلا أنه لا يمكن القول باعتبارها مما تمس حسن السمعة والشرف، والاعتبار ذلك من تلك القضايا مجال مختلف يؤثر، ويتم الحكم على فاعله بناءً عليه".

(٢) انظر: المادة ٩٥ من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

(٣) عدلت المادة (٩٦) بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٩٩٧) المنشورة في الوقائع العراقية بالعدد (٦٦٧) في ١٩٨٧/٨/٧، فصار النص بشكله الحالي.

ومن النصوص السابقة، نفهم أنه يحرم المحكوم عليه من دخول المناقصات والمزايدات بصفة عامة، وكذلك الأحكام بالجرح المخلة بالشرف^(١). إذن، الموقف العراقي مشابه للمصري، وإن كنت أميل للأخذ برأي الفتوى لرئاسة الجمهورية المصرية بأن "الجنحة إن لم تكن على سمعة المورد، فلن تكون سبباً لإلغائه المناقصة".

الفرع الثالث

الاستبعاد لعدم توافر الكفاية الفنية والمالية

يجب أن يتمتع مقدم العطاء بالمقدرة الفنية والمالية التي تمكنه من إنجاز التزاماته التعاقدية مع جهة الإدارة^(٢).

ومن مصلحة الإدارة ألا يدخل إلى المنافسة إلا متنافسون على درجة كافية من الاستعداد التقني والمالي. فلا جدوى من السعر الأقل إذا كانت أهلية المتعاقد الفنية أو المالية على درجة من السوء؛ إذ ينعكس ذلك على حسن تنفيذه لالتزاماته في النهاية، مما يؤثر على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد. ومن هذا المنطلق، فقد استقرت الأنظمة القانونية المقارنة على أن مبدأ الدخول المفتوح إلى المناقصات العامة، يجب أن يوازن مع ضرورة توافر درجة معينة من المقدرة الفنية والمالية عند المتنافسين^(٣). ولجهة الإدارة السلطة التقديرية في تحديد مدى توافر الكفاية الفنية والمالية لمقدم العطاء، وذلك بالنظر إلى عدة اعتبارات، مثل ملائمة الشخص مقدم العطاء، وقدرته الفنية بالنظر إلى طبيعة موضوع التعاقد، وحجم الأداءات المطلوبة، وما يتطلبه من قدرة مالية وخبرة فنية^(٤).

وعلى ذلك، يمكن القول بأن شرط الكفاية الفنية والمالية هو شرط خاص يتعلق بشخص مقدم العطاء، وقدرته على تنفيذ عقد آخر^(٥)، وسوف ندرس هذا الشرط في كل من مصر والعراق.

(١) انظر: د. عثمان العبودي، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٢) انظر: المادة (٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي.

(٣) انظر: د. مهند مختار، مرجع سابق، ص ٤٣٦.

(٤) انظر: د. حمدي حسن الحفاوي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٥) انظر: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٧.

أولاً- شرط الكفاية الفنية والمالية في مصر:

أوجب قانون المناقصات والمزايدات المصري ضرورة تمتع مقدم العطاء بالمقدرة الفنية والمالية، التي تمكنه من إنجاز التزاماته التعاقدية مع جهة الإدارة^(١).

ولقد أوجبت المادة (٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على "كل مرشح أن يقدم ضمن المظروف، الذي يحتوي على العرض الفني، البيانات والمستندات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها؛ للتحقق من توافر الكفاية الفنية والمالية المطلوبة من المتنافسين".

وقد أوجب المشرع على مقدمي العطاءات ضرورة تضمين المظروف الفني جميع البيانات الفنية عن العرض المقدم، والبرنامج الزمني للتنفيذ، وبيان أسماء، ووظائف وخبرات الكوادر التي سيستند إليها الإشراف على تنفيذ العملية، والمستندات الدالة على سابقة الخبرة، والقيود في المكاتب أو السجلات أو النقابات أو الاتحادات التي يكون القيد فيها واجباً قانونياً^(٢). وهذا حتى تستظهر الجهة الإدارية مدى توافر الكفاية الفنية والمالية لمقدم العطاء.

ويتعين على جهة الإدارة ممارسة سلطتها التقديرية في هذا الصدد بحيادٍ وموضوعيةٍ، دون إساءة استعمال تلك السلطة. فإذا توفرت الكفاية الفنية والمالية لمقدم العطاء - ورغم ذلك - قامت الإدارة باستبعاده - فإن هذا الاستبعاد يكون غير مشروع؛ مما يشكل خطأً من جانب الإدارة^(٣) تتحمل مسؤوليته. وتجدر الإشارة إلى أن للإدارة استبعاد أي عطاء - ولو كان الأقل سعراً - إذا لم تظمن إلى كفاية مقدمه أو سابق خبرته، وذلك تحت رقابة القضاء^(٤)، ولتفصيل أكثر سنتناول هذا الموضوع في الفصل الثاني.

ثانياً- شرط الكفاية الفنية والمالية في العراق:

أشارت المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨^(٥) لغرض التوصل إلى العطاء الأفضل، ولاستبعاد العطاء الذي يقل بنسبة ٢٥% فأكثر عن الكلفة التخمينية، تعتمد على الضوابط التالية:

- (١) انظر: نص المادة (٣) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
- (٢) انظر: المواد (٨، ٥٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم لسنة ١٩٩٨.
- (٣) انظر: د. حمدي الحلفاوي، مرجع سابق، ص ١٦٧.
- (٤) انظر: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع جلسة ١٩٨٥/٣/٢٠، ملف رقم ٢٥٢/١/٥٤، مجموعة مبادئ الجمعية، السنتان ٣٩، ٤٠، ص ٢٧٥، أشار إليها: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٨.
- (٥) انظر: الفقرة (عاشرًا) من (أ/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

١. استبعاد العطاء غير المستوفي للمواصفات الفنية المطلوبة، حتى لو كان أوطأ عطاءً.
٢. استبعاد العطاء الذي ثبت عدم كفاءته من خلال تجربة دوائر الدولة ومؤسساتها في المقاولات السابقة.
٣. التأكد من الكفاءة المالية، من خلال تقديم حساب ختامي مصدق عليه من محاسب قانوني لآخر سنة، إذا تطلبتها الوثائق.
٤. التأكد من المهارات والقدرات الفنية لتنفيذ العقد (من حيث توافر كوادر هندسية وفنية ومعدات تخصصية).
٥. التأكد من سجل مُرضٍ في إنجاز الأعمال السابقة.
٦. التأكد من حجم الالتزام المالي للمقاول أو المجهز أو الاستشاري خلال العام.
٧. التأكد من المقدرة على الالتزام بمواعيد قواعد الإنجاز والتسليم.
٨. توافر قائمة بالأعمال المنجزة أو المماثلة، إن وُجدت.

ونلاحظ أن التشريع العراقي كانت نصوصه متكاملة من حيث تحديد العطاء الأفضل من الناحية الفنية والمالية، باعتماده على ضوابط دقيقة؛ للوصول إلى أحسن العطاءات المقدمة لاختيار المقاول الذي يحمل كافة الضمانات الكافية لتقديم الخدمة المطلوبة وعلى أحسن وجه، وسنتناول الموضوع أكثر تفصيلاً في الفصل الثاني.

الفرع الرابع

الاستبعاد لعدم استيفاء العطاءات للشروط الواردة بكراسة الشروط

تعمل الإدارة على أن تتضمن كراسة الشروط مجموعة الشروط العامة والخاصة اللازمة لإنجاح العملية التي تريد التعاقد عليها. وهذه الشروط إنما تكتسب أهميتها من كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة، والتي تتمثل في كفاءة حسن تنفيذ العقد وتحقيق صالح المرفق^(١).

(١) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ١١٨. ود. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص ١٦٢. ود. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٨. كما يتم استبعاد العطاء الذي لم يشتر مقدمه كراسة الشروط والمواصفات، ويستثنى من ذلك العطاء المقدم من فرد أو شركة في الخارج؛ حيث أجاز القانون أن يقدم على النموذج الخاص به، بشرط سداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات. راجع نص المواد (٥٣، ٥٤) من اللائحة التنفيذية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. ولمزيد من الإيضاح، راجع: المستشار الدكتور أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

والأصل أن جهة الإدارة تلتزم باستبعاد أي عطاء مخالف لما ورد بكراسة الشروط، كما أنها تلتزم بقبول كافة العطاءات المستوفية لتلك الشروط ما لم تقرر إلغاء المناقصة لأسباب أخرى.

في مصر: أوجب المشرع في المادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات، ثم أورد حالات الاستبعاد على سبيل المثال لا الحصر، وهي كالآتي:

١. حالة العطاء المتأخر^(١).
٢. حالة عدم إيداع التأمين المؤقت كاملاً^(٢).
٣. حالة العطاء المقدم من شخصين لا تجمعهما رابطة قانونية^(٣).
٤. حالة عدم مطابقة العطاء للمواصفات الفنية المطروحة^(٤).

غير أن مجلس الدولة الفرنسي يسمح لجهة الإدارة بهامش من السلطة التقديرية، من خلال التفرقة بين المخالفة الجوهرية والمخالفة غير الجوهرية؛ حيث يستبعد من نطاق المنافسة مقدم العطاء الذي يقترف مخالفة جوهرية. وتعتبر المخالفة جوهرية في هذا المجال، متى كانت تؤدي إلى منح مقترفاً أفضلية معينة، يتميز بها عن باقي المتنافسين؛ مما يعطل المنافسة ويزيفها، ومثال ذلك قبول العطاء المتأخر عن الموعد المحدد لتقديم العطاءات^(٥). وتشير المحكمة الإدارية العليا في مصر على ضرورة استبعاد العطاء المخالف للشروط والمواصفات، أيًا كانت المخالفة - جوهرية أو غير جوهرية؛ حيث قررت: "بأن المشرع قد ألزم مقدمي العطاءات بتقديم بيان عن سابقة الأعمال ونوعها وقيمتها". ورغم أنه لم ينص على استبعاد العطاء إذا لم يقدم صاحبه هذا البيان، فإن ذلك لا يحتاج إلى نص صريح؛ إذ الجهة الإدارية لها الحق في استبعاد العطاء المخالف للشروط والمواصفات، ويجب عليها ذلك، وعلى الأخص إذا كانت تتعلق بالمقدرة الفنية على تنفيذ الأعمال.

(١) انظر: مادة (٦٣) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالي المصري.

(٢) انظر: مادة (١٧) من القانون الحالي.

(٣) انظر: مادة (٦٢) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالي.

(٤) انظر: مادة (١٦) من القانون الحالي.

(٥) قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم بأن "قواعد المنافسة والمساواة هي جوهر المناقصة، مشار إليه عند: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ١٩٨.

ومن ثمّ، فلا يجوز قبول هذا العطاء، ولو تعهد صاحبه كتابياً بتقديمه، وتلتزم جهة الإدارة باستبعاد العطاء إذا كان غير مستوفٍ للشروط، ولو كان هو الأقل سعراً^(١).

أما بالعراق، فإن الأصل في الاستبعاد وجوباً مقررًا بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات، وأنه من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامه. لذا، لا تتمتع الإدارة بصدده بأية سلطة تقديرية، إذا خالفت النظام، فلا تستطيع قبول عطاء غير مشمول بالشروط الخاصة بالعطاء أو غير مشمول مقدماً بشروط العطاء؛ لأنها لا تنظر إلى الأسعار والمواصفات. وتتخذ الإدارة هذا إجراء بشكل موضوعي، لا ينصب على مقدم العطاء، وإنما يوجه للعطاء ذاته، ولكن يجوز لها العدول عن قرار الاستبعاد في حالة شرط إكمال الوثائق أو شرط إعادة الفحص.

وبناءً على ما تقدم، سوف ندرس حالات الاستبعاد لعدم استيفاء العطاء للشروط الواردة بكراسة الشروط، وهي على سبيل المثال لا الحصر^(٢) في كل من مصر والعراق.

أولاً: استبعاد العطاء المتأخر وغير المستوفي لشروط قبول العطاء.

في مصر: أوجبت المادة (٦٣) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ استبعاد العطاء المتأخر عن الموعد^(٣).

أما العراق: لا يستلم أي عطاء يقدم بعد انتهاء الموعد المحدد، ولأي سبب كان، وبذلك يرفض العطاء الذي يرد بعد تاريخ غلق المناقصة^(٤)، كما تقرر في الإعلان وكراسة الشروط.

ثانياً: استبعاد العطاء المقدم من شخصين لا تربطهما رابطة قانونية:

يحق للجنة البت وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات المصري استبعاد العطاء المقدم من أكثر من متعهد لا تجمعها رابطة قانونية؛ حيث إن القانون لم يمنع اشتراك أكثر من شخص - طبيعي أو

(١) حكمها في الطعن رقم ٣٠٠٨، لسنة ٣٦ق، جلسة ١٠/١٢/١٩٩٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، مرجع سابق، ص ٩٠. وذهب جانبٌ من الفقه المصري إلى أن المخالفات التي تستوجب الاستبعاد هي المخالفات الجوهرية التي يتعذر قبول العرض مع وجودها دون المخالفات الثانوية. راجع في ذلك: المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات وعقود الجهات الإدارية، مرجع سابق، خلال التفارقة بين المخالفات الجوهرية والمخالفات غير الجوهرية.

(٢) انظر: د. حمدي الحلفاوي، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٣) ويستثنى من ذلك أي تعديل لصالح الجهة الإدارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات، طالما أنه لا يؤثر في أولية العطاء. راجع البند الثاني من المادة المشار إليها.

(٤) انظر: البند (ج) من الفقرة (رابعاً) من (٦/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، ٢٠٠٨.

معنوي - في عطاء واحد، إلا أنه يجب أن تكون هناك رابطة قانونية بين مقدمي العطاء الواحد، أيًا ما كان الشكل القانوني لهذه الرابطة، بشرط أن تكون مشهورة وفقًا لأحكام القانون، كما أنه يجب أن يستدل من هذه الرابطة على قيام المسؤولية التضامنية عند الإخلال بتنفيذ التزاماتهم^(١).

أما القانون العراقي: لم يتطرق المشرع العراقي لهذه المسألة، ولا مانع من أن يأخذ بما أخذ به المشرع المصري.

ثالثاً: حالة عدم إيداع التأمين الابتدائي، يستبعد العطاء وفقاً للقانون المصري بالحالات التالية:

١. إذا قدم العطاء غير مصحوب بالتأمين الابتدائي.
٢. إذا كان العطاء مصحوباً بالتأمين الابتدائي، ولكنه غير كامل، ما لم يكن النقص في التأمين مرده مادي، ناتج عن التعليمات الحسابية بالعطاء.
٣. إذا تبين عدم وجود مستحقات صالحة للصرف في تاريخ فتح المظاريف، وكان مقدم العطاء قد اشترط خصم التأمين من مستحقاته لدى الإدارة.
٤. إذا كان العطاء مصحوباً بخطاب ضمان، مقترناً بأي قيد أو شرط.
٥. إذا كان مصحوباً بشيك عادي، وثبت عدم وجود رصيد يعطي قيمته تاريخ فتح المظاريف، أو لم توجد ضمانات كافية^(٢)، واحتساب الفروق الطارئة في أسعار صرف العملات مثلاً.

أما في العراق: فتقوم لجنة تحليل وتقويم العطاء بموجب المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية السابق ذكرها، بما يلي^(٣):

١. استبعاد العطاءات التي لم ترفق بها التأمينات الأولية المطلوبة بموجب مستندات المناقصة.
٢. التأكد من صحة صدور البيانات الجوهرية المطلوبة في مستندات المناقصة من الجهات المعنية قبل الإحالة، بما فيها خطابات الضمان الخاصة بالتأمينات الأولية.

حيث اشترط القانون العراقي بالتأمينات الأولية أن تكون مقدمة على شكل خطاب ضمان أو صك مصدق أو سندات القرض الصادرة عن الحكومة العراقية^(٤).

(١) انظر: د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٢) انظر: د. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٣) انظر: نص الفقرات (أولاً - ثامن عشر) من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١ لسنة ٢٠٠٨).

(٤) انظر: نص البند (أ) من الفقرة (أولاً) من المادة (١٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

رابعاً: حالة عدم مطابقة العطاء للمواصفات الفنية المطروحة:

أوجبت المادة (١٦) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على ضرورة استبعاد العطاء غير المطابق لشروط ومواصفات كراسة العطاء، والتي من ضمنها الشروط الفنية لموضوع التعاقد. وطبقاً لنص المادة (١٣) من القانون المشار إليه، يجوز للجنة البت أن تشكل لجنة فرعية من بين أعضائها، أو ممن ترى الاستعانة به من أهل الخبرة؛ لدراسة النواحي الفنية في العطاءات المقدمة، ومدى مطابقتها للمواصفات المعلنة، وعلى اللجنة أن تبين في تقريرها أوجه عدم المطابقة للمواصفات الفنية في العطاءات المقدمة^(١).

أما في القانون العراقي: ورد ضمن المعايير الأساسية في تقييم العطاء من حيث المواصفات الفنية والجودة والكفاءة؛ حيث أشارت التعليمات^(٢) لتنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨ السابق ذكرها إلى ضرورة استبعاد العطاءات غير المستوفية للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة. وتقوم لجنة دراسة وتحليل العطاءات بمهمة الاستبعاد للعطاءات غير المطابقة للشروط الفنية المعلن عنها، بعد إجراء التقييم للعطاءات من الجوانب الفنية والمالية والقانونية، ولجنة الاستعانة بجهات متخصصة ذات خبرة بطبيعة المناقصة.

(١) أي اللجنة الفرعية الفنية، ويعتبر مجرد توصية تعرض على لجنة البت التي لها أن تقرر عدم الأخذ بهذه التوصيات بقرار مسبب تصدره لجنة البت. راجع في ذلك: المستشار الدكتور أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٢) انظر: نص البند (أ) من الفقرة (عاشراً) من المادة السابعة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية .