

الفصل الثاني

التنظيم الإجرائي للمناقصات الحكومية

تمهيد وتقسيم:

في نطاق القانون الخاص، نجد أن أطراف العقد غير مقيدين بطريقة معينة في اختيار المتعاقد، إلا إذا وجد نص صريح بذلك. ولكن في نطاق القانون العام، نجد أن المشرع المصري والعراقي قد ألزما جهة الإدارة بأثباع الطريق المنصوص عليها في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨؛ حيث تقوم المناقصة أساساً على مبدأ حرية المنافسة - كما سبق أن أوضحنا -. وإذا كان هذا المبدأ واجب الاحترام في بدايات إجراءات المناقصة، فإنه لازم أيضاً في نهايتها؛ فترسيه المناقصة تمثل آخر حلقة من الحلقات الممتدة لعملية المناقصة، وهي عملية في غاية الأهمية والدقة؛ مما يتطلب بطبيعة الحال أن تحاط بضوابط قانونية معينة تكفل تمتعها بصورة تفضيل عطاء على آخر أو استبعاد عطاء لصالح عطاء آخر.

وتتعلق ضمانات الإسناد في المناقصة، من ناحية أولى، بتشكيل اللجان التي تقوم بترسية المناقصة، وضرورة أن تكفل هذا التشكيل حيدة هذه اللجان ونزاهتها. ومن ناحية ثانية، تتصل الضمانات بطريقة عمل هذه اللجان؛ حيث توجد الإجراءات التي يجب على الإدارة أثباعها في المناقصة الحكومية للوصول إلى المتعاقد الأفضل. وأولى تلك المراحل هي مرحلة الإعلان عن المناقصة، التي بينها في (الفصل الأول)، ومرحلة استلام العطاءات عن طريق لجنة فتح المظاريف، وبعد ذلك مرحلة تحليل وتقييم تلك العطاءات عن طريق لجنة تحليل العطاءات؛ للوصول إلى العطاء الأفضل من الناحية الفنية والمالية، وأخيراً تقديم اللجنة الأخيرة بالتوصية لأفضل العطاءات من أجل الترسية.

لقد اتجهت معظم التشريعات إلى إناطة مهمة دراسة وتحليل وتقرير وفرز العروض إلى جهات مختصة، بغض النظر عن مسمياتها وعناوينها؛ فهي التي تتولى دراسة وتقييم وتحليل العطاءات من كافة الوجوه المالية والفنية، وتوضيح أسس المفاضلة التي استندت إليها باختيار العرض الأصح لقبول. وتقدم تلك اللجان، حال انتهاء أعمالها، على إحالة الدراسة والتحليل والمقترحات والتوصيات التي توصلت إليها وخرجت بها إلى جهة أخرى مختصة، وهي الجهة المختصة بقبول العرض والإحالة (الترسية) على المناقصة، وتتولى هذه اللجنة، التي قد تسمى لجنة البت أو القبول أو

الإحالة... إلخ، اتخاذ الإجراءات اللازمة لרسي المناقصة وإحالتها على المناقص الفائز صاحب العطاء الأفضل.

ولكي تتمكن اللجنة المذكورة من أداء عملها على النحو المطلوب والتوصل إلى ذلك، فإن عليها القيام بالعديد من الإجراءات، واجتياز مراحل عديدة، والاهتداء بمعايير معينة، والتقييد بالعديد من الشروط والضوابط. ولأهمية هذه الأعمال المناطة بها، لا بد لنا من الإحاطة بها، والتطرق إليها تباغاً. ولأهمية تلك المراحل، سوف نتناولها بشيءٍ من التفصيل في المباحث الآتية:

المبحث الأول: تشكيل لجان فتح المظاريف ومهامه.

المبحث الثاني: تشكيل لجان البت ونظام عملها.

المبحث الثالث: ضمانات الإسناد والتطور الذي طرأ على المبدأ التقليدي.

المبحث الأول

تشكيل لجان فتح المظاريف ومهامها

قبل أن تبدأ عملية فحص العطاءات ولمعرفة مدى مطابقتها للشروط الواردة في كراسة العطاء والمفاضلة بينها بهدف الوصول إلى العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، سوف نبدأ بدراسة اللجان التي تقوم بتلقي واستلام الطلبات، ألا وهي لجان فتح المظاريف.

وتنحصر مهمة اللجنة في فتح مظاريف العطاءات، والتأكد من مطابقتها للشروط المععلن عنها، واستبعاد العطاءات التي لا تستوفي الشروط لسببٍ أو لآخر: إما لطبيعة المناقصة، أو للشروط المتطلبة في المتقدمين إلى المناقصات العامة، والتي سنبحث فيها كيفية تشكيلها والمهام الموكلة لها في ظل القانونين المصري والعراقي في مطلبين، وكالآتي:

المطلب الأول: تشكيل لجان فتح المظاريف ومهامها في القانون المصري.

المطلب الثاني: تشكيل لجان فتح المظاريف ومهامها في القانون العراقي.

المطلب الأول

تشكيل لجان فتح المظاريف ومهامها في القانون المصري

سوف نتناول في هذا المطلب آلية تشكيل لجان فتح المظاريف، وإجراءات عملها في ظل القانون المصري، وذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الأول

تشكيل لجان فتح المظاريف

ذهبت المادة الثانية عشرة من قانون المزايدات والمناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إلى "يصدر تشكيل لجان فتح المظاريف، ولجان البت بقرار من السلطة المختصة، وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق طبيعة التعاقد. ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية، إذا تجاوزت القيمة مائتي ألف جنيه. وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا تجاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه"^(١). كما ذهبت نصوص اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادة (١٥):

"يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف، تتناسب وظيفته مع أهمية المناقصة، وعضوية ممثل عن الجهة الطالبة، وعضو قانوني، وعضو مالي، ومدير إدارة المشتريات أو مَنْ ينيبه، ويحضر اللجنة مدير إدارة الحسابات ليتسلم التأمينات، ويجوز أن ينص القرار على ضم عضو آخر أو أكثر إلى اللجنة".

ويجب بطبيعة الحال أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر في الأمر الصادر بتشكيلها، وإلا كان اجتماعها باطلاً، وقراراتها باطلة بالتبعية. كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفوري لما يرد إليه من عطاءات، إلى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح المظاريف وحتى الساعة الثانية عشرة ظهراً، موعد فتح المظاريف في جميع الجهات الإدارية^(٢).

(١) انظر: د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٢) انظر: المادة (١٩) من قانون المناقصات المصري.

الفرع الثاني

إجراءات عمل اللجنة

تنحصر مهمة اللجنة – كما هو واضح من تسميتها – في فتح مظاريف العطاءات، والتأكد من مطابقتها للشروط المععلن عنها، واستبعاد العطاءات التي لا تستوفي الشروط لسبب أو لآخر: إما لطبيعة المناقصة، أو للشروط المتطلبة في المتقدمين إلى المناقصات العامة.

أولاً: قد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات تنظيم إجراءات فتح المظاريف؛ حيث يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف ندب موظف ليتسلم العطاءات التي وردت إلى قسم الوارد، وإلى القسم المختص، ووضعها بداخل صندوق العطاءات الموجود بكل جهة إدارية، والذي يعد بطريقة لا تسمح بإخراج أي شيء من محتوياته، ويكون له قفلان، يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو مَنْ ينيبه، والثاني لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص.

ثانياً: يجب على رئيس اللجنة أن يوجه الدعوة إلى جميع الأعضاء قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بوقت كافٍ. وإذا تخلف أحد أعضاء اللجنة عن حضور الاجتماع^(١)، فإن هذا الاجتماع يكون باطلاً، ومما عساه قد يصدر عنه يكون باطلاً كذلك. ومع ذلك، فلنا ألا نشاطر الدكتور محمد سليمان الطماوي الرأي فيما ذهب إليه؛ لأن الأصل في اجتماعات المجالس واللجان محكوم بالضوابط الآتية:

١. لصحة الاجتماع، يجب أن توجه الدعوة لجميع الأعضاء، وإذا تبين أن الدعوة لم توجه لعضو أو أكثر كان الاجتماع باطلاً، وما يكون قد صدر عن هذا الاجتماع يعد باطلاً كذلك.

٢. وإذا وجهت الدعوة لجميع الأعضاء، فينظر إلى النصاب القانوني المقرر لصحة الاجتماع، وإذا لم يكن هناك نصاب مقرر ينص، فالمبادئ العامة تقضي بوجود أن يكون النصاب هو ما يزيد على نصاب عدد الأعضاء، شريطة أن يكون من بينهم الرئيس. فإذا توافر النصاب كان الاجتماع صحيحاً، وما عساه قد يصدر عنه يعد صحيحاً كذلك، وأن قاعدة الاجتماع بحاجة إلى نص خاص.

(١) انظر: د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط٤، مرجع السابق، ص ٢٥٥.

٣. لنا أن نذهب إلى أن قاعدة الاجتماع تتعارض مع قاعدة أهم وأقوى، ألا وهي مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد؛ حيث لو سمح بتبني قاعدة الإجماع لترتب على ذلك تعطيل لأعمال الإدارة بالإرادة المنفردة لأحد أعضاء اللجنة.
٤. لو كان المشرع قد أراد تعليق سلامة وصحة انعقادها على ضرورة حضور جميع الأعضاء، لما أعوزه مثل ذلك الحال في وجوب اشتراك ممثل لوزارة المالية في عضوية اللجنة، إذا تجاوزت قيمة مائتين وخمسين ألف جنيه، وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا تجاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه.

ثالثاً:

- عندما تجتمع اللجنة يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات في الساعة الثانية عشرة ظهراً في اليوم المعين لفتح المظاريف الفنية كآخر موعد لتقديم العطاءات، وعليه أن يتخذ الإجراءات الآتية، وفقاً لذات الترتيب:
١. إثبات الحالة التي وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامة الأختام، وإثبات عدد المظاريف في محضر فتح المظاريف.
 ٢. فض العطاءات بالتتابع، وكل عطاء يفتح مظروفه يضع رئيس اللجنة عليه وعلى مظروفه رقماً مسلسلاً على هيئة كسر اعتيادي بسطة رقم العطاء.
 ٣. ترقيم الأوراق المكون منها العطاء، وإثبات عدد تلك الأوراق، وقراءة اسم مقدم العطاء، والأسعار وجملة العطاء على الحاضرين من مقدمي العطاءات أو مندوبيهم.
 ٤. إثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم، والتوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على العطاء ومظروفه وكل ورقة، على أن تثبت هذه البيانات في السجل المعد لذلك.
 ٥. التأشير بدائرة حمراء حول كل كشطٍ أو تصحيح، مع وضع خط أفقي قرين كل صنفٍ لم يوضع له سعر بالعطاء والتأشير عليه، ويجب إثبات كل كشطٍ أو تصحيح حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المظاريف، مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلاً.
 ٦. تفقيط الأرقام غير المفقطة بالحبر الأحمر.
 ٧. التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرات، والتوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد إثبات كافة الخطوات المتقدمة.

٨. تسليم التأمينات لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف، كما يوقع رئيس الحسابات في نفس اليوم أو في اليوم التالي على الأكثر؛ بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها، وبأنها قيدت بالحساب المختص.
٩. إرفاق العطاءات وجميع الأوراق الخاصة بها والمظاريف التي وردت فيها بمحضر اللجنة لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص؛ وذلك لحفظها مقفلة.
١٠. مراجعة العينات المقدمة من مقدمي العطاءات على الكشف الذي دونت به هذه العينات عند ورودها، بعد التأكد من سلامة أختامها وغلقاتها، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها، كما يوقعون على العينات التي ترد داخل مظاريف العطاءات بعد إثباتها في كشف خاص، وتسلم جميعها إلى مدير المشتريات أو نائبه أو رئيس القسم المختص حسب الحال؛ أسوةً بأوراق العطاءات.
١١. كما يجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله في الجلسة ذاتها، كما يجب على لجنة فتح المظاريف اتّباع الآتي:

أ- عدم قبول العطاءات المتأخرة عن الموعد المحدد لفتح المظاريف^(١):

- تقول اللائحة التنفيذية في المادة الثامنة عشر: "عدم فتح العطاءات المتأخرة، مع ردها إلى أصحابها فور تقرير لجنة البت باستبعادها"، فقضت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد:
- "إن العطاء المتأخر يستتبع الرفض متى جاء بعد الميعاد؛ إذ أن قبول العطاء المتأخر على خلاف شروط المناقصة فيه إهدار لركن من أركان العقد الإداري، ونعني به التقاء الإرادتين أو توافقهما، وطرح المناقصة الدعوة إلى التعاقد عليها، وهي دعوة مشروطة بشروط محددة ومؤقتة بزمان معلوم، فإذا جاء الطلب بعد فوات الميعاد تكون الدعوة إلى التعاقد قد استنفذت أغراضها، وتلاقت مع صاحب الحق فيها ممن تقدم في حدود اللوائح والقوانين".
 - "إن العلة في النص على اتّباع إجراءات شكلية معينة عند فتح المظاريف هي تمكين مقدمي العطاءات من حضور جلسة فتح المظاريف في الموعد المحدد لذلك، وحتى يطمئنوا إلى أن الإجراءات التي ألزم القانون الإدارة باتباعها، أو تلك التي التزمتها الإدارة، قد تمت طبقاً لنصوص المناقصة والشروط العامة، والتي قصد بها ضمان ورود المظاريف جميعها قبل الميعاد

(١) انظر: د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ٩١.

المحدد لفتحها؛ بما يحقق سرية المناقصة، ويكفل سلامة الإجراءات، ويغلق الباب في وجه كل مَنْ يحاول تقديم عطاء على أساس ما، يكون قد وصل إلى علمه من أسعار العطاءات المقدمة".

ب- فرز العينات وإجراءات الفحص الفني^(١):

"تتولى إدارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنفٍ وقيدتها بالسجل الخاص بالعينات، ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها. وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فوراً أو في خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف الفنية، ما يقتضي إرساله منها إلى الجهة الفنية المختصة؛ حتى يتسنى إجراء الفحص الفني المطلوب على وجه السرعة، وعند ورود التقارير الخاصة بها، تُدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة؛ ليعرض على لجنة البت".

ج- التحقق من مطابقة العينات المقدمة مع العطاءات للمواصفات ومدى ملائمتها^(٢):

تقول اللائحة التنفيذية للقانون في المادة العشرين:

"يجب التحقق من مطابقة العينات المقدمة مع العطاءات للمواصفات أو العينات النموذجية، ومدى ملائمتها للغرض المطلوبة من أجله، وذلك بالفحص النظري أو الفني، بالتحليل المعملّي، أو بالتجربة العملية بحسب الأحوال، وذلك بمعرفة الجهة الإدارية أو بأيٍّ من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات. وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع على العينات أرقاماً سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة)، ويرسل معها كشفاً تفصيلياً ببيان مفرداتها والغرض الذي من أجله يُراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة.

ويجب توضيح ما قد يُوضع عليها من أرقام سرية وأختام وتوقيعات؛ لتمييزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها، مع ذكر التاريخ المعين للبت في المناقصة؛ وذلك لكي تقوم الجهة الفاحصة بفحصها، وموافاة إدارة المشتريات بالنتيجة قبل التاريخ المذكور بوقتٍ كافٍ يسمح بدراسة العطاءات على ضوء نتيجة فحص العينات، ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت في المناقصة في الميعاد المحدد. وعلى جهة الفحص الفني أن تقوم بفحص العينات واختبارها بالتتابع، وأن تختتمها، وتضع عليها أرقاماً

(١) انظر: المحامي إبراهيم المنجي، العقود الإدارية والتنظيم القانوني لرابطة الالتزام الإداري أمام محاكم مجلس الدولة، شرح قانون المناقصات والمزايدات ١٩٩٨/٨٩ وتعديلاته في ظل أحدث أحكام اللائحة التنفيذية بالقرار رقم ٣٧٤ لسنة ٢٠٠٨، ط١، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٨٨.

(٢) انظر: د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ١١٤.

سرية أخرى؛ لتمييزها، وترسل عنها تقريراً وافياً بالنتيجة من حيث مطابقتها للمواصفات من عدمه، ويبين به نسبة الجودة المئوية لكل عينة تم تحليلها. وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ المعمل الفني التي تُرد تباعاً بملفات المناقصات بعد إثباتها في السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة البت، وكذلك التأشير أمام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه".

ت- تفرغ العروض الفنية على الاستمارة المعدة:

حيث يتم تدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمي العروض قبل انقضاء سريان العطاءات^(١)؛ فقد نصت اللائحة التنفيذية للقانون في المادة الحادية والعشرين على:

"يكلف مدير إدارة المشتريات موظفًا أو أكثر تحت إشرافه، بتفريغ العروض الفنية على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور، وعليه أن يعيد إيداعها في آخر كل يوم بالخزانة المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ، وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمي العروض. ويجب أن تتم هذه العملية في أقل وقتٍ ممكن؛ حتى يتسنى البت في المناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاءات، وتعمل مطابقة للعروض على كشوف التفريغ من اثنين من المراجعين، وتوقع بما يفيد هذه المطابقة، ثم تقدم إلى لجنة البت".

أ. لا يلتفت إلى أي عطاء أو تعديل فيه، يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف، ولو كان مرسلًا من مقدم العطاء في تاريخ سابق لفتح المظاريف، على أن يراعى فور وصوله إلى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده، ثم يدرج في كشف العطاءات المتأخرة. ومع ذلك، يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت النظر في التجاوز عن التأخير في الحالات التي ترد فيها العطاءات المرسله بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها، وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن إدارة صاحب العطاء أن يكون العرض المتأخر في صالح الخزانة، أما إذا ورد العطاء بعد انقضاء لجنة فتح المظاريف، فلا يجوز قبوله. وفي جميع الأحوال يعمل بأي خفض في الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد لفتح المظاريف.

ب. وهكذا نرى أن دور لجنة فتح المظاريف هو دور إعدادي، وبالتالي، فإن اختصاصها مقيد. ولكنها مع ذلك، تتمتع باختصاص نهائي في بعض الحالات؛ لأن من حقها أن تستبعد – كما ذكرنا – كل عطاء لا يكون مستوفياً للشروط المطلوبة، مثل تقديم العطاء في الميعاد، وعلى النماذج المعدة لذلك، وتقديم البيانات المطلوبة، وعدم الكشط أو المحو في جداول الفئات، وإيداع التأمين المؤقت،

(١) انظر: د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ١١٤.

وهذا من ناحية العطاء في ذاته. ولها أيضاً أن تتأكد من أن مقدم العطاء غير محروم من الاشتراك في المناقصة العامة للأسباب التي سبق ذكرها. وممارسة اللجنة لهذه الاختصاصات، إنما يتم بقرارات إدارية يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري، وللقضاء رقابة اللجنة في ممارستها للاختصاص السابق^(١).

المطلب الثاني

تشكيل لجان فتح المظاريف في القانون العراقي

سوف نبحث مهام لجنة فتح المظاريف وتشكيلاتها في ظل القانون العراقي، وذلك بفرعين كالآتي:

الفرع الأول

تشكيل لجان فتح المظاريف

لقد بيّن المشرع العراقي في المادة السادسة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ تشكيلات لجان فتح العطاءات ومهامها، ويكون كالآتي:

أولاً: تشكل، في مركز كل وزارة أو جهة غير مرتبطة بالوزارة، لجنة مركزية أو أكثر لفتح العطاءات من ذوي الخبرة والاختصاص، برئاسة موظف لا تقل وظيفته عن مدير أو رئيس مهندسين، وعضوية ممثل عن كل من الدوائر القانونية والمالية وتشكيلات العقود فيها، وموظف فني مختص، ومقرر لا يقل عنون وظيفته عن ملاحظ^(٢).

ثانياً: يجوز تشكيل لجان فتح العطاءات في التشكيلات التابعة لوزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة المالية، ويتم تشكيل كل لجنة من هذه اللجان وفقاً لما هو منصوص عليه في البند (أولاً) من هذه المادة.

ثالثاً: تشكل، في كل جهة تعاقدية في الإقليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم، لجنة مركزية، برئاسة جهة التعاقد أو مَنْ يخوله، وعضوية ممثلين عن الاختصاصات (القانونية والمالية

(١) انظر: د. سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٥٥.

(٢) انظر: المادة السادسة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لعام ٢٠٠٨.

والفنية والجهة المستفيدة)، وممثل عن مجلس المحافظة، ومقرر لا يقل عنوان وظيفته عن ملاحظ؛ للقيام بفتح العطاءات التي يعلن عنها في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم. **رابعاً:** يجوز تشكيل لجان فتح العطاءات في التشكيلات التابعة للإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم، ويتم تشكيل كل لجنة من هذه اللجان على وفق نفس الإجراءات المنصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

الفرع الثاني

إجراءات عمل اللجنة

تتمثل إجراءات عمل لجنة فتح المظاريف في ظل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨، وتتلخص في الآتي:

- أولاً:** على مقرر لجنة فتح العطاءات التأكد من اتّباع الإجراءات التالية عند ممارسة مهامه:
١. إيداع العطاءات في الصندوق المخصص لدى الجهة المعنية، وبموجب وصل ينظم نسختين، تسلم إحداها إلى مقدم العطاء أو مَنْ يخوله، ويحتفظ بالثانية لدى الجهة المعنية، مع تدوين المعلومات التالية في سجل خاص:
 - ت. اسم المناقصة، ورقمها كما وردت في وثائقها.
 - ث. اسم حامل العطاء (مسلم العطاء)، والمخول رسمياً، وعنوانه، وتوقيعه.
 - ج. تاريخ ووقت تسليم العطاء.
 - ح. المرفقات الإضافية المرسلة مع العطاء (إن وجدت).
 ٢. يجوز إرسال العطاء بالبريد المسجل والبريد السريع، ولا تقبل العطاءات المرسلة في البريد الإلكتروني، باستثناء أسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد)، على أن يتم تعزيره بنسخة أصلية بتوقيع حي، في موعد يوم وصوله إلى الجهة المعنية قبل رفع توصيات لجنة التحليل، وعلى مقرر اللجنة تسجيل هذه العطاءات في السجل حال تسليمها.
 ٣. لا يجوز إعطاء أية معلومات إلى أية جهة غير مختصة عن أسماء وعناوين المناقصين أو وكلائهم خلال فترة الإعلان؛ وذلك للمحافظة على سرية الإجراءات.
 ٤. عدم استلام أي عطاء بعد موعد غلق المناقصة.

ثانياً: على رئيس لجنة فتح العطاءات التأكد من:

١. وجود أعضاء اللجنة، وفي حالة عدم حضور بعضهم، يستكمل الغياب من الموظفين بنفس الاختصاص يحددهم رئيس التعاقد أو مَنْ يخوله.
٢. توفر كافة المستلزمات المطلوبة لعملية الفتح قبل موعد غلق المناقصة، والتي تتحمل جهة التعاقد مسؤولية توفيرها.
٣. على لجنة فتح العطاءات للمناقصات الخاصة بالمقاولات العامة بمختلف أنواعها وعقود التجهيز والخدمات غير الاستشارية، فتح العروض الفنية والتجارية في الوقت نفسه، باستثناء المناقصة بمرحلتين، والمناقصة العامة بطرق التأهيل الفني.
٤. التأكد من وجود الأختام الموضوعة على أغلفة العطاءات أو التشميع السري عليها لمقدمي العطاءات.

ثالثاً: تجتمع لجنة فتح العطاءات (المشكلة قبل تاريخ غلق المناقصة) حال انتهاء الوقت المحدد لغلق

المناقصة، أو في بداية الدوام الرسمي لليوم التالي، بموافقة رئيس جهة التعاقد أو مَنْ يخوله عند اقتضاء الحاجة؛ وذلك لمباشرة عملية الفتح العلني، وبحضور الراغبين من مقدمي العطاءات أو ممثليهم المخولين في المكان المحدد لذلك مسبقاً. ويتم إنجاز المهمة في مدة لا تتجاوز (٣/ثلاثة أيام)، ويتم اتخاذ ما يلزم بشأن غلق السجل الخاص بالمناقصة، وأن يثبت في محضر اللجنة ما يلي^(١):

١. العطاءات التي لن ترافق معها التأمينات الأولية المطلوبة في وثائق المناقصة.
٢. العطاءات المبنية على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع من أي العطاءات الأخرى المقدمة في المناقصة.
٣. العطاءات المعدلة للعطاءات السابقة - كلاً أو جزءاً - لمقدمي العطاءات، واستبعاد العطاءات السابقة لهم - كلاً أو جزءاً أيضاً - ذات العلاقة بالمناقصة نفسها، بشرط أن تكون مقدمة خلال مدة نفاذ الإعلان عن المناقصة، ويتم إعادة العطاءات المعدلة كلياً إلى أصحابها من مقدمي العطاءات.
٤. العطاءات البديلة للعطاءات الأصلية المطلوبة بشروط المناقصة من الناحيتين الفنية والمالية السابقة، إذا سمحت بها هذه الشروط، مع مراعاة عدم جواز تقديم أي عطاءات بديلة، إلا إذا كانت مرافقة للعطاءات الأصلية المطلوبة.

(١) انظر: المادة السادسة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لعام ٢٠٠٨.

٥. في حال طلب المناقصين المشاركين في المناقصة بشكل رسمي سحب عطاءاتهم من التنافس من خلال مدة الإعلان عن المناقصة وقبل موعد غلق الإعلان؛ إذ تقوم لجان الفتح بإعادة هذه العطاءات دون فتحها لأصحابها، وتثبت هذه الإجراءات في محضر اللجنة، كالآتي:
- أ. اسم مقدم العطاء أو وكيله الرسمي، وعنوانه الكامل داخل العراق أو خارجه، مع الوثائق المؤيدة لذلك.
- ب. عدد الأوراق المكون منها كل عطاء.
- ت. وضع علامة واضحة حول كل حك أو محور أو شطب أو إضافة أو تصحيح ورد في جدول الكميات المسعر مع توقيع الرئيس وأعضاء اللجنة.
- ث. وضع خط أفقي بجانب كل فقرة غير مسعرة بجدول الكميات المسعر، مع توقيع رئيس وأعضاء اللجنة إزاءها.
- ج. التأكد من توقيع مقدم العطاء، وعلى استمارة تقديم العطاء، وعلى كل صفحة من جدول الكميات المسعر، والملاحق المرفقة معه.
- ح. الإشارة في المحضر إلى الملاحظات والتحفظات المدونة في العطاء والملاحق الخاصة به.
- خ. تأشير النماذج والمجسمات والمخططات المقدمة مع العطاءات، وتثبيت أوصافها العامة وعلاماتها الفارقة.
- د. توقيع رئيس وأعضاء اللجنة على جميع أوراق وجدول كميات المسعر لمقدم العطاء وختمها بختم اللجنة.
- ذ. الإشارة بوضوح إلى أي بيانات أو معلومات لم تقدم مع العطاء، والتي يتطلب تقديمها بموجب التعليمات إلى مقدمي العطاءات، بما فيها وصل شراء ووثائق المناقصة.

رابعاً: بعد انتهاء عملية فتح العطاءات، يقوم رئيس اللجنة، بما يلي:

١. إعلان أسعار عطاءات المناقصين والمواصفات الفنية، والإشارة في المحضر إلى الملاحظات أو التحفظات المدونة في العطاء والملاحق الخاصة به، وتأشير النماذج والمجسمات والمخططات المقدمة مع العطاءات، وتثبيت أوصافها وعلاماتها الفارقة، والتأشير على جميع صفحات العطاءات بختم اللجنة، مع توقيع أعضائها على جميع صفحات جدول الكميات المسعر لمقدم العطاء.

٢. الإشارة بوضوح إلى أي بيانات أو معلومات لم تقدم في مستندات العطاءات، بما فيها

وصل الشراء لوثائق المناقصة. وبعد انتهاء عملية فتح العطاءات على الوجه المنصوص

عليه في هذه التعليمات، يقوم رئيس اللجنة بما يأتي:

أ. إعلان أسعار عطاءات المناقصين، والمواصفات الفنية، ومدد التنفيذ في لوحة

الإعلانات كما وردت في عطاءاتهم، مع التأكيد على أن الأسعار والمواصفات

المعلنة خاضعة للتدقيق والتحليل.

ب. يتم إعداد محضر اللجنة، وتوقيعه من رئيس وأعضاء اللجنة ومقدمي العطاءات أو

ممثلهم الحاضرين، مع بيان أية ملاحظات عن عمل اللجنة.

ت. يوقع مقدمو العطاءات أو مخولوهم الحاضرون عند إجراء عملية الفتح على الكشف

المعلن.

ث. وأخيراً، تتم إحالة محضر لجنة فتح العطاءات ومرافقاتها إلى لجنة تحليل وتقييم

العطاءات، مع إعلام رئيس جهة التعاقد بذلك.

نلاحظ من خلال النصوص السابقة، أن التعليمات أجازت لرئيس لجنة فتح العطاءات إكمال

النصاب من الموظفين بنفس الاختصاص، يحددهم رئيس الجهة المتعاقدة أو مَنْ يَخولُه. ولا يخلق هذا

النص حالة توازن بين اختيار الأعضاء وبين اختصاص ومسئولية لجنة فتح العطاء. وقد أعطى النص

مجالاً واسعاً للفساد، وتفلت أعمال اللجنة من الرقابة والسيطرة؛ لذلك كان ينبغي أن يكون اختيار لجنة

فتح العطاءات وفقاً لمستويات عليا من المعايير الوظيفية والأخلاقية؛ باعتبارهم مسئولين عن بدء

إجراءات الإدارة في المناقصة؛ لأن الموظف الذي حل محل موظف سابق قد يتبنى معايير ضعف

الكفاءة، تلحق ضرراً بالمناقصة وبجهة الإدارة (أي لا يكون بمستوى الموظف الكفاء، فيلحق ضرراً

بالمناقصة والإدارة).

وهناك رأي يشير^(١) إلى أن الأصل العام؛ حيث الإدارة تمتلك السلطة في تحديد المسؤوليات

والصلاحيات وتشكيل اللجان وتغييرها. ولكن في العراق، نلاحظ أن التعليمات تنص على تشكيل لجان

فتح العطاءات ومهامها^(٢). وقد جاء التشريع العراقي^(٣) بنص ركيك وضعيف يدل على أن المشرع لم

(١) انظر: ريد سميث، مكافحة الفساد في المناقصات العامة، منتدى الحرية الاقتصادية، مركز المشروعات الدولية، ٢٠٠٧، ص ٤.

(٢) انظر: د. ياسين كريم محمد، تعليمات المناقصة وجنواها في الوضع العراقي ومقارنتهما مع باقي الأنظمة، مرجع سابق، ص ١٠.

(٣) انظر: نص المادة (٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

يعكس أهمية تشكيل واجتماع ووجود اللجنة، وذلك بقوله: "على رئيس لجنة فتح العطاءات التأكد من وجود أعضاء اللجنة، وفي حالة عدم حضوره، يستكمل الغياب من الموظفين...". لذلك، فإن أهمية اللجنة ومسئوليتها لا تتفق مع هذا النص، وهنا يمكن أن يثور سؤال: هل موظف اللجنة له الحرية في الحضور إلى اجتماع اللجنة أم هو ملزم بالحضور؟ للإجابة عن هذا التساؤل، نجد صيغة النص بعبارة "التأكد من وجود أعضاء اللجنة..." غير موفقة ذلك؛ لأن النص يجب أن يكون بصيغة الإلزام، وأن عضو اللجنة موظف، وعليه الالتزام بواجبات وظيفته. وكذلك يجب أن يتم تشكيل اللجنة بتحديد أعضائها، ولا يجوز إبدالهم إلا لسبب قانوني. وتعليقاً على ذلك، يمكننا القول بأن الموظف ملزم بالحضور فيها؛ حيث تعد جزءاً من مهام وظيفته. ومما تقدم، فإننا نؤيد مَنْ يقترح أن يؤول تعديل النص بالصيغة التالية (على رئيس لجنة فتح العطاءات وتحليلها تحديد موعد الاجتماع، وإلزام أعضاء اللجنة بالاجتماع؛ ليتم اكتمال النصاب القانوني)^(١).

كما فعلت أغلب التشريعات برسم آلية حضور أعضاء اللجنة، ومدى قانونية اجتماعات اللجنة، وأحكام تشكيل لجان المناقصة، وتشكيل مجلس خاص بالمناقصات؛ وذلك لأهمية إجراءات المناقصة ودورها في الإنفاق الحكومي، وأثرها على اختيار المنافس وفقاً للشروط التي وضعتها الإدارة مسبقاً؛ لأن الإدارة حرة في أن تختار الأفراد الذين تسمح لهم بالاشتراك في المناقصة، إلا أن حرمتها بترتيب العطاءات مقيدة وفقاً لما وضعته من شروط^(٢).

ومن خلال مراجعة الآراء الفقهية السابقة، نجد أنه من المستحسن أن يأخذ المشرع العراقي بما أخذت به أغلب التشريعات الأخرى.

المبحث الثاني

تشكيل لجان البت ونظام عملها

وبعد استلام العطاءات من قبل لجنة فتح المظاريف التي أخذتها بدورها من مقدمي العطاءات، يتم إحالتها إلى لجنة البت؛ لغرض دراسة وتقييم العطاءات للوصول إلى العطاء الأفضل، وتقديم توصية بذلك إلى رئيس جهة التعاقد للموافقة على الترسية، وإخطار صاحب العطاء والتعاقد معه.

(١) انظر: البند (٧) من الفقرة (٥) من (٦/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٢) انظر: د. ياسين كريم محمد، مرجع سابق، ص ١١.

ولأهمية دور هذه اللجنة، فسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ لبيان تشكيل لجنة البت ومهامها، كالآتي:

المطلب الأول: تشكيل لجان البت ونظام عملها في القانون المصري.

المطلب الثاني: تشكيل لجان البت ونظام عملها في القانون العراقي.

المطلب الثالث: التوصيات السلبية للجنة البت.

المطلب الأول

تشكيل لجان البت ونظام عملها في القانون المصري^(١)

تشكل لجنة البت بقرار من السلطة المختصة من موظف مسؤول وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد. ويجب أن يشترك في عضوية لجنة البت ممثل لوزارة المالية، إذا تجاوزت القيمة مائتي وخمسين ألف جنيهًا، وكذا من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا تجاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه^(٢).

تتلقى لجنة البت العروض مشفوعة بالدراسة والتحليل، مع المقترحات والتوصيات التي أجرتها وتوصلت إليها لجنة التحليل والتقييم^(٣). وتتولي بدورها النظر فيها، وبيان ما يقتضي بصددتها؛ فلا تكون أعمال اللجنة السابقة ملزمة لها على نحو مطلق. وللجنة في سبيل ذلك أن تقارن الأسعار المقدمة من المناقصين أصحاب العطاءات الأفضل، والأسعار السائدة في السوق، سواء المحلية أو الأسواق الخارجية، عند التقديم وعند الإحالة، فإذا لاحظت أن أسعار بعض فقرات موضوع المناقصة غير متناسبة، فلها تعديلها مع المناقص صاحب العطاء المرشح^(٤).

(١) انظر: د. محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، دراسة تحليلية، منشأة المعارف بالاسكندرية، كلية الحداثة الجامعة، الموصل، ٢٠٠٧، ص ١٢٠.

(٢) انظر: د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ١١٥.

(٣) انظر: المادة ١١ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨؛ حيث قد تكون ذات اللجنة، وهنا يكون لها وظيفة مزدوجة، تارة للتحليل، وتارة أخرى بالإحالة.

(٤) انظر: إفتاء الجمعية العمومية الصادر بجلسة ٢٠٠٣/٦/٤، ملف رقم ١٤/٢/١٠٠. وفي ذات المعنى، إفتاء إدارة الفتوى لوزارة الزراعة، ملف ١٤٤٢/١/٢٥، بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٢، مشار إليهما عند: المستشار الدكتور محمد أبو العينين، مرجع سابق، ص ٢٨٨. وراجع في الفقه: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، مرجع سابق، ص ١٢٨. ود. عبدالله حنفي، مرجع سابق، ص ٢١٩. والمستشار رفيق محمد سلامة، الموسوعة العلمية لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٨٨.

وقد تقرر اللجنة الدخول بمفاوضة مختصرة مع بعض أصحاب العطاءات المميزة المرشحة بقبول ممن اقترنت عطاءاتهم بتحفظات تتضمن إمكانية تعديلها، مثلاً، بعض فقرات المناقصة أو شروطها أو أسعارها في المستقبل وأثناء التنفيذ؛ للتنازل عن تلك التحفظات وسحبها، حتى يتخلص عطاؤه من هذه العوائق ليغدو مؤهلاً للفوز. كما لها إجراء المفاوضة مع المناقص صاحب العطاء الأقل ضمن تسلسل مبالغ العطاءات الأخرى، وكان ذلك السعر أعلى من سعر السوق، وذلك بقصد إقناعه بتخفيضه؛ ليتناسب مع الأسعار السائدة ومصلحة المؤسسة. وينتقد بعض الفقهاء - بحق - إقدام اللجنة على مثل هذه الإجراءات؛ لتعارضها مع المبادئ العامة للمناقصة، وفي مقدمتها المنافسة والمساواة^(١). فقد يستشف من هذه الإجراءات النزعة التسلطية للمؤسسة تجاه الضعيف، وتظهر مظاهر استغلال أحد المتعاقدين للآخر، لاسيما الضعيف. فما دام اعتبر عرض المناقص مؤهلاً للترشيح والقبول ضمن المنافسة، فإنه يكون من المنصف حقاً عدم الضغط عليه بأكثر من ذلك ومحاولة ابتزازه - إن جاز التعبير -، وتقرير إحالة المناقصة عليه أو عدم إحالتها وفق الأسعار والمواصفات المثبتة في عرضه. وهذا ما يترجم احترام إرادة المتعاقدين، ويستقيم مع المبادئ العامة للتعاقد والمناقصة على وجه الخصوص^(٢).

كما لها استكمال الدراسة والتحليل التي أجرتها اللجنة السابقة، فلها أن تحيل العروض المرشحة إلى لجنة فرعية، تضم عناصر متخصصة لدراسة شروط الكفاية المالية والفنية والسمعة الحسنة للمناقص وللجنة في سبيل التوصل إلى قناعات سلمية استشارة بعض الخبراء المختصين^(٣). ولا تطبق دراسة فنية أو تقويم دقيق، وفي هذه الحالة، فإن للجنة أن تبحث إرساء المناقصة على العطاء الأقل سعراً.

كما تتولى لجنة البت دراسة العروض الفنية؛ للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة. وللجنة أن تشكل من بين أعضائها أو غيرها من أهل الخبرة لجاناً فنية؛ لدراسة العروض ورفع تقرير بنتائج الدراسة إلى لجنة البت.

وللجنة أن تستوفي من مقدمي العروض ما تراه من بيانات ومستندات، واستيضاح ما غمض من أمور فنية؛ بما يعينها في إجراء عملية التقييم الفني الدقيق للعروض، وذلك دون الإخلال بتكافؤ

(١) انظر: د. سليمان الطماوي، ط ٤، مرجع سابق، ص ١٢٢. كذلك المادة ٣٣ بحريني التي نصت للجهة المشتريّة الدخول في مفاوضات مع المناقص بشأن عرضه.

(٢) انظر: محمد سعيد الزحو، مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٣) انظر: المادة ١٣ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

الفرص والمساواة بين مقدمي العروض. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ٤٩٩ لسنة ٣٥ ق.ع جلسة ١٩٩٣/١١/٦ "لا تسأل لجنة البت عن عدم وضع مواصفات دقيقة"^(١)، وأساس ذلك: "إنه يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة، يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف المطلوبة طبقاً للمادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، لا تسأل لجنة البت عن استلام الأصناف؛ لأن ذلك مسئولية لجنة أخرى هي لجنة الاستلام".

وعلى اللجنة أن تبين بالتفصيل الكافي أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً. وسوف نعرض تشكيل اللجنة واختصاصها وواجباتها، كما يلي:

الفرع الأول

تشكيل اللجنة

تنص المادة (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ "يجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية، تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي الفنية في العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة، وكذا بالتحقق من شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات. وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان مَنْ ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة، وتقدم اللجان الفرعية تقارير ونتائج أبحاثها وتوصياتها إلى لجنة البت"^(٢).

وقد أوجبت هذه المادة تمثيل وزارة المالية إذا زادت القيمة التقديرية للمناقصات على خمسين ألف جنيهاً، كما أوجبت اشتراك عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة على ثلاثمائة ألف جنية. ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحاً إلا بحضور مندوب وزارة المالية، وعضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة في الحالتين السابقتين^(٣).

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ٤٩٩ لسنة ٣٥ ق.ع، جلسة ١٩٩٣/١١/٦.

(٢) انظر: د. مجدي متولي، التعليق على قانون المناقصات والمزايدات الجديد، دون ذكر مكان النشر، ٢٠٠٠، ص ١٦٦.

(٣) يلاحظ أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات (الملغي) لم يحدد من حق الهيئات العامة في عدم التقيد بالنظم الحكومية. ومن ثم، فإن لها أن تضع نظام عقودها دون التقيد بالنظم الحكومية، وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجاستها المعتمدة في ١٩٨٥/٣/٢٠ إلى صحة لائحة هيئة المجتمعات

وقد نصت المادة (٢٧) من اللائحة التنفيذية على أنه "يكون تشكيل لجان البت بقرار من سلطة الاعتماد المختصة، برئاسة رئيس الإدارة المركزية أو رئيس الصحة المختص أو مَنْ يَنوب عنه، وعضوية مدير إدارة المشتريات، ومندوب فني أو أكثر من داخل الجهة أو خارجها من ذوي الخبرة في الأصناف أو الأعمال المطلوب توريدها أو تنفيذها، وممثل للإدارة المالية والإدارة القانونية بالجهة الإدارية، على أن تتناسب وظائف الأعضاء وخبراتهم مع أهمية موضوع التعاقد".

على أن يمثل وزارة المالية في لجان البت^(١) المديرون الماليون بالمحافظات أو المراقبون الماليون بالوزارات أو مَنْ يندبه كل منهم. وبالنسبة لغيرها من الجهات، فيكون تمثيل وزارة المالية بمنْ تندبه لذلك، على أن يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء إدارة الفتوى المختصة، يندبه رئيسها في الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات. وهذا ما ذهبت إليها المحكمة الإدارية العليا في حكمها في الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٦٦ق، جلسة ١٩٩١/٧/٢٠.

الفرع الثاني

اختصاص لجنة البت

تجمع لجنة البت - بحسب تشكيلها - العناصر الفنية والمالية والقانونية؛ ليكون لها القدرة في تحديد أفضل العطاءات، بعد إجراء المقارنة والمفاضلة بين العطاءات، وسلطتها مقيدة بضرورة أتباع الإجراءات والقواعد المحددة؛ للوصول إلى تحديد صاحب أفضل عطاء. ومن ثم، فإنه لا يجوز لهذه اللجنة أن تعدل في شروط المناقصة، ويقتصر دورها على قبول العطاءات أو رفضها، ثم ترتيب المتقدمين للعطاء، وتحديد صاحب أفضل العطاءات.

وللإحاطة بجوانب الموضوع، لا بد أن نستعرض النقاط التالية:

أولاً: للجنة البت استبعاد العطاء المقدم على غير النموذج المختوم بختم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برقم وقسيمة الثمن، والاستثناء الوحيد هو إذا كان العطاء مقدماً من فرد أو شركة في

العمرانية الجديدة، والتي نصت على تشكيل لجنة البت بالهيئة، دون ضم ممثل لإدارة الفتوى من الناحية القانونية - غير منشورة. وراجع أيضاً فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى من الناحية القانونية - غير منشورة.

(١) انظر: المادة (١٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. وتجدر الإشارة إلى أن تحديد نصاب الاشتراك من قبل ممثل المالية أو إدارة الفتوى المختصة يكون بحسب القيمة التقديرية لموضوع المناقصة المطروحة، لا على أساس القيمة الحقيقية؛ لأنها لا تكون معروفة. انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٦٦ق، جلسة ١٩٩١/٧/٢٠، مشار إليها عند: د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

الخارج، فيمكن أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء، لكنه في جميع الأحوال يشترط قيام مقدم العطاء بسداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات.

ثانياً: للجنة أن تستبعد العطاء إذا كان مقدماً من أحد الأشخاص الممنوعين من التعامل، مثال ذلك أن المادة (٣٩) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قضت على أنه "يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، لكن هذا الحظر لا يسري على شراء أعمال فنية، كالرسم والتصوير وما يماثلها، أو شراء أعمال فنية منهم، إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية"^(١).

تتولي لجنة البت في العطاءات تحديد أفضل عطاء بعد إجراء المفاضلة والمقارنة بين العطاءات المستوفية للشروط الصحيحة^(٢). وهي الجهة التي عهد إليها المشرع في المادة ١٢ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الملغي)، إلى جانب لجنة فتح المظاريف، سلطة البت في المناقصات، وتختص هذه اللجنة بإتمام الإجراءات المؤدية إلى تحديد الشخص الذي يرسو عليه العطاء، واختصاص اللجنة في هذا الشأن نهائي، ولا تملك السلطة المختصة سوى التعاقد مع هذا الشخص أو الاستغناء نهائياً عن إجراء المناقصة.

الفرع الثالث

واجبات اللجنة

تقضي المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية بأنه على لجنة البت أن تتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعطاءات ذاتها، وعليها أن تفحص العينات والفئات، وتقارن بعضها ببعض، ويجب عليها أن تبين بالتفصيل الكافي على كشف تفريغ العطاءات أوجه النقص والمخالفة للشروط أو المواصفات في العطاءات التي رأت عدم الأخذ بها، وعلى اللجنة تدوين مناقشاتها في محضر يثبت في سجل خاص، وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشراً عليها من رئيس اللجنة بما يفيد مطابقتها للأصل.

ولقد أوجبت المادة (٢٩) من اللائحة على لجنة البت الاسترشاد بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محلياً أو خارجياً، ويجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل، كما يجب

(١) انظر: د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٢) انظر: المستشار حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، ط ١، ١٩٥٨، ص ٩٦.

الاسترشاد أيضاً بأسعار السوق، ويقع على عاتق إدارة المشتريات مسؤولية الحصول على هذه الأسعار.

وعلى اللجنة إذا رأت إلغاء المناقصة، إعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلاً، وأن ترفق أوراق المناقصة الملغاة بأوراق المناقصة الجديدة.

ويجب حساب الأسعار على قاعدة واحدة هي قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الإدارية، خالصة من جميع المصروفات والرسوم، مع مراعاة أسعار النقد الأجنبي ومصاريف تحويل العملة وغيرها؛ حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين العطاءات.

ويتبين من هذا، أن لجنة البت في العطاءات تلتزم بالاسترشاد بالأسعار السابقة وبأسعار السوق، فإن هي أغفلت هذا الإجراء كانت قراراتها مخالفة لأحكام القانون. ويشترك في هذه المخالفة جميع أعضاء اللجنة بغير استثناء؛ لأن المشرع قد ألقى عبء هذا الإجراء على اللجنة، ولم يقصره دون البعض الآخر.

ومن الأسس التي تعتمد عليها لجنة البت للوصول إلى أقل العطاءات وأفضلها من جانب السعر، سوف نبين ذلك، ونوضح التكييف القانوني لقرارات لجنة البت، كما يلي:

أولاً- الترتيب بين أقل العطاءات وأفضلها:

من الأسس التي تقوم عليها المناقصة العامة هي أن تتولى لجنة البت الترتيب بين العطاءات المختلفة وتحديد أفضل هذه العطاءات، وكما ذكرنا فإن سلطتها في هذا الشأن مقيدة، وهي المرجع النهائي في تحديد نتيجة المناقصة ورسوم العطاء.

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا^(١): "من الأسس التي يقوم عليها تعاقد الإدارة مع الأفراد أو الهيئات عن طريق المناقصات العامة أو المحلية أن يخضع هذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية، التي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأرخص بتغليب مصلحة الخزانة على أي اعتبار آخر، وكذا بمصلحته الفنية التي تبدو في اختيار المناقص الأفضل من حيث الكفاية الفنية وحسن السمعة، وفي ترتيب أي من هاتين المصلحتين، تتمتع الإدارة بسلطة تحددها القواعد المقررة في هذا الشأن...، ويحكم المناقصات العامة مبدأ المنافسة والمساواة. بيد أن هذا الأخير يخضع

(١) الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٤ق، جلسة ١٩٥٩/٥/٩ الموسوعة الحديثة، الجزء ١٨، ص ٧٥٦.

لقيود، منها ما يتعلق بمصلحة المرفق، ومنها ما يتصل بحماية الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في الدول، ومن الأولى أهلية مقدم العطاء القانونية، وحسن سمعته وكفايته الفنية. وكذا كفايته المالية يقتضي التثبت منها أن يودع تأمين تنص عليه، وتعين مقداره كراسة الشروط، كضمان لجدية العطاء وصدق النية فيه، ولتنفيذ العقد ممن يرسو عليه وتعويض الإدارة في حالة إعادة المناقصة على حسابه إذا ما نكل عن إجابته، وهذا كله بخلاف التأمين النهائي".

وبعد أن تحدد لجنة البت صاحب العطاء الأفضل، فإنه يتعين على السلطة المختصة أن تتعاقد مع هذا الشخص، ولا تملك أن تستبدل غيره، ولو كان منصوص في الشروط على أن لها الحق في رفض أو قبول أي عطاء دون إبداء الأسباب^(١).

وأخيراً، فإنه إذا اختلف رأي لجنة البت أو رأي أغليبتها مع رأي رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطاء أصلح العطاءات لإرساء المناقصة على مقدمه أو إجراء أو عدم إجراء المفاوضات أو غير ذلك، فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيها نهائياً. أما إذا اختلف أعضاء اللجنة في الرأي، فيجب إثبات أوجه الخلاف في المحضر، ويكون الفصل في ذلك للسلطة التي لها حق اعتماد نتيجة المناقصة. وفي حالة الاختلاف في الرأي مع المندوب الفني، فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوباً آخر للانضمام إلى المندوب الأول للاسترشاد برأيه، فإذا اتفق رأيهما يُؤخذ به، وإن اختلفا، يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين.

ثانياً- التكييف القانوني لقرارات لجنة البت:

إنّ القرارات التي تصدرها لجنة البت، تعتبر من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة^(٢) عن العقد، والتي يجوز الطعن فيها، استقلالاً عن العقد. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا^(٣): "... ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد، أو تهيئ لمولده؛ ذلك أنه بصرف النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، له خصائص القرار الإداري ومقوماته؛ من حيث كونه

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨١٢ لسنة ١٣ق، جلسة ٦٩/٢/١، الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ١٤ق، ٧٣/١/٢٧.

(٢) انظر: د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٧٨١.

(٣) انظر: الطعان رقما ٤٥٦، ٣٢٠ لسنة ١٧ق، جلسة ١٩٧٥/٤/٥، الموسوعة الإدارية الحديثة- المرجع السابق، ص ٧٥١.

إفصاحاً عن إرادتها الملزمة، بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني؛ تحقيقاً لمصلحة عامة يبتغيها القانون. ومثل هذه القرارات، وأن كانت تسهم في تكوين العقد، وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد - مدينياً كان أو إدارياً - وتنفصل عنه. ومن ثم، يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً. وتختص لجنة البت، سواء في المناقصة أو المزايدة باتخاذ ما يلزم من الإجراءات؛ لتعيين أفضل المتناقصين أو المتزايدين، وفقاً لما رسمه القانون؛ وذلك حتى يتسنى للسلطة الإدارية المنوط بها إبرام العقد مباشرة اختصاصها في هذا الشأن. وليس من شك في أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة في طبيعته - على ما سلف البيان - قرار إداري نهائي؛ إذ يجتمع له مقومات القرار الإداري؛ من حيث كونه صادراً من جهة إدارية مختصة، بما لها من سلطة عامة بمقتضى القانون، واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني؛ تحقيقاً لمصلحة عامة. وليس أبلغ في الدلالة على صدق هذا النظر من أن جهة التعاقد، إنما تلتزم حال انصراف إرادتها إلى إبرام العقد بالتعاقد مع المناقص أو المزايد الذي عينته لجنة البت، وليس لها أن تستبدل به غيره".

المطلب الثاني

تشكيل لجان البت (التحليل) ونظام عملها في القانون العراقي^(١)

يعتبر تشكيل لجان البت في المناقصات العامة ضماناً جوهرياً لنزاهة إجراءاتها؛ وهذا ما دفع المشرع إلى النص على تشكيل لجان البت وتحديد اختصاصاتها وسير العمل فيها. ولجنة البت هي "لجنة إدارية تضطلع بعملية البت في العطاءات، وهي تقوم بعملية حسابية مالية، وتتخذ قرارات إدارية"^(٢).

وتتولى لجنة البت في العطاءات تحديد أفضل عطاء بعد إجراء المفاضلة والمقارنة بين العطاءات المستوفية لشروط الطرح، ومن ثمّ الترسية عليه. وعلى اللجنة أن تبين - بالتفصيل الكافي - أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً. وسوف نعرض تشكيل اللجنة وواجباتها، كما يلي:

(١) علماً بأن "لجنة البت" هو مصطلح ورد ضمن القانون واللوائح المصرية، ويقابله مصطلح "لجنة التحليل" في التشريعات العراقية.

(٢) انظر: د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

الفرع الأول

تشكيل لجنة البت (التحليل)

يتم تشكيل لجنة تحليل وتقويم العطاءات وفقاً لنص المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨؛ حيث تشكل في كل جهة تعاقد لجنة أو أكثر من لجنة؛ لتحليل وتقويم العطاءات من الجوانب الفنية والمالية والقانونية، وتكون برئاسة موظف لا يقل عنوان وظيفته عن مدير أو رئيس مهندسين من ذوي الخبرة والاختصاص، وعضوية عدد من الفنيين المختصين، بما فيهم قانوني ومالي، ومقرر للجنة، وتمارس مهامها خلال الفترة المحددة في أمر التشكيل. وللجنة الاستعانة بجهات متخصصة ذات خبرة بطبيعة المناقصة، وتخضع توصيات هذه اللجان إلى مصادقة رئيس جهة التعاقد أو مَنْ يخوله حسب الصلاحيات المالية المعتمدة لأغراض التعاقد.

الفرع الثاني

واجبات لجنة البت (التحليل)

وعلى لجنة تحليل العطاءات للوصول إلى أفضل العطاءات أتباع الإجراءات الآتية:

١. استبعاد العطاءات التي لم ترافق بها التأمينات الأولية المطلوبة بموجب مستندات المناقصة.
٢. استبعاد العطاءات المبنية على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع من أي من العطاءات الأخرى المقدمة في المناقصة، وعدم قبول أي تحفظٍ وأي تخفيض للسعر يقدم بعد موعد غلق المناقصة.
٣. يجب إن تتم عملية تحليل العطاءات سريعاً، ويقدم التقرير النهائي إلى الجهة المخولة بالإحالة خلال الفترة الزمنية المحددة من رئيس جهة التعاقد، مع ضرورة مراعاة مدة نفاذ عطاءات مقدميها عند ذلك.
٤. لا يجوز إرسال العطاءات إلى خارج العراق لتحليلها، وإنما يتعين على الاستشاريين خارج العراق إرسال ممثليهم إلى العراق لإجراء التحليل المطلوب، إلا إذا اقتضت طبيعة العمل ذلك وحصول موافقة الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بالوزارة أو رئيس الجهات التعاقدية في الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم أو لجنة العقود المركزية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء، وحسب الصلاحيات المعتمدة بهذا الخصوص، ويجب أن يُحتفظ بالنسخة الأصلية لدى جهة التعاقد.

٥. في حالة تضمين العطاء الأصلي تخفيضات بنسب معينة أو بمبلغ مقطوع لنفس العطاء، يتم اعتمادها عند التحليل والتقييم.
٦. يتم استبعاد المبالغ الاحتياطية المثبتة في جدول الكميات المسعر المقدم من مقدم العطاء وغير المطلوبة في مستندات العطاءات عند التحليل والمقارنة.
٧. احتساب أسعار جميع العطاءات على أسس موحدة، على أن ينص عليه في التعليمات لمقدمي العطاءات ضمن مستندات المناقصة.
٨. يعول على السعر المدون كتابة في حالة اختلافه مع السعر المدون بالأرقام، كما يعول على سعر الوحدة في حالة عدم صحة مبلغ الفقرة.
٩. إذا وردت فقرة أو فقرات لم يدون سعر إزاءها في العطاء المقدم؛ ففي هذه الحالة تعد كلفة تلك الفقرة أو الفقرات وبحدود الكميات المدونة إزاءها مشمولة بالسعر الإجمالي للعطاء.
١٠. تعتمد الضوابط والإجراءات التالية لغرض التوصل إلى العطاء الأفضل:
- أ. استبعاد العطاء غير المستوفي للمواصفات الفنية المطلوبة، حتى لو كان أوطأ العطاءات.
- ب. استبعاد المقاول غير الكفاء من خلال تجربة الدولة معه في المقاولات السابقة التي نفذها، وينصرف هذا المبدأ على المجهزين والاستشاريين.
- ت. الكفاءة المالية من خلال تقديم الحسابات الختامية المصادق عليها من محاسب قانوني لآخر سنة إذا تطلبتها وثائق العطاء.
- ث. حجم الالتزامات المالية للمقاول أو المجهز أو الاستشاري خلال السنة.
- ج. القدرة على الالتزام بمواعيد الإنجاز والتسليم.
- ح. سجل مُرض عن الإنجازات للأعمال السابقة.
- خ. توفر المهارات والقدرات الفنية لتنفيذ العقد (ملاكات هندسية وفنية ومعدات تخصصية).
- د. تأييد بالأعمال المنجزة أو المماثلة صادرة عن الجهات التعاقدية الحكومية.
١١. يتم إعطاء واحتساب نسب الترجيح للعروض المالية والفنية، وفقاً لما له مبین في التعليمات لمقدمي العطاءات لأغراض المفاضلة والترشيح الفني والمالي واختيار العطاءات التي تحصل على أعلى الدرجات في التقييم الفني والمالي عند الترشيح للترسية.
١٢. إذا حصل خلاف في الرأي بين أعضاء لجنة تحليل العطاءات، فيجب تثبيت أوجه الخلاف في التقرير النهائي، ويحسم الموضوع من رئيس جهة التعاقد.

١٣. بعد الانتهاء من عملية التحليل، ينظم جدول مفصل بالعطاءات كافة، تبين فيه جميع التفاصيل المتعلقة بها والنواقص (إن وجدت)، مع إجراء مقارنة وتقويم من النواحي الفنية والقانونية والمالية.

١٤. يجب أن يتضمن المحضر النهائي حقلًا خاصًا، يبين توصية لجنة التحليل والتقويم، يذكر فيه اسم مقدم العطاء المرشح للإحالة وجنسيته بموجب الجدول المرافق به ومبلغ العطاء وعملته ومدة التنفيذ أو التجهيز بالأيام والأسس التي استندت إليها اللجنة في هذه التوصية. وكون مبلغ العطاء ضمن الحدود المقبولة للكلفة التخمينية، يختم المحضر بتاريخه بعد التوقيع عليه من رئيس وأعضاء اللجنة.

١٥. يمنع إجراء التفاوض على الأسعار مع المرشحين، باستثناء أسلوب العطاء الواحد.

١٦. للجان التحليل استكمال البيانات الفنية المطلوبة من مقدمي العطاءات المرشحين وتصحيح الأخطاء - إن وجدت -، مع مراعاة عدم جواز إضافة أو استكمال أي بيانات تؤثر على الأسعار المقدمة من مقدمي العطاءات.

١٧. يجوز لجهات التعاقد إطلاق التأمينات الأولية بناءً على طلب من مقدمي العطاءات الذين لا يحتمل أن ترسو المناقصة عليهم قبل انتهاء نفاذ العطاءات، وبعد رفع التوصيات من اللجنة على أن يتم استحصال موافقة رئيس جهة التعاقد، ويتم الاحتفاظ في كل الأحوال بتأمينات المناقصين الثلاث الأوائل المرشحين للإحالة.

١٨. التأكد من صحة صدور البيانات الجوهرية المطلوبة في مستندات المناقصة من الجهات المعنية قبل الإحالة، بما فيها خطابات الضمان الخاصة بالتأمينات الأولية.

١٩. تقوم لجان تحليل العطاءات برفع التوصيات الخاصة بالترسية والإحالة إلى رئيس جهة التعاقد للبت فيها حسب الصلاحية المخولة له لأغراض التعاقد، وعليها أن تراعي الآتي:

أ. تراعي الصلاحيات المالية الخاصة بالتعاقدات، وفي حالة تجاوز موضوع البت في التعاقد صلاحية رئيس جهة التعاقد، فعليه مفاتحة لجنة العقود المركزية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء لاستحصال الموافقات الأصولية لأغراض الإحالة، وخلال مدة لا تتجاوز (١٤) أربعة عشر يوماً من تاريخ إحالة الموضوع عليها. وتعد الموافقة حاصلة ضمناً عند عدم البت فيها بعد مضي هذه المدة.

ب. تعد قرارات الإحالة نافذة من تاريخ تبليغ من ترسو عليه المناقصة بتوقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) أربعة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالإحالة بعد مصادقة رئيس جهة التعاقد، مع إشعار بقية المناقصين بقرار الإحالة للمناقصة.

ت. في حالة امتناع المناقص الفائز عن توقيع العقد خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذا البند، فعلى جهة التعاقد توجيه إنذار له بضرورة توقيع العقد خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه. وفي حالة رفضه أو نكوته عن التوقيع، فلجهة التعاقد اتخاذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها في البند (أولاً) من المادة (١٦) من هذه التعليمات.

وقد اتفق القانون العراقي مع القانون المصري في البت في المناقصات من خلال لجنتين، وأفرد المشرع العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ لكل لجنة نصوص خاصة بها. من خلال ما سبق، يتبين لنا أن لجان تحليل العروض في العطاءات تتولى مهمة تطبيق ما رسمته الإدارة من إجراءات المناقصة، وأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية (رقم ١ لسنة ٢٠٠٨) نصت على: "تشكيل لجنة أو أكثر لتحليل العطاءات من الجوانب الفنية والمالية والقانونية..."^(١)؛ فالقاعدة العامة توجب أن تكون الإدارة حرة في اختيار وسيلة التعاقد غير طريق المناقصات، ما لم توجد نصوص تشريعية تقضي بخلاف ذلك؛ حيث رأينا أن مهمة لجنة التحليل هي ترشيح أفضل المتقدمين، وحسب القوانين والأنظمة واللوائح. وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات من حيث اختصاص اللجنة، مقيدة تسير فيه على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء؛ بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتقدمين. وهذا ما سار عليه التشريع العراقي؛ فمهمة اللجنة - هنا - تقتصر على استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات المطلوبة بالمناقصات، وليس من حقها الإحالة، إنما تقوم بالتوصية، والتوصية ليست الخطوة الأخيرة بالتعاقد، بل هي إجراء تمهيدي ضمن إجراءات المناقصة.

ونلاحظ أن الإدارة تقوم بتشكيل هذه اللجان (لجان فتح المظاريف ولجان تحليل العطاءات) دون الاعتماد على الكفاءة والخبرة؛ حيث إن مستوى الكفاءة والخبرة يختلف من شخص إلى آخر، ومن جهة إدارية إلى أخرى، لذلك قد يُوكل إلى بعض الموظفين هذه المهام؛ لكونهم يحملون مؤهلاً علمياً تعليمياً فقط، أو حديثي التخرج. وبالتالي، فإن خبرة بعضهم لا توازي خبرة المقاول الذي اكتسب مهارات في التفاوض أو التنفيذ، أو حتى في الاطلاع على القوانين والتعليمات التي تتعلق بالمناقصات. وتعد إجراءات الإدارة هذه إجراءات منقوصة، وليس عن دراسة أو خبرة؛ مما يلحق الضرر بالإدارة، هذا من جانب. ومن جانب آخر، قد يتعرض الموظف للمساءلة، إن لم يكن على مستوى العمل؛ لأن

(١) انظر: د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط٣، مرجع سابق، ص ٩٠.

تشكيل لجان فتح وتحليل العطاءات تعد من أولويات الإدارة في هذا المجال، وعليها أن تُولي عناية واهتمام ودقة في اختيار أعضائها بما يوازي حجم المسؤولية^(١).

ونستخلص مما سبق أن المشرع المصري كان أكثر دقة في تشكيل اللجان؛ وذلك حسب أهمية وقيمة كل مناقصة – من خلال النصوص التي تم ذكرها –، وحدد عمل لجنة فتح المظاريف مع لجنة البت (التي تقابل لجنة التحليل)، وأعطاه دوراً في البت في المناقصات التي تقل عن (خمس مائة ألف جنيه مصرياً). بينما التشريع العراقي لم يعط للجنة فتح المظاريف مثل هذه المهام، إنما اقتصر دورها على التأكد من إكمال النصاب العددي، وهذه المهمة من اختصاص رئيس اللجنة، وهو دور ضيق جداً ومحدود بإثبات حالة العطاءات المادية. أما بالنسبة للجنة تحليل العطاءات، فيتوقف دورها على إعداد المحضر النهائي وتوصية اللجنة بوجوب ترسية المقابلة على أحد المقاولين، ويعد هذا الإجراء النهائي للجنة. ومن اللافت للنظر أن التعليمات لم تخول التقرير، إنما التوصية؛ بمعنى أن التعليمات تركت سلطة التقرير إلى الجهات الإدارية المعنية بالمشروع.

ونستنتج أن المشرع المصري بتشكيله للجان البت^(٢) كان موفقاً بصياغته أكثر من النص العراقي؛ لأنه قدر أهمية المناقصات التي تزيد قيمتها على (خمس مائة ألف جنيه مصري)، بإدخال ممثل عن وزارة المالية، وما زاد عن هذا المبلغ بإدخال عضو من إدارة الفتوى؛ تقديرًا منه وحرصًا على صحة الإجراءات للوصول إلى أفضل النتائج، ولمنع حالة التلاعب والغش بأموال الدولة في المشاريع ذات المبالغ الضخمة. أما التشريع العراقي، فلم يضيف على تشكيل لجان التحليل عضواً من وزارة المالية، أو أية وزارة أخرى حسب قيمة المبلغ، وهذا يعد نقصاً تشريعياً. ونلاحظ أن المشرع العراقي استحدث لجنة جديدة تُسمى لجنة المشتريات^(٣) للمبالغ التي تقل عن خمسين مليون دينار عراقي. ورأينا أنه ليس ثمة ما يستوجب إضافة لجان جديدة، وإنما تكفي باللجان الموجودة، وذلك بإحالة هذه المبالغ إلى لجنة فتح المظاريف ولجنة تحليل العطاءات؛ للعمل في لجنة واحدة للمبالغ التي لا تزيد عن عشرة ملايين، كما فعل التشريع المصري.

(١) انظر: نص المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٢) انظر: ريم العزاوي، مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٣) انظر: نص الفقرة (٦) من المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

المطلب الثالث

التوصيات السلبية للجنة البت

أوضحنا في المطلبين الأول والثاني من هذا المبحث كيفية تشكيل ومهام لجنة البت في كلا القانونين المصري والعراقي، وآلية البت فيها "إيجابياً"، وإحالتها إلى المناقص الفائز. لكن قد يكون البت في المناقصة "سلبياً"، وذلك إما بإلغاء المناقصة، أو تجزئة المقادير بين مقدمي العطاءات أو المفاوضة مع المتناقصين. وإن كانت تلك القرارات السلبية هي ضمن حقوق المؤسسة، فإن ذلك لا يكون مطلقاً، إنما قد تحكمه بعض الضوابط ولها حالات عديدة، وتترتب عليها بعض الآثار، وهذا ما سنتناوله في الفروع الثلاث التالية تياً:

الفرع الأول

إلغاء المناقصة

قد ترى الإدارة أن إجراءات المناقصة لا تؤدي للوصول إلى الغاية منها، وأن إلغائها فيه منفعة للإدارة، وأن ترسية المناقصة فيه إضراراً للمصلحة العامة؛ لذلك أجاز المشرع للإدارة إلغاء المناقصة في حالات محددة، منها ما نص عليه القانون، ومنها ما لم ينص عليها صراحةً. وعليه، سوف نقسمها إلى ما يلي:

أولاً- سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة بناءً على نص:

نصت المادة (١٥) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه "تلغى المناقصة قبل البت فيها، إذا استغني عنها نهائياً، أو اقتضت المصلحة العامة ذلك"، كما يجوز إلغاؤها في أي من الحالات الآتية:

١. إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.
٢. إذا اقترنت العطاءات كلها أو بعضها بتحفظات.
٣. إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية.

كذلك نصت المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على: "تلغى المناقصة قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة، إذا استغني عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك".

نفهم من هذه النصوص أن المشرع المصري حدد الحالات التي يتم فيها إلغاء المناقصة وشروط الإلغاء، وهذه الحالات منها ما هو وجوبي، ومنها ما هو جوازي، كآتي:

أ- الإلغاء الوجوبي:

أوجب المشرع إلغاء المناقصة بعد النشر عنها والدعوة إليها وقبل البت فيها^(١)؛ إذ لا يحول إبرام العقد مع المتناقص الذي اختارته لجنة البت، إلا ما قد يدعو إلى حالات إلغاء المناقصة، وقد حددها المشرع على سبيل الحصر^(٢)؛ إذن، تُلغى المناقصة قبل البت فيها إذا توافرت إحدى هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: إذا رأت الإدارة الاستغناء عن المناقصة نهائياً، والاستغناء قد يكون عن المادة المطروحة في المناقصة العامة، أو يكون الاستغناء عن المناقصة العامة كوسيلة للحصول عليها؛ لأنه قد ترى السلطة المختصة وجود وسيلة أخرى أصلح للمصلحة العامة. والمقصود بالاستغناء - هنا - إذا تبين إلغاء الاعتماد المخصص أو لأي سبب آخر مشابه.

الحالة الثانية: أن تقتضي المصلحة العامة ذلك، وهو أمر تقدره الإدارة إذا تبين عدم الحاجة إلى المواد موضوع التوريد، أو إذا رأت جهة الإدارة أن وسيلة أخرى غير المناقصة أصلح من وجهة المصلحة العامة^(٣)؛ لذلك لا يجوز الاتفاق على حرمان الإدارة من سلطة إلغاء المناقصة، إذا أنها تستمد هذا الحق من القانون^(٤). وبما أن المصلحة العامة كلمة مرنة ومطاطة؛ لذلك يجب على الإدارة عند إصدار قرار الإلغاء، أن يكون القرار مبنياً على أسس سليمة وغير مشوبة بالتعسف أو الانحراف، وتخضع لرقابة القضاء الإداري^(٥).

ونلاحظ أن الاختصاص المقيد الذي خول للإدارة إبرام العقد، يقابله اختصاص تقديري للإدارة في إلغاء المناقصة؛ لأنه قد يبدو عند اعتماد المناقصة ظروف تتعلق بمصلحة المرفق الإدارية أو المالية أو أخرى تتصل بأوجه الملاءمة الخاصة بتنفيذ المشروع. فإذا جعلنا الاختصاص مقيداً، ما

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٣ من فبراير ١٩٦٠ في القضية رقم ٢١٣ سنة ٤٤ ق، المشار إليه عند: د. محمود حلمي، العقد الإداري، ط ٢، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٣٠٠. والمستشار حسين درويش عبد العال، النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٣) انظر: المستشار حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٤) انظر: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فتوى رقم ٤٤، جلسة ٣١ يناير ١٩٥٤.

(٥) انظر: د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

أمكن لجهة الإدارة أن تلغي المناقصة في مثل هذه الأحوال؛ لذلك خولت الإدارة اختصاصاً تقديرياً في إلغاء المناقصة؛ حتى يمكن تدارك مثل هذه الظروف، إن وُجدت^(١)، وشروط الإلغاء الوجودي للمناقصة هي:

- أن يكون ذلك قبل البت فيها، ويرى رأي من الفقه أن ذلك يكون قبل فتح المظاريف؛ لأن فتحها ما هو إلا البدء في عمل لجنة البت، فإذا بدأت اللجنة بفتح المظاريف، فلا يصح إلغاء المناقصة تطبيقاً لهاتين الحالتين^(٢).

- يجب أن يكون قرار الإلغاء مسبباً، وأن يكون صادرًا من السلطة المختصة. ويعتبر التسبب شرطاً شكلياً لصحة قرار الإلغاء، يترتب إغفاله أو صدوره لسبب مخالفة جواز الطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة على الوجه المبين في القانون^(٣).

ويرى جانب من الفقه^(٤) أن المشرع لم ينص على ضرورة تسبب قرار الإلغاء في هاتين الحالتين، إلا في اللائحة التنفيذية، وبذلك يرى أن اللائحة قد أضافت حكماً جديداً لم ينص عليه القانون.

إلا أن هناك مَنْ يرى^(٥) أن المشرع نص في الفقرة الأخيرة من المادة (١٥) أن يشتمل قرار الإلغاء على الأسباب التي بُني عليها؛ أي أن الإلغاء يكون بسببٍ وليس تعسفياً.

ب- الإلغاء الجوازي:

أجاز المشرع إلغاء المناقصة بعد البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على توصية لجنة البت، وذلك في الحالات الآتية:

١. إذا لم يتقدم سوى عطاء وحيد: أو لم يبقَ بعد العطاءات المستبعدة لمخالفاتها للشروط إلا عطاء واحد، حينئذٍ تفقد المناقصة جوهرها التي تقوم على المنافسة. ومن ثمَّ، فإنَّ الأصل أن تُلغى

(١) انظر: المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص ٨٣٤.

(٢) انظر: د. فؤاد العطار، وسائل التعاقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٣) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٢، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٤) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المرجع السابق نفسه.

(٥) انظر: د. حمدي حسن الحفاوي، مرجع سابق، ص ١٩١.

المناقصة لإعادة طرحها من جديد^(١)، إلا أنه يمكن قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط التالية، والتي نصت عليها المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية، وهي:

- أ- أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة تُرجى من إعادة طرحها، كأن يكون الصنف المطلوب محتكرًا لدى صاحب هذا العطاء.
- ب- أن يكون العطاء الوحيد مطابقًا للشروط من حيث السعر، وهناك مَنْ يرى أن المشرع قصد بأن يكون السعر مناسبًا من حيث القيمة التقديرية للمناقصة وغير مغالى فيه^(٢). لذا، أجاز المشرع إلغاء المناقصة بعد البت فيها، إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبقَ بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد، والعطاء الوحيد إما أن يكون كذلك؛ لأن مناقصًا واحدًا هو الذي تقدم، وإما أنه أصبح كذلك واحدًا؛ نظرًا لاستبعاد باقي العطاءات لمخالفتها للشروط أو تحفظاتها. ومن ثم، فإن الأصل أن تُلغى المناقصة لإعادة طرحها من جديد، واستثناءً أجاز المشرع قبول العطاء الوحيد بقرار من السلطة المختصة^(٣).

٢. إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات: أجاز المشرع إلغاء المناقصة بعد البت فيها. والمقصود بالتحفظات هنا اشتراطات خاصة، تختلف عن الشروط التي وضعتها الإدارة، وتعتبر تعديلًا من المناقصين لشروط العطاء^(٤)؛ لذلك نلاحظ أن المشرع أجاز إلغاء المناقصة بقرار مسبب في هذه الحالة، ويرجع ذلك بسبب مخالفة هذه التحفظات لشروط المناقصة، أو لصعوبة التقييم المالي لهذه التحفظات؛ مما ينتج عنه صعوبة تحديد صاحب العطاء الأقل^(٥).

٣. إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة التقديرية: بمعنى تتضمن تقييم النفقات الكلية للعمل تطبيقًا للكميات المنصوص عليها والأسعار الواردة بالجدول^(٦). فقد أجاز المشرع إلغاء المناقصة في هذه الحالة، وذلك حفاظًا على الأموال العامة؛ لأن المناقصة هنا لا تؤدي إلى الغرض المرجو منها بالحصول على أقل العطاءات سعرًا، وكان سعره قريبًا من القيمة التقديرية لسعر السوق

(١) انظر: فيصل المكراد، اسناد التعاقد عن طريق المناقصات العامة في القانون الكويتي، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٥٩.

(٢) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط ٢٠٠٥، المرجع السابق، ص ٣٠١.

(٣) انظر: فيصل المكراد، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٤) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٤، المرجع السابق، ص ٣٠١. والمستشار حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في التعاقد، المرجع السابق، ص ١٢٢. ود. سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٥) انظر: المستشار حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في التعاقد، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٦) انظر: فيصل المكراد، مرجع سابق، ص ١٦٠.

والتي حُددت من قبل^(١). ومن هنا، يجب على لجنة البت أن تسترشد بالأسعار الأخيرة السابق التعامل بها، والتقدير القيمي الواقعي وقتها، مع الاسترشاد أيضاً بأسعار السوق^(٢). وهناك رأي من الفقه^(٣) يرى أن هناك قصوراً في التشريع يتطلب المعالجة؛ لأنه لم يجرُ ويسمح البت بمفاوضة صاحب أقل العطاءات في هذه الحالة؛ للنزول بسعره إلى السعر التقديري.

أما موقف المشرع العراقي من الإلغاء:

كان التشريع العراقي السابق يأخذ بنفس اتجاه التشريع المصري الحالي، أما القانون الحالي الذي صدر بعد الاحتلال من خلال تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، والذي أعطى لجهة الإدارة السلطة بإلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات، ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط^(٤).

ويترتب على ذلك إعادة الإعلان عن المناقصة من جديد عند تحقق إحدى الحالات الآتية:

١. إذا لم تقدم العطاءات خلال فترة الإعلان عن المناقصة أو في حالة تقديم عطاء واحد خلال فترة الإعلان السابق، مع ملاحظة أنه في حالة تقديم أكثر من عطاء، وكان واحد منها مقبولاً فنياً وتجارياً، فيتم قبوله والسير بعملية تحليل العطاءات والإحالة.
٢. إذا تجاوز مبلغ أفضل عطاء لمقدمي العطاءات النسبة المحددة، وهي ١٥% من الكلفة التخمينية عند تحليل الكلفة التخمينية للمشروع أو العمل المزمع تنفيذه والمدرج في الموازنة^(٥). وأعطى القانون الصلاحية لرئيس جهة التعاقد أو مَنْ يخوله قبول العطاءات.

وتتبع الإجراءات الآتية عند إعادة الإعلان^(٦):

- أ- استحصال موافقة الوزير المختص أو رئيس الجهة المرتبطة بالوزارة أو مَنْ يخوله، مع إعلام وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بذلك، وتحديد مدة الإعلان بما يتناسب وأحكام التعليمات^(٧).

(١) انظر: د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(٢) انظر: فيصل المكرد، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٣) انظر: المستشار حسين درويش عبد العال، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ١٢٢. والمستشار عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٧٥، ص ٧٥.

(٤) انظر: المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ٨٤٠.

(٥) انظر: البند (ل) من الفقرة (السادسة) من (م/٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٦) انظر: نص الفقرة (خامساً) من (م/٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

(٧) انظر: وفي حالة انتهاء المدة المقررة لغلق المناقصة أو الدعوة المباشرة وعدم ورود العطاءات، يتم استحصال الموافقة الأصولية على تمديد الإعلان أو الدعوة لفترة أخرى مناسبة، مع توضيح أسباب طلب التمديد، وعدم

- ب- إبلاغ المناقصين المشاركين في المناقصة السابقة لذلك.
- ت- يتم اعتماد التسلسل السابق للمناقصة المعاد إعلانها، مع الإشارة إلى ذلك في الإعلان الجديد إذا كان في السنة ذاتها.
- ث- إبلاغ الجهات المعنية بموضوع إعادة الإعلان.
- ج- التحري عن أسباب عدم المشاركة في الإعلان الأول للمناقصة، واتخاذ الإجراءات اللازمة في شأنها.

وهنا يثار سؤال: هل من الممكن قبول العطاء الواحد عند إعادة الإعلان للمرة الثانية، وفي حالة قبوله هل هناك شروط معينة؟

للإجابة عن هذا التساؤل، لا بد من التعرف على شروط إعادة الإعلان للمرة الثانية؛ إذ أنه في هذه الحالة يعتمد العطاء الواحد، مع مراعاة ما يأتي^(١):

- أن يكون مبلغ العطاء ضمن الكلفة الواردة في الخطة.
- أن يكون مطابقاً للمواصفات الفنية والشروط المطلوبة في إعلان المناقصة.
- في حالة ورود أفضل عطاء في الإعلان الثاني أكثر من الكلفة الواردة في الخطة، عندئذ يتم مفاتحة وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي؛ لاتخاذ أحد الإجراءات الآتية: "دراسة تأجيل تنفيذ المشروع إلى السنة القادمة، والاستفادة من المبلغ المخصص لتنفيذ المشاريع الأخرى عند المناقلة، وزيادة الكلفة التخمينية لأغراض التعاقد ضمن الكلفة الكلية للمشروع في الخطة. وفي حالة عدم تقدم أي عطاء مقبول في الإعلان الثاني، فلرئيس جهة التعاقد، إما الإعلان للمرة الثالثة (الأخيرة)، أو اتخاذ ما يلزم لتغيير أسلوب تنفيذ العقد، مع مراعاة السياقات المعتمدة"^(٢).

اعتماد عطاء واحد لطبقة معينة عند دراسة وتحليل العطاءات، ويفضل تمديد المناقصة أو الدعوة لمدة مناسبة أخرى؛ حيث تعرض الحالة على المسئول الإداري الأعلى بكافة تفاصيلها، وفقاً للآتي:

١. فيما يخص المناقصة؛ حيث يتطلب أن ترفق الصحيفة التي نشر فيها الإعلان من وثائق الطلبية لتأكيد الإعلان وتوثيقه لأغراض تدقيقية.
٢. فيما يخص الدعوة التنافسية، يرفق معها استشهاد باستلام الدعوات من قبل المجهزين الذين استلموا الدعوات وصادقوا على الاستلام؛ لتأكيد عدد المدعويين من المجهزين أو إرفاق رسالة الاعتذار من قبل المجهزين، الذين تم دعوتهم، ولم يتمكنوا من تقديم العطاءات المطلوبة.

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

(٢) انظر: نص الفقرة (سابعاً) من (م/٥) من التعليمات الحالية لسنة ٢٠٠٨.

رأيًا أن موقف المشرع العراقي كان محمودًا وسديدًا؛ لأنه أعطى للإدارة عدة خيارات لإلغاء المناقصة وإعادة الإعلان؛ للحصول على عطاءات أخرى، وقبول العطاء الوحيد بشروط معينة، أما إذا زادت القيمة التخمينية للمشروع، فتطلب إعادة دراسة الكلفة التخمينية.

ثانيًا- سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة بغير نص:

بعد اطلاعنا على الحالات التي نص عليها القانون صراحة بحق الإدارة في إلغاء المناقصة، يثور سؤال حول حق الإدارة في إلغاء المناقصة في غير هذه الحالات، هل هو جائز أم غير جائز؟

هناك رأي في الفقه^(١) أن الحالات المنصوص عليها في المادة (٧) من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملغى)، قد وردت على سبيل المثال لا على الحصر، فإن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في إبرام العقد أو العدول عنه وفقًا لما يترأى لها من اعتبارات ومعطيات تتجاوز نطاق عمل لجنة البت، وتستمد حقها هذا من القواعد العامة للعقود الإدارية دونما حاجة إلى النص عليه، كما يقول الدكتور سليمان الطماوي: "إن المصلحة العامة تخول الإدارة... حق التحرر من العقد بعد إبرامه، فيكون لها من باب أولى عدم إبرامه كلياً إذا لم تكن قد تعاقدت بعد..."^(٢).

وهناك من يرى^(٣) وجود حالات يتم فيها إلغاء المناقصة لبطلان أصاب الإجراءات، مثل:

١. مخالفة بعض إجراءات وضوابط النشر للإعلان عن المناقصات العامة؛ حيث تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الإدارة والأفراد معاً، وقصد منها كفالة احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة، وهي العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين المتنافسين؛ للوصول إلى أنسب العروض والأسعار، بحيث يترتب على إغفال جهة الإدارة لهذه الشكليات بطلان الإعلان عن المناقصة بدون حاجة إلى نص صريح يقضي بذلك، وكذلك عدم تحديد مهلة كافية لتقديم العطاءات من أول إعلان. ومن ثمّ، فإن إهمال الإدارة للنشر عن المناقصة العامة في

(١) انظر: أ.د. سلمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٤، ص ٢٧٧. والمادة (٧) من القانون ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ تنص على الآتي: "تلغى المناقصات بقرار مسبب من رئيس المصلحة بعد النشر وقيل البت فيها إذا استغني عنها نهائياً. أما في غير هذه الحالة، فيجوز لرئيس المصلحة إلغاء المناقصة في إحدى الحالات التالية: إذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد، وإذا اقترنت كلها أو أكثرها بتحفظات، وإذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة السوقية".

(٢) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٤، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

(٣) انظر: المستشار فتحي عطية السيد مصطفى، الحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات (دراسة تطبيقية للمراحل والإجراءات التي يمر بها العقد الإداري من خلال فتاوى إدارات ولجان الفتاوى والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وأحكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا)، ٢٠٠٦، ص ٣١٩.

الجرائد اليومية أو إغفالها عدد مرات النشر، يؤدي إلى حرمان عدد غير محدد من الأشخاص من الاشتراك في المناقصة، وبالتالي بطلان الإعلان، ويعطي للجنة البت - بالتالي - الحق في التوصية بإلغاء تلك المناقصة^(١).

٢. ومن هذا القبيل إذا رأت جهة الإدارة تأجيل انعقاد لجنة فتح المظاريف عن الميعاد المحدد في الإعلان المنشور عن المناقصة، واقتصرت على إخطار مَنْ قام بشراء كراسة الشروط والمواصفات وقت الإرجاء دون إعادة الإعلان عن تأجيل فتح المظاريف^(٢).

٣. إذا تبين من المواصفات الفنية التي طرحت على أساسها المناقصة أنها أشارت إلى النوع أو الصنف أو الرقم الوارد في قوائم الموردين أو ذكرت علامة معينة أو مواصفات تنطبق على نماذج خاصة أو عدم ذكرها أية مواصفات للأصناف المطلوبة... إلخ.

وهناك مَنْ يرى أنه لا بد من إلغاء المناقصة عند تحويل المناقصة إلى ممارسة؛ حيث لا يجوز للجنة البت ولا للسلطة المختصة بالاعتماد أن تحول المناقصة العامة إلى ممارسة، وكل ما يمكن اتّباعه إذا ما تبين أن الاستمرار في المناقصة يتعارض مع الصالح العام أن توصي لجنة البت بإلغاء المناقصة، وهذا ما أكدته الجمعية الحكومية لقسمي الفتوى والتشريع^(٣).

وهناك رأي من الفقه^(٤) يرى إلغاء المناقصة إجراءً استثنائيًا، لا يجوز للإدارة أن تلغي المناقصة بعد الإعلان عنها، إلا في الحالات التي حددها القانون، وأيضًا في الحالتين الآتيتين:

أ- عدم توافر الشروط التي أعلنت عنها الإدارة في المناقصة بالنسبة للعطاءات المقدمة إليها، وهذا أمر طبيعي.

ب- حالة النص في شروط المناقصة على حق الإدارة في إلغاء المناقصة؛ حيث تحتفظ الإدارة بهذا الحق في مواجهة مقدمي العطاءات الذين قبلوا التقدم بعطاءاتهم على هذا الأساس، ومع وجود هذا الشرط. وعلى كل حال، يجب أن يصدر قرار الإلغاء من السلطة المختصة، وبقرار مسبب؛ حتى

(١) انظر: ما أكدته فتوى اللجنة الثانية بمجلس النولة بتاريخ ١/٣١/١٩٩٨، ملف فتوى الإسكان رقم ٨٦٠/٢٩/٣١، مشار إليها عند: د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٠. والمستشار الدكتور أحمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

(٢) انظر: المستشار الدكتور أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٣٥٤.

(٣) انظر: حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٠/٣/٢١ (ملف رقم ٢٨٠/١/٥٤)، والقاضي "أولاً: عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة في الحالة المعروضة. ثانيًا: يجوز للسلطة المختصة في هذه الحالة أن تلغي المناقصة، ثم تعيد طرح العملية في ممارسة إذا توفرت الشروط التي يتطلبها القانون"، مشار إليه عند المستشار الدكتور أحمد منصور، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

(٤) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ط ٣، مرجع سابق، ص ١٨٥.

يتمكن القضاء من مراقبة صحة هذه الأسباب. وأكدت محكمة القضاء الإداري هذا الشرط في حكم لها، جاء فيه: "إذا تضمنت شروط المناقصة... بنداً ينص على أن الوزارة ليست مقيدة بقبول أقل عطاء أو أي عطاء آخر، وأنها تحتفظ لنفسها بالحق في قبول أي عطاء تعتبره في مصلحتها، أو إلغاء المناقصة كلياً أو جزئياً دون إبداء الأسباب، فإن هذا الشرط من الشروط المشروعة والجائزة والواجبة الاحترام"^(١).

أما في التشريع العراقي:

سبق وأن أشرنا إلى أن التشريع العراقي الجديد بموجب تعليمات العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨^(٢)، أعطى الحق للإدارة بإلغاء المناقصة بدون أي قيد. وبذلك، تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة بالإلغاء وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وهي من الحقوق المقررة، ومن دون الحاجة للنص عليها بالعقد؛ باعتبارها حقاً من الحقوق الأساسية المقررة للإدارة، وامتيازاً لها تستخدمه الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية، على أن تخضع لرقابة القضاء. علماً بأن القانون وتعليماته لم يحدد معنى المصلحة العامة، كما أنه لم يضرب أمثلة أو إشارة إلى تطبيقات له، إلا أنه يُراد بالمصلحة العامة هو ضمان تحقيق مصلحة الخزينة العامة، فإن أي إهدار للمال العام بأية عملية تقوم بها الإدارة، يستوجب الإلغاء لمخالفته نص أمر.

فوفقاً للقواعد العامة، إن القانون أعطى الإدارة الحق بإلغاء المناقصة بدون نص؛ لأن النص جاء مطلقاً، لكنه إطلاق غير موفق، حبذا لو يأخذ المشرع العراقي بما أخذ به المشرع المصري؛ لأن النص أكثر حكمة ورصانة من النص العراقي.

الفرع الثاني

تجزئة مقادير المناقصة بين مقدمي العطاءات

تنص المادة ٦٨ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أنه: "إذا تساوت الأثمان بين عطاء أو أكثر، يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها، إذا كان في صالح العمل، ويجوز ذلك أيضاً إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية، وذلك

(١) انظر: حكمها الصادر في ٢٥/١٢/١٩٥٦ السنة العاشرة، ص ١٢. والمشار إليه عند أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٤، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٢) انظر: نص البند (ل) من الفقرة (ثانياً) من المادة الخامسة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

بالتعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد ومع صاحب العطاء الأقل عن باقي الكميات. وعلى لجنة البت في هذه الحالة أن تثبت في تقريرها الباقي من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك"^(١).

يجيز هذا النص تجزئة المقادير في حالة تساوي الأثمان بين العطاءات، كما يجوز تجزئة المقادير أيضاً في حالة إذا كان صاحب العطاء الأقل سعراً، يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالمرفق؛ إذ يجوز في هذه الحالة التعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لسد حاجة المرفق خلال الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد، مع صاحب العطاء الأقل عن باقي الكميات، وذلك بشرط ألا يكون المتعهدان قد اشترطا عدم جواز التجزئة، وأن يكون موضوع المناقصة قابلاً لذلك^(٢).

وقد أخذ المشرع في كل من فرنسا ومصر بإمكانية تجزئة الأداءات محل المناقصة؛ ففي مصر نلاحظ وجود منهج مستقل لإمكانية تجزئة الإداءات المطلوبة؛ حيث يمكن أن تظهر هذه التجزئة ضمن حالتين:

أولاً- تجزئة الأداءات الناتجة عن فعل العارض:

تتحقق هذه الحالة في حالة سكوت مقدم العطاء في مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها. ويفسر ذلك أنه امتنع عن الدخول في المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف بالذات، وبالتالي إذا سارت إجراءات المناقصة حتى نهايتها، وتم الإرساء على مثل هذا العطاء، فإن ذلك ينطوي ضمناً على تجزئة الأداءات محل المناقصة، ويتوجب عندئذٍ على لجنة البت أن ترسي المناقصة على أحد المتنافسين الآخرين ممن يقدمون أفضل عرض، في حدود الصنف الذي سكت عنه مقدم العطاء^(٣).

ولكن ذلك لا ينطبق إلا على المناقصات التي يكون محلها توريدات فقط، أما بالنسبة للمناقصات التي يكون محلها أشغالاً عامة، فإن امتناع مقدم العطاء عن تحديد سعر أحد بنود المقاول،

(١) انظر: هذه المادة التي تقابل وتطابق في الصياغة الفقرة الأولى من المادة ٦٦ من اللائحة السابقة، وأما الفقرة الثانية منها - والتي لم يتضمنها نص المادة ٦٨ من اللائحة الحالية، فكان نصها كالآتي: "وتفضل العطاءات المقدمة من مراكز وهيئات التأهيل المهني المشكلة بقرار من الوزير المختص، متى تساوت أثمانها مع أثمان أقل العطاءات سعراً، وكانت مطابقة للشروط والمواصفات".

(٢) انظر: المستشار عليرة فتح الباب، مرجع سابق، ص ١٩٨ وما بعدها.

(٣) انظر: الفقرة ٤ من المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

يجب ألا يعتبر امتناعاً عن دخول المناقصة بالنسبة لهذا البند، بل إن جهة الإدارة تكون عندئذٍ أمام خيارين: إما استبعاد مثل هذا العطاء، أو أن تضع للبند الذي سكت عنه مقدم العطاء عن تحديد أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة؛ وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات، فإذا رست المناقصة عليه، يعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة، دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك.

ونعتقد أن هذا الحكم الذي أتى به المشرع، إنما يجد مبرره وحكمته في رغبة المشرع في إيجاد مختلف أجزاء الأداء في نطاق عقود الأشغال العامة، التي ربما تأبى طبيعتها أن ينفذ جزء إلى مقاول آخر. وفي تقديرنا أن هذا الحكم الذي أخذ به المشرع المصري منطقياً جداً، من شأنه أن يعطي احتمالات من الممكن أن تحدث كثيراً في الواقع العملي.

ثانياً- تجزئة الأداءات محل المناقصة بفعل الإدارة:

يلاحظ أن المشرع المصري لم يضع نصاً عاماً يقر فيه إمكانية تجزئة الأداءات محل المناقصة، إلا أن ذلك يمكن استنتاجه من نص المادة ٣٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والتي تنص على أنه: "لا يجوز اللجوء إلى تجزئة محل العقود التي يحكمها هذا القانون بقصد التحايل؛ لتفادي الشروط والقواعد والإجراءات وغير ذلك من ضوابط و ضمانات منصوص عليها فيه، ومعنى ذلك أنه يمكن اللجوء إلى تجزئة محل العقود التي يحكمها القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إذا لم تكن هذه التجزئة بقصد التحايل على أحكامه".

وقد رأينا تجزئة الأداءات محل المناقصة يمكن أن تتحقق بفعل الإدارة، في حالة التساوي بين أثمان العطاءات، كما أنها يمكن أن تتحقق أيضاً إذا كان صاحب العرض الأقل يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية، على أن يتم الإرساء في هذه الحالة على صاحب أنسب العطاءات التالية، وعلى أقل كمية لتموين المخازن في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد مع صاحب العطاء الأقل عن باقي الكميات^(١).

(١) انظر: المادة ٦٨ من اللائحة التنفيذية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

الفرع الثالث

المفاوضة

يسبق العقد الإداري مرحلة تحضيرية، تدور خلالها المفاوضات بين الإدارة والراغب في التعاقد معها. ويستلزم إجراء هذه المفاوضات وجود رغبة متبادلة بين الجهة الإدارية التي تسعى للتعاقد وبين مقدم العطاء. ومن ثمّ، فإن إجراء المفاوضات يعد عملاً إرادياً غير فردي، سواء كانت المبادرة من جانب الإدارة أم من جانب الطرف الآخر. ولا مجال للقول بأنها مسألة مفروضة على أيّ منهما بحكم القانون. وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ٣٩٩٣ لسنة ٣٧ ق.ع، جلسة ١٩٩٢/١١/٢١؛ حيث أجاز المشرع للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بالتحفظات؛ للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها، شرط ذلك أن يكون العطاء متفقاً مع الشروط والمواصفات الفنية للمناقصة^(١).

وبذلك، فإن المفاوضات تعد في جوهرها عملية ثنائية رضائية تتم بموافقة الطرفين، وليست سلطة تنفرد بها الإدارة الراغبة في التعاقد. بمعنى آخر أن الإدارة، وبالرغم مما تتمتع به من سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها في العقد الإداري، إلا أنها لا تؤثر على توازن المفاوضات^(٢).

وترتيباً على ما تقدم، فإن مفهوم المفاوضات في مجال العقد الإداري – بوصفه إجراءً مرحلياً – لا يختلف بصفة جوهرية مع المفهوم العام لها، وإن كان يتميز بمفهوم خاص يمكن إرجاعه إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري كوسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بصفة أساسية.

ويجب أن نبين هذه الفقرة ببعض التفصيل، ونقسمها إلى قسمين: القسم الأول، يشمل ماهية وتعريف المفاوضات، وفي القسم الثاني نبين حالات المفاوضات في العقد الإداري.

أولاً- مفهوم المفاوضات^(٣):

سنتناول هذه الفقرة، ونقسمها إلى نقطتين: الأولى تعريف المفاوضات وبيان عناصرها، ثم نبين أهمية المفاوضات في النقطة الثانية، كالاتي:

- (١) انظر: المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ٣٩٩٣ لسنة ٣٧ ق.ع، جلسة ١٩٩٢/١١/٢١.
- (٢) انظر: محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٩.
- (٣) انظر: د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

١ - تعريف المفاوضات:

المفاوضة في اللغة العربية هي المساواة والمشاركة والأخذ والعطاء، وهي مفاعلة من التفويض، كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، وفاوضه في أمره؛ أي جراه، وتفاوضوا الحديث أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر؛ أي فاوض فيه بعضهم بعضاً^(١).

أما المفاوضات في الاصطلاح القانوني، فلا يوجد تعريف محدد لها، ولكن ثمة محاولات لإرساء تعريف لها، نذكر منها ما يأتي:

يذهب العميد "Carbonnier" إلى تعريف المفاوضات بأنها "تلك المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تمّ، بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله، وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة".

ويذهب الكاتب "Kennedy" وزملاؤه إلى تعريفها بأنها "تلك العملية المتعلقة بحل النزاع بين طرفين أو أكثر، والتي من خلالها يقوم الطرفان (أو جميع الأطراف) بتعديل طلباتهم؛ لغرض التوصل إلى تسوية مقبولة تحقق المصلحة لكل منهما"^(٢).

أما الكاتب "Marsh" فيعرف المفاوضات على أنها "ديناميكية من التكيف يقوم خلالها طرفا التفاوض بالتباحث والتشاور سوياً بقصد الوصول إلى اتفاق مرض متبادل حول موضوع يجسد مصالحهما المشتركة"^(٣).

ويذهب الدكتور حسام الدين كامل الأهواني إلى تعريفها بأنها "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض؛

(١) انظر: ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ص ٣٤٨٦.

(٢) انظر:

Kennedy, G., Benson, J. and McMillan, J.; "Managing Negotiation", Hutchinson Business Books Limited, 1987, London, P.150.

(٣) انظر:

Marsh, P.D.W; Contract Negotiation, Handbook, 1984, London, Pp. 1-2.

ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"^(١).

ويعرفها الدكتور محمد حسين عبد العال بأنها "كل ما يصدر عن أحد الطرفين، متصلاً بعلم الطرف الآخر، ويكون متعلقاً بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه"^(٢).

أما الدكتور محمد أحمد عبد المنعم فيعرفه بأنه "إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن الإعداد لإبرام العقد، وتسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بشروط العقد أو تنفيذه"^(٣).

وبعبارة أخرى، فإن المفاوضة وسيلة للتخفيف من حدة الخلافات بين الأطراف لحسم أو تحجيم مناطق النزاع بينهم، ومن ثم، فهي تسهم في إنجاح الكثير من العمليات، أو على الأقل طرحها ومناقشتها من جديد"^(٤).

وفي ضوء التعريفات السابقة، يمكن تعريف المفاوضات في العقد الإداري بأنها "عبارة عن مرحلة تحضيرية، تُجرى فيها المباحثات والمناقشات بين السلطة الإدارية والطرف الآخر الراغب في التعاقد معها بشأن قضية من القضايا، تتعلق بالعقد الإداري يتم بموجبها التقريب بين وجهات النظر المختلفة لأطراف العلاقة التعاقدية عن طريق وضع مقترحات محددة وواضحة بهدف التوصل إلى اتفاق لإبرام العقد".

٢- أهمية المفاوضات في العقد الإداري:

حيث تبرز هذه الأهمية من زاويتين:

الزاوية الأولى: المفاوضة وسيلة تلجأ السلطة الإدارية إلى مفاوضة مقدمي العروض كوسيلة؛ لتحقيق الهدفين الآتيين:

(١) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، ٢ - ٣ كانون الثاني ١٩٩٣، ص ٢.

(٢) انظر: د. محمد حسنين عبد العال، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٠.

(٣) انظر: د. محمد أحمد عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٣٦-٣٧.

(٤) انظر: د. فريد النجار، التفاوض التجاري والمفاوضات التجارية، الأهرام الاقتصادي، ١٩٩٨، ص ٥.

أ- **الهدف المادي:** ويتمثل في أن الإدارة تتفاوض مع مقدمي العروض بهدف الحصول على أقلها سعرًا؛ فنجاحها في هذا الصدد من شأنه تخفيف العبء عن الخزانة العامة، ولاسيما أن المفاوضة تثير روح المنافسة بين مقدمي العروض^(١).

ويستفيد هذا المعنى - بوضوح - من واقع تحليل نص المادة (٢٩) من القانون المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات؛ إذ أشارت إلى هذا الهدف بقولها: "تتولى اللجنة المشار إليها في المادة السابقة مفاوضة مقدمي العروض التي تتلاءم واحتياجات الجهة طالبة التعاقد؛ للوصول إلى أفضلها شروطًا وأقلها سعرًا...". كما جاء في بعض أحكام مجلس الدولة المصري ما يؤكد هذا المعنى؛ إذ جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا الصادر في ٩ أيار سنة ١٩٥٩ على "إنّ الشارع رأى - رغبة منه في تمكين الإدارة في الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة الدولة - إجازة المفاوضة بعد فتح المظاريف مع صاحب العطاء الأقل..."^(٢).

ب- **الهدف الفني:** لا يقتصر دور المفاوضة على مجرد تمكين الإدارة من الحصول على العطاء الأقل سعرًا، وإنما تتجاوز هذا الدور إلى تمكينها من انتقاء العطاء الأفضل شروطًا من الناحية الفنية، ولا شك أن التعاقد مع مقدم العطاء الأقل سعرًا من ناحية، والأفضل شروطًا من ناحية أخرى يمنح الإدارة سلطة تقديرية في الموازنة بين مصلحتها المالية والفنية وفقًا لما تراه^(٣).

ويستفيد هذا المعنى من تحليل الفقرة (١٤) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية (تعليمات إلى مقدمي العروض) الصادرة في العراق سنة ١٩٨٨؛ إذ أشارت إلى هذا الهدف بقولها: "إن صاحب العمل غير ملزم بقبول أوطأ العطاءات، وله الحق تبعًا لتقديره في قبول أو رفض أي عطاء، أو في إلغاء المناقصة دون أن يكون لمقدم العطاء المطالبة بأي تعويضات".

كما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر ما يؤكد هذا المعنى؛ إذ جاء فيه: "من الأسس التي يقوم عليها تعاقد الإدارة مع الأفراد عن طريق المناقصات العامة أو المحلية أن يخضع هذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية التي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء

(١) انظر: د. محمد أحمد عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٢) منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص ٢٦١-٢٦٢.

(٣) انظر: د. محمد أحمد عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٤٦.

الأرخص سعرًا وصاحب المواصفات الفنية الجيدة، وفي ترجيح أي المصلحتين تتمتع الإدارة بسلطة تحددها القواعد المقررة في هذا الشأن"^(١).

الزاوية الثانية- المفاوضة مرحلة تحضيرية:

لا تقل مرحلة المفاوضات السابقة على العقد أهمية عن مرحلة ما بعد العقد؛ إذ أنها مدة إعداد وتحضير للعقد، وكلما كان الإعداد والتحضير جيدين كلما كان العقد محققًا لمصلحة المتعاقدين، ومتضمنًا الشروط التي تمنع آثاره المنازعات بينهما^(٢)؛ إذ أن الهدف الأساسي من المفاوضات هو التقريب بين وجهات النظر لأطراف العلاقة التعاقدية (الإدارة والراغب في التعاقد معها)، والتي تكون في الأكثر متباينة، إذ يحرص كل طرف على استباق حريته في ألا يتعاقد أو يتعاقد بشروطه حتى لحظة الاتفاق النهائي.

ويتجلى هذا الدور المهم في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة (L'appel d'offer)، والاتفاق المباشر (Les marches negociés) أكثر منه في أسلوب المناقصة، وذلك على اعتبار أن الإدارة في مناقشات ومفاوضات مسبقة عند استخدامها لهذين الأسلوبين حول إطار وشروط التعاقد، وذلك قبل اختيارها للمتعاقد معها.

وتتضاعف أهمية المفاوضات في ظل ما تشهده الساحة المحلية والدولية من تطورات كبيرة، انعكست بدورها على حجم تعاملات الإدارة، ولاسيما في مجال العقود الدولية ذات القيمة المالية الكبيرة. وهذا التطور يفرض على الإدارة وراغب التعاقد معها ضرورة التروي، وألا تندفع في توقيع العقد. ومن ثم، إتاحة الفرصة لها لتناول معظم الجوانب الجزئية للعقد والتفاهم تمهيدًا لإبرامه^(٣).

ويعني ذلك أن المفاوضات العقدية تحظى بأهمية بالغة من الناحية القانونية؛ فهي تمارس دورًا وقائيًا لمرحلة إبرام العقد، كما أن حسن إدارة عملية المفاوضات أمر يحد من المنازعات في المستقبل^(٤).

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٩ أيار سنة ١٩٥٩، منشور بمجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٢) انظر: سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت، ط ١، بغداد، ٢٠٠٥، ص ٩.

(٣) انظر: د. محمد أحمد عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٤) انظر: محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص ١٢.

وطبقًا للقانون الجديد، لا يجوز بعد فتح المظاريف، الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه. ومع ذلك، يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات؛ للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها، بما يجعل عطائه متفقًا مع شروط المناقصة بقدر الإمكان، كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق.

وتجرى المفاوضة في الحالتين المشار إليهما بقرار من السلطة المختصة بالأصل العام، إلا أن مقدم العطاء لا يجوز له إجراء تعديل في العطاء، مهما كان نوعه أما إذا رغب في وضع اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات، فيتعين عليه أن يبعثها في كتاب يرافق عطائه، أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب، على أن يصل قبل فتح المظاريف، وأنه لا يجوز لصاحب العطاء أن يعدل عطائه بما يزيد عن الأسعار التي يتقدم بها، ولو كان قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف^(١).

ثانيًا- حالات المفاوضة:

هناك حالتان للمفاوضة في التشريع المصري، بعد تقديم العطاء في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة، الأولى تتعلق بتعديل العطاء، والثانية تتعلق بتعديل الأسعار^(٢).

١. حالة المفاوضة بشأن تعديل العطاء:

من أجل المصلحة العامة، فإنه من الضروري أن تمر إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة بمرحلة تفاوضية؛ وذلك قبل البت والإرساء بقصد إقناع مقدم العطاء الأقل، بالتنازل كليًا أو جزئيًا عن تحفظاته؛ بما يجعل عطائه متفقًا مع الشروط الأساسية للمناقصة.

إذن، هناك شرطان للمفاوضة في هذه المرحلة^(٣):

الشرط الأول: إجراء المفاوضة مع مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظات؛ للنزول - كليًا أو جزئيًا - عن تحفظاته. وقبل أن نتكلم عن كيفية إجراء المفاوضة في هذا الشأن، لا بد لنا أن نبين تحديد مقدم العطاء الأقل أولاً، ثم المقصود بالتحفظات ثانيًا.

(١) انظر: د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٢) انظر: د. محمد أحمد عبد المنعم، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٣) انظر: الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٧٨٤ في ٢٦/٦/٦٧.

أ- تحديد مقدم العطاء الأقل:

بعد التأكد من مطابقة العطاءات المقدمة للشروط والمواصفات في المناقصة، وبعد أن تستبعد العطاءات التي لا تتوفر فيها الشروط المطلوبة تقوم لجنة فتح المظاريف برفع أسماء المناقصين المؤهلين للاشتراك في المناقصة إلى لجنة البت في العطاءات، وتقوم هذه اللجنة بدورها بمهمة الفصل في العطاءات المرفوعة لاختيار أفضلها في ضوء الشروط المالية والفنية^(١).

واختصاص لجنة البت في العطاءات اختصاص مقيد بقواعد عامة، وُضعت للمصلحة العامة بهدف تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين جميعاً^(٢).

لذلك، لا تملك اللجنة تعديل شروط المناقصة، وإنما تصدر القرارات بقبول العطاءات أو رفضها؛ لأن من حق اللجنة أن تستبعد أصحاب العطاءات الذين لا تتوفر فيهم شروط الكفاءة الفنية والمالية وحسن السمعة^(٣). ويمكن القول بأن لجنة البت في العطاءات تقوم بتحديد مقدم العطاء الأقل على وفق معيار موضوعي، مؤداه القيمة الرقمية للعطاءات، في ضوء احترام المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المناقصة، وأهمها مبدأ المساواة بين مقدمي العطاءات.

ب- المقصود بالتحفظات:

يُراد بالتحفظات هي تلك الاشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العطاء بعطائه، ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلنة، أو حتى الخروج عليها^(٤).

(١) ومن الجدير بالذكر أن التشريع العراقي قد جاء خالياً من أي نص صريح يشير إلى لجنة البت في العطاءات أو يحدد واجباتها وصلاحياتها، وكان الأجدر به أن ينص على هذه اللجنة ويحدد صلاحياتها وواجباتها بنصوص صريحة، كما هو الحال في التشريع المصري، لا سيما وأن هذه اللجنة هي التي تقوم باختيار المرشح الأفضل الذي يحقق للإدارة ما تروم تحقيقه من وراء تنظيم هذه العملية. كما أن عمل هذه اللجنة يعد مكملاً لعمل لجنة فتح المظاريف.

(٢) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصري الذي جاء فيه: "أن لجنة البت تختص بإتمام الإجراءات المؤدية إلى تعيين مَنْ ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها؛ توطئة لاضطلاع جهة الإدارة بمهمتها الخاصة بإبرام العقد، واختصاص اللجنة في هذا اختصاص مقيد، تجري فيه على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء بقصد كفاية احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين جميعاً". حكمها الصادر في ١٩٥٦/١٢/١٨ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في (١٥) عام (١٩٤٦ - ١٩٦١) ج٢، ص ١٩٠٦.

(٣) وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها جاء فيه: "... للجنة أن تتحقق من شروط الكفاية المالية والفنية وحسن السمعة، واستبعاد العطاءات التي لا تتوفر فيها هذه الشروط". حكمها الصادر في ١٩٥٦/١٢/١٨.

(٤) انظر: المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

وقد عرّفت محكمة القضاء الإداري في مصر التحفظات بأنها "كل شرط يضعه مقدم العطاء في عطائه، ويكون مختلفًا عن الشروط التي تضعها جهة الإدارة، أو يكون غير وارد فيها، ويعد تعديلًا من المناقص لشروط العطاء؛ أو بعبارة أدق، تحفظًا منه مقترنًا بعطائه"^(١). ويمثل التحفظ محورًا أساسيًا لإجراء المفاوضات؛ حيث تتم بشأن إقناع مقدم العطاء الأقل بالتنازل عن كل أو بعض تحفظاته بما يتفق وشروط المناقصة.

وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية في الحكم السابق، والذي جاء فيه: "الذلك تقع المفاوضات مع مقدم أقل عطاء، مصحوب بتحفظات في حدود ما رسمه القانون... وإذا كان عطاؤه مناسبًا، فليس لجهة الإدارة أن تترك عطاءه، لمجرد أنه مقترن بتحفظات، ثم تتفاوض مع مقدم العطاء الذي يليه غير المقترن بتحفظات، بل تجري المفاوضات مع صاحب أقل عطاء مقترن بتحفظات؛ لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها، مما يجعل عطاؤه متفقدًا وشروط المناقصة...". ومن جانبه لم يورد المشرع العراقي قيودًا تُذكر على إرادة الراغب في التعاقد فيما يتعلق بإرفاقه لما يشاء من تحفظات على الشروط العامة للتعاقد. وهذا ما أكدته صراحة المادة الرابعة، فقرة (٤/هـ) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ بقولها: "وإذا رغب مقدم العطاء وضع اشتراطات أو تحفظات، فيجب تثبيت ذلك في كتاب مستقل يُرفق مع العطاء، على أن يشير إلى هذا الكتاب في العطاء نفسه".

والتحفظات - في الواقع - استثناء من القواعد العامة؛ فالأصل أن الدعوة للتعاقد في العقد الإداري تُوجه على أساس الشروط المعلن عنها، والتي تستقل الإدارة بوضعها من دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، إلا أنه إذا كان للمتعاقد الآخر شروط خاصة تناقض أو تحد من الشروط العامة المعلن عنها، فقد استقر الرأي على أنها إذا كانت لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلن عنها، ففي هذه الحالة للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العطاء الأقل؛ للنزول عن كل أو بعض تحفظاته^(٢).

(١) انظر: الحكم الصادر في ٢٨/٤/١٩٥٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في (١٥) عام، ج٢، رقم القضية ١٧٥٣ لسنة ١٠ق، ص ٤٠١.

(٢) انظر: فتوى الجمعية العمومية المصرية للفتوى والتشريع في ١٣ نيسان سنة ١٩٨٥، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص ٢٦٧-٢٦٨.

ويعني التحفظ الاشتراط من جانب صاحب العطاء بما يخالف ويناقض الشروط المعلن عنها للدخول في المناقصة، وهو يعتبر تعديلاً من جانبه لشروط المناقصة^(١)، وتتم التحفظات في صورتين:

الصورة الأولى: إذا كان العطاء الأقل مقترناً بتحفظ؛ ففي هذه الحالة يجوز للجنة البت التفاوض معه للنزول عن تحفظاته كلها أو بعضها، ولا يعتبر ذلك إخلالاً بالمساواة بين مقدمي العطاءات، ولا ضرر عليهم من هذا الإجراء. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا^(٢): "إن الشارع رأى رغبة منه في تمكين الإدارة من الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لأموال الدولة، إجازة للمفاوضة بعد فتح المظاريف مع صاحب العطاء الأقل، إذا كان مقترناً بتحفظات، وكانت القيمة الرقمية لأقل عطاء غير المقترن بشيءٍ من ذلك، تزيد كثيراً على العطاء المقترن بتحفظات؛ وذلك لكي ينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يوفق بين الحاجة وشروط المناقصة قدر الاستطاعة، ويجعله أصلح من العطاء الأقل غير المقترن بأي تحفظ، فإذا رفض جاز التفاوض مع مَنْ يليه؛ ذلك لأن صاحب أقل عطاء - ما لم يستبعد - هو في الأصل صاحب الحق في إرساء المناقصة عليه إذا كان عطاؤه مناسباً؛ ولأن تعديل عطائه إلى ما هو أقل أو إلى ما يجعله متمشياً مع مواصفات المناقصة وشروطها لا ضير منه على أيٍّ من أصحاب العطاءات الأخرى، ولا يخل بقاعدة المساواة الواجبة بالنسبة إليهم، سواء وُصف هذا الإجراء بأنه تصفية لإجراءات المناقصة، أو بأنه ممارسة على أساس ما تمخضت عنه المناقصة. ومرجع الأمر في هذا إلى لجنة البت في العطاءات؛ باعتبارها أقدر من أية هيئة أخرى على الاضطلاع بهذه المهمة، وهي تتولى إجراءات المناقصة وتبت فيها، ولا يجوز بعد البت في طلبات الاستبعاد إرساء المناقصة إلا على صاحب أقل عطاء بالوضع المتقدم، أي سواء كان مستوفياً لجميع الموصفات والشروط، أو كانت المفاوضات قد أسفرت عن صيرورته أصلح العطاءات".
والواقع - كما ذكرنا - أن التحفظات تعني التعديل من جانب صاحب العطاء في شروط المناقصة، وهو ما لا يجوز أساساً، غير أن هذه هي إرادة المشرع التي تبررها المصلحة المالية للدولة^(٣).

(١) ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أن قبول الإدارة للتحفظ يعتبر نسخاً ضمناً لما يخالفه من الشروط العامة، ذلك أن لائحة المناقصات والمزايدات لا تعتبر جزءاً من العقد نفسه، المخالفة لأحكام اللائحة. (جلسة ١٩٨٥/٤/٣، فتوى رقم ٣٩٢ ملف رقم ٣٥٠/٠/٤٧ غير منشورة).

(٢) انظر: الطعن المرقم ٢٨٨ لسنة ٤ق، جلسة ١٩٥٩/٥/٩، والطعن رقم ٥٢ لسنة ١٤ق، جلسة ٨٣/١/٢٧.

(٣) انظر: د. فؤاد العطار، الذي يرى أن تخويل الإدارة حق التفاوض في العطاءات غير المقترنة بتحفظات، يؤدي إلى تعديل فئات الأسعار، وهو ما يؤدي حتى إلى هدم مبادئ المناقصة العامة، في مقالة بعنوان "وسائل تعاقد الإدارة"، المنشور بمجلة مجلس الدولة، عدد يناير ١٩٥٦، ص ٣١٦-٣١٧.

الصورة الثانية: التفاوض مع صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات؛ للنزول بمستواه إلى مستوى أسعار السوق. ووفقاً للمادة (٣٠) من اللائحة، لا تجري المفاوضة إلا بناءً على قرار من السلطة المختصة بالاعتماد، بعد موافقة لجنة البت.

الشرط الثاني: إجراء المفاوضة بهدف التوفيق بين العطاء الأقل وشروط المناقصة:

إن هذا الشرط يعكس الغاية الأساسية للمفاوضة، وهو تحقيق الصالح العام بإرساء المناقصة على صاحب أقل العطاءات سعراً وأفضلها شروطاً، بعد إقناعه بالتنازل كلياً أو جزئياً عما أرفقه من تحفظات بعطائه؛ بما يوفق بين عطائه وشروط المناقصة قدر الاستطاعة، ويجعله أصلح من العطاء الأقل غير المقترن بأي تحفظ^(١). فعلى سبيل المثال إذا أورد مقدم العطاء الأقل تحفظاً باشتراط حصوله مقدماً على دفعات من قيمة المناقصة قبل التنفيذ، فلا مانع من أن يتفاوض معه لإقناعه بتخفيض قيمة الدفعات المطلوبة أو تأجيل هذا الأمر إلى مرحلة لاحقة، وذلك بالصورة التي لا تتعارض مع شروط المناقصة^(٢).

والأصل أن صاحب العطاء الأقل يحظى بحرية التنازل أو عدم التنازل عن تحفظاته، وفي حالة الرفض يجوز لجهة الإدارة أو ممثلها في لجنة البت أن تقبل التعاقد معه على هذا الأساس أو تتفاوض مع مَنْ يعقبه في الترتيب^(٣).

٢. حالة المفاوضة بشأن تعديل الأسعار:

إن إجراء المفاوضة بشأن تعديل الأسعار يتطلب توافر الشروط الآتية:

أ- أن يكون العطاء الأقل غير مقترن بتحفظات:

يشترط للمفاوضة في هذا المجال أن يكون العطاء الأقل غير مقترن بتحفظات أو اشتراطات مخالفة للشروط العامة للمناقصة.

(١) انظر: المادة ١٦ من القانون المصري رقم ٩ لسنة ١٩٨٣.

(٢) انظر: د. محمد أحمد عبد المنعم، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣) وقد جرت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ترديد هذا المعنى في جانب من أحكامها الصادرة في ٩ أيار ١٩٥٩.

ب- تجاوز قيمة العطاء الأقل لمستوى أسعار السوق:

يُراد بهذا الشرط أن تكون القيمة الرقمية لأقل عطاء تزيد من أسعار السوق، فإذا كانت مساوية لهذه الأسعار أو أقل، فلا جدوى من المفاوضة في مثل هذه الحالة. وعليه، يجب على اللجنة عند المفاضلة بين العطاءات في المناقصة أن تسترشد بالأثمان والأسعار السابقة على التعامل بها محلياً أو خارجياً، مع بيان هذه الأسعار في جدول المقارنة^(١).

كما يجب الاسترشاد بأسعار السوق أيضاً؛ لما لذلك من أهمية كبرى في إعطاء صورة كاملة للإدارة الراغبة في التعاقد عن موقف السوق، ومن ثم تفادي التعاقد مع سعر أعلى من سعر السوق^(٢).

ت- إجراء المفاوضة بشأن النزول بقيمة العطاء الأقل إلى مستوى أسعار السوق:

يجسد هذا الشرط الهدف الأساسي من المفاوضة، وهو تحقيق المصلحة المالية للإدارة؛ وذلك بتمكينها من إرساء المناقصة على أفضل العطاءات شروطاً، وأقلها سعراً، وذلك عن طريق مفاوضة مقدم العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بقيمة العطاء الأقل إلى مستوى أسعار السوق.

إذن، تلجأ الإدارة إلى أسلوب المفاوضات بعد تقديم العطاء، إما بهدف إقناع مقدم العطاء الأقل بالتنازل عن كل تحفظاته أو بعضها إذا كان عطاؤه مقترناً بتحفظات، أو تقوم بمفاوضة صاحب العطاء الأقل للنزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق إذا كان عطاؤه غير مقترن بتحفظات. وتعتمد الإدارة في تعاقدتها في هذا المجال بالاعتماد على نتيجة المفاوضات وما تؤول إليه، فإذا كان هناك قبول من مقدم العطاء بالنزول عن تحفظاته، فهنا تلجأ الإدارة إلى التعاقد معه؛ باعتباره المرشح الأول، ولا يجوز لها التعاقد مع غيره، أما إذا رفض النزول عن تحفظاته، فهنا تكون الإدارة أمام عدة خيارات:

أ. أن تلجأ الإدارة إلى التعاقد معه، على الرغم من وجود هذه التحفظات.

ب. أن ترفض التعاقد معه، وتسعى إلى التعاقد مع من يليه في الترتيب.

ت. أن تلغي الإدارة المناقصة والتحضير لإجراء مناقصة جديدة.

(١) انظر: المادة (٦٨) من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية لسنة ١٩٨٣.

(٢) انظر: المادة (٢٠) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطة التنمية القومية في العراق رقم ١٤ لسنة ١٩٧٥.

المبحث الثالث

ضمانات الإسناد والتطور الذي طرأ على المبدأ التقليدي

إنّ عملية الإسناد بمقتضى السعر الأقل عملية دقيقة ومُهمّة، يتم بها اختيار المتعاقد مع الإدارة ورسو العطاء عليه؛ لذلك لم تقتصر التشريعات على الضمانات المتعلقة بتشكيل القائمين على هذه العملية، وإنما أضافت ضمانات أخرى متعلقة بعمل هذه اللجان. وسنتناول في (المطلب الأول) الضمانات المتعلقة بعمل اللجان في القانون المصري، ومن ثم الضمانات المتعلقة بعمل اللجان في القانون العراقي؛ بما يحقق حرية المنافسة، ويكفل المساواة بين مقدمي العطاءات.

كما أدخل المشرع المصري تطوراً على المبدأ التقليدي في الإسناد بمقتضى السعر الأقل في قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وذلك من خلال أخذه للاعتبارات الفنية والجودة، إلى جانب السعر في عملية الإسناد، على خلاف المبدأ التقليدي، والذي يُعول على السعر الأقل في الإرساء، والذي سنبيّنه في (المطلب الثاني).

كذلك لا بد أن نبين الخطوات الأخيرة لعملية الإسناد في المناقصات، وهي إخطار أصحاب العطاءات المقبولة، واعتماد المناقصة في كلا القانونين المصري والعراقي، الذي سوف نوضحها في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ضمانات تتعلق بعمل لجان البت للوصول للعطاء الأفضل

هناك عدة ضمانات تتعلق بعمل لجان البت، أشار إليها كلا القانونين - المصري والعراقي -، والتي سوف نتناولها في هذا المطلب، كالآتي:

الفرع الأول

ضمانات عمل لجان البت في القانون المصري

نص المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة على ضمانات تتعلق بعمل لجان البت. ولذا، سوف نتناول هذه الضمانات، منها ما يتعلق بكتابة الإجراءات التي تقوم بها لجان البت في محاضر وتقارير رسمية، ومنها ما يتعلق بعلنية جلسات اللجان، وفقاً لما يلي:

أولاً- كتابة إجراءات البت في المناقصة:

وتمثل الكتابة هنا إجراءً جوهرياً، يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات التي تقوم بها لجان البت في المناقصة، سواء كانت لجنة فتح المظاريف أو لجنة إرساء المناقصة.

ويستلزم قانون المناقصات المصري ولائحته التنفيذية أن تحرر لجان فتح المظاريف أو لجان البت في المناقصة بكتابة كافة الإجراءات التي تقوم بها، ويوقع على الأوراق رئيس اللجنة وأعضاؤها، وترفق بها جميع الأوراق الخاصة بالعطاءات مع ترقيمها، ويوقع عليها الرئيس وأعضاء اللجنة.

إن ضرورة كتابة إجراءات البت في المناقصة أمرٌ حرص عليه قانون اليونسترال؛ حيث نص في المادة ٣١ - ٣ على أن "يعلن اسم وعنوان كل مورد أو مقاول فتح عطاؤه، كما تعلن قيمة هذا العطاء للأشخاص الحاضرين وقت فتح العطاءات، وتبلغ هذه المعلومات عند الطلب للموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات، ولكن ليسوا حاضرين أو ممثلين وقت فتح العطاءات، وتُدون فوراً في سجل إجراءات المناقصة الذي تقتضيه المادة ١١".

وتنص المادة ١١ على أن "تحفظ الجهة المشترية بسجل لإجراءات الاشتراء، ويتضمن - كحد أدنى - المعلومات الآتية:

١. قيمة كل عطاء أو اقتراح أو عرض أسعار وقيمة عقد الاشتراء وملخص الأحكام والشروط الرئيسية لكل منها.
٢. ملخص لتقييم العطاءات أو الاقتراحات أو العروض أو عروض الأسعار، وللمقارنة بينها، بما في ذلك منح أي هامش تفضيل.
٣. إذا رفضت جميع العطاءات يصدر بيان عن هذا الرفض والأسباب الداعية إليه".

ثانياً- علانية إجراءات البت في المناقصة:

وتعتبر العلانية - بجانب الكتابة - ضماناً أخرى نص عليها القانون، سواء في مصر أو فرنسا أو قانون اليونسترال؛ فالعلانية تؤدي إلى ضمان نزاهة عملية البت في المناقصة وعدم التلاعب فيها. وتعني علانية إجراءات البت في المناقصة جواز حضور مقدمي العطاءات أو مَنْ يمثلونهم هذه الاجتماعات ومراقبة الإجراءات. ومن ثمَّ، يصح أن يقوم رئيس اللجنة بمنع أحد مقدمي العطاءات أو مَنْ يمثله من حضور لجنة البت أو معرفة كيفية سير هذه الجلسات. وعلى الرغم من أن القانون

الفرنسي لم ينص على علانية هذه الجلسات التي تعقدها لجنة البت، إلا أنه أمر مستفاد من مجموعة النصوص التي تنظم هذه الأمور^(١).

وذلك على عكس قانون اليونسترال الذي نص صراحةً بضرورة علانية هذه الجلسات؛ حيث نصت المادة ٣١ - ٢ على أن "تسمح الجهة المشتريّة لجميع الموردين أو المقاولين الذين قدموا العطاءات أو ممثليهم بأن يكونوا حاضرين عند فتح العطاءات".

وتتم إجراءات البت الفني بالمراحل الآتية:

١. محضر الاجتماع الأول للجنة البت:

تجتمع لجنة البت لاستعراض محضر فتح المظاريف الفنية للعطاءات، وكذلك تستعرض محتويات المظاريف الفنية. وتشكل من أعضائها الفنيين ومن ذوي الخبرة - إذا لزم الأمر - لجنة فنية تتولى فحص العطاءات من الناحية الفنية، في ضوء هذا الفحص تبين اللجنة الفنية العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات الفنية الواردة بكراسة الشروط وغير المطابقة وأوجه عدم المطابقة.

وبعد انتهاء اللجنة الفنية من عملها، ترفع تقرير نتيجة أعمالها إلى لجنة البت تضمنه نتيجة الفحص الفني لكل عطاء على حدة، وتبين فيه العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات الفنية وغير المطابقة وأوجه عدم المطابقة. وإذا وجدت اللجنة الفنية شروطاً أو تحفظات ذات طابع مالي، تمتنع عن إبداء الرأي فيها، وتؤشر عليها بأنها شروطاً أو تحفظات مالية؛ حيث ترجئ لجنة البت الفصل فيها لحين الفحص المالي للعطاءات.

٢. محضر الاجتماع الثاني للجنة البت^(٢):

بعد ورود التقرير الفني للجنة البت، تقوم لجنة البت بمناقشته، وفي حالة الموافقة عليه، توصي لجنة البت بقبول العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات الفنية - واستبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات الفنية -، وتحرر لجنة البت محضراً، وترفعه للسلطة المختصة لاعتماده، وليس للسلطة المختصة سوى اعتماد نتيجة البت الفني والموافقة على ما انتهت إليه لجنة البت أو إلغاء المناقصة؛ وذلك عملاً بما استقر عليه قضاء مجلس الدولة من أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة، إنما هو في طبيعته قرار إداري نهائي يجمع له مقومات القرار الإداري من حيث كونه

(١) انظر: د. مجدي متولي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٢) انظر: د. مجدي متولي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

صادرًا من جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القانون واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني؛ تحقيقًا لمصلحة عامة. ومن ثم، يجوز لذوي الشأن الطعن عليه – استقلالا –؛ ذلك أن جهة الإدارة إذا اتجهت إرادتها إلى إبرام العقد، فإنها تلتزم بالتعاقد مع المتناقص أو المتزايد الذي عينته لجنة البت، وليس لها أن تستبدل به غيره.

في هذا المعنى إدارية عليا طعن رقم ١٧/٤٥٦ جلسة ١٩٧٥/٤/٥^(١)، وكذلك حكمت المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ١٦٦٨ لسنة ٣٣ ق.غ – جلسة ٤ – ١ – ١٩٩٤، قرار لجنة البت هو قرار إداري نهائي تنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية، ومن بينها وجوب الطعن فيه خلال الميعاد المقرر قانونًا وهو ستون يومًا من تاريخ النشر أو الإعلان؛ وحيث إن المشرع في القانون الجديد فصل بين البت الفني والبت المالي وحصر البت النهائي والمالي في العروض المقبولة فنيًا، فإن جهة الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد إلا على العطاء الأقل سعرًا من العروض المقبولة فنيًا فقط؛ لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالبت النهائي بالإرساء تنطبق على البت بقبول العطاءات المطابقة للشروط واستبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والموصفات.

الفرع الثاني

ضمانات عمل لجان البت في القانون العراقي

لقد نص المشرع العراقي بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على ضمانات تتعلق بعمل لجان البت؛ لذا سوف نتناول هذه الضمانات، وفقًا لما يلي:

أولاً- كتابة إجراءات البت في المناقصة:

لقد أشار نص الفقرة (خامسًا) من (٦/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إلى متطلبات عمل لجنة فتح العطاءات؛ حيث تعمل لجنة جلب العطاءات وفتحها على ضرورة تهيئة المستلزمات الآتية قبل البدء بالواجبات التفصيلية، وهي:

١- تهيئة موظف حسابات لقطع الوصولات الخاصة بعملها، ووصولات قبض بنسختين بمبلغ غير قابل للرد يحدد حسب كل مناقصة.

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ١٦٦٨ لسنة ٣٣ ق.ع – جلسة ٤ – ٩ – ١٩٩٤.

٢ - تهيئة صندوق للعطاءات ووضعه في مكان مناسب، شرط أن يكون هذا الصندوق بحجم مناسب لاستيعاب العطاءات والمخططات الفنية أو الكتالوجات، ويُفضل أن يوضع هذا الصندوق في الاستعلامات الخارجية للجهة المستفيدة، مع مراعاة إقفاله والكتابة عليه اسم المناقصة ورقمها وموضوعها، ويكون إقفاله بعدد اثنين ووضع مفاتيحها لدى جهتين مختلفين.

أما الواجبات التفصيلية، فهي:

تقوم لجنة فتح العطاءات - بالإجماع - في الوقت المحدد لغلق المناقصة - وأياً كان شكل المناقصة - وتملاً للاستمارات الخاصة بذلك التي يُدون فيها كافة التفاصيل الدقيقة الخاصة بالعطاءات، وتقوم اللجنة المذكورة بالواجبات الآتية^(١):

١. تودع العطاءات في الصندوق المخصص لدى الجهة المعنية، وبموجب وصل ينضم بنسختين - تسلم إحداها إلى حامل العطاء، ويحتفظ بالثانية لدى الجهة المعنية - على أن يُضاف إلى ذلك تدوين المعلومات الآتية في سجل خاص:

أ. اسم المناقصة ورقمها كما وردت في مستنداتها.

ب. اسم مقدم العطاء أو وكيله الرسمي وعنوانه الكامل داخل العراق أو خارجه، مع الوثائق المؤيدة لذلك.

ت. اسم حامل العطاء المخول رسمياً وعنوانه وتوقيعه.

ث. تاريخ تسليم العطاء ووقته.

ج. المرفقات الإضافية المرسلة مع العطاء، إن وُجدت.

ح. ويجوز إرسال العطاءات بالبريد المسجل في موعد يؤمن وصولها إلى الجهة المعنية قبل موعد غلق المناقصة، وعلى سكرتير اللجنة تسجيل هذه العطاءات حال استلامها.

خ. ورفض العطاءات التي ترد بعد تاريخ غلق المناقصة، والعطاءات المبنية على تخفيض بنسبة مئوية أو مثبت على العطاء عبارة (الأسعار قابلة للتفاوض)؛ كون الأسعار المقدمة لأي مناقصة أو دعوة تنافسية يتطلب أن تكون نهائية، كما ترفض العطاءات التي لا يرافق معها وصل الشراء الخاص بالاشتراك بالمناقصة.

د. ولا يجوز إعطاء أية معلومات إلى أية جهة غير مختصة عن أسماء وعاوين المناقصين أو وكلائهم خلال فترة الإعلان؛ وذلك للمحافظة على سرية الإجراءات.

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

٢. على لجنة فتح العطاءات أن تجتمع حال انتهاء الوقت المحدد لغلق المناقصة أو في بداية الدوام الرسمي لليوم التالي عند اقتضاء الحاجة للمباشرة بعملية الفتح العلني، وبحضور ممثلين عن مقدمي العطاءات في المكان المحدد لذلك مسبقاً، وفي حالة عدم حضور بعض أعضاء اللجنة، فيكمل العدد من الموظفين الاحتياط بنفس الاختصاص يحددهم رئيس جهة التعاقد أو مَنْ يخوله، وتقوم بتنظيم محضر، ويثبت في محضر اللجنة ما يلي:
- أ. التأكد من صحة الأختام الموضوعة على أغلفة العطاءات، أو التشميع السري لمقدمي العطاءات.
- ب. بيان العطاءات التي لم ترفقُ بها التأمينات الأولية المطلوبة في مستندات العطاءات.
- ت. بيان العطاءات المبنية على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع من أيٍّ من العطاءات الأخرى المقدمة في المناقصة.
- ث. تثبيت الأوراق المكون منها كل عطاء.
- ج. وضع علامة واضحة حول كل حك أو محو أو إضافة أو تصحيح ورد في جدول الكميات المسعر مع توقيع رئيس وأعضاء اللجنة.
- ح. التأكد من توقيع مقدمي العطاء على كل صفحةٍ من جدول الكميات المسعر والملاحق المرفقة مع العطاء، إن وُجدت.
- خ. لا يجوز النظر في العطاءات المقدمة إلى جهات التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني (الإنترنت)، إلا إذا كانت هذه العطاءات موثقة ومرسلة عن طريق البريد المسجل حسب السياقات المعمدة، مع احتوائها على كافة المستندات المطلوبة؛ للاشتراك بالمناقصة، وبخلاف ذلك تستبعد هذه العطاءات من قبل لجنة التحليل.
- د. الإشارة في المحضر إلى الملاحظات أو التحفظات المدونة في العطاء والملاحق التي يثبتها صاحب العطاء.
- ذ. تأشير النماذج المقدمة مع العطاءات وتدقيقها وتثبيت أوصافها العامة وعلاماتها الفارقة، إن وجدت.
- ر. التأشير على جميع صفحات العطاءات بختم اللجنة، مع توقيع أعضائها على جميع صفحات جدول الكميات المسعر لمقدم العطاء.
- ز. الإشارة بوضوح إلى أي بيانات أو معلومات لم تقدم مع العطاء، والتي يتطلب تقديمها بموجب التعليمات إلى مقدمي العطاءات المبينة في مستندات العطاءات بما فيها وصل الشراء لوثائق المناقصة.

٣. بعد أن ينتهي عمل لجنة فتح العطاءات وانتهاء عملية فتح العطاءات على الوجه الأنف الذكر، يقوم رئيس اللجنة بما يأتي:

- أ. إعلان أسعار المناقصين والمواصفات الفنية ومدة التنفيذ في لوحة الإعلانات، كما وردت في عطاءاتهم مع التأكيد على أن الأسعار المعلنة خاضعة للتدقيق والتحليل.
- ب. يتم إعداد محضر اللجنة والتوقيع عليه من قبل رئيس اللجنة وأعضائها والممثلين الحاضرين عن مقدمي العطاءات، مع بيان أية ملاحظات على عمل اللجنة، إن وجدت.
- ت. تُحال العطاءات ومرفقاتها إلى لجنة تدقيق وتحليل العطاءات بموجب محضر خاص بذلك.

ومما تقدم، نجد أن التشريع العراقي ركز على إلزامية كتابة وإثبات إجراءات عمل اللجنة (لجنة فتح المظاريف)، وذلك بقيام مقرر اللجنة بتدوين اسم المناقصة ورقمها وتاريخها، واسم مقدم العطاء أو وكيله الرسمي وعنوانه الكامل، واسم حامل العطاء المخول رسمياً وعنوانه وتوقيعه، وتاريخ وقت تسلم العطاء، وتاريخ الغلق، وقائمة العطاءات المرسلة في البريد المسجل قبل موعد غلق المناقصة، والمرفقات الإضافية المرسلة مع العطاء (إن وجدت)، والتأكد من صحة الأختام، وتدوين العطاءات التي لم ترفق بها التأمينات الأولية، وكذلك بيان العطاءات المبنية على تخفيض نسبة مئوية، وإثبات عدد الأوراق المكونة لكل عطاء، ووضع علامة واضحة حول كل حك أو محور، ووضع خط أفقي بجانب كل فقرة لم تُسعر في جدول الكميات المسعر، مع توقيع رئيس وأعضاء اللجنة، والتأشير على جميع صفحات العطاءات بختم اللجنة، مع توقيع أعضائها على جميع جداول الكميات المسعر لمقدم العطاء، والإشارة في المحضر إلى الملاحظات أو التحفظات المدونة في العطاء والملاحق التي يثبتها صاحب العطاء، والإشارة بوضوح إلى أي بيانات أو معلومات لم تقدم مع العطاء، ويتطلب تقديمها بموجب التعليمات إلى مقدمي العطاءات المبينة في مستندات العطاءات لإثبات كافة خطوات ومراحل عمل اللجنة في السجل المعد لذلك.

وبعد الانتهاء من عملية فتح العطاءات، يقوم رئيس اللجنة بإعلان أسعار المناقصين والمواصفات الفنية ومدد التنفيذ في لوحة الإعلانات كما وردت، مع التأكد أن الأسعار المعلنة خاضعة للتدقيق والتحليل. ثم بعد ذلك تُحال العطاءات ومرفقاتها إلى لجنة تدقيق وتحليل العطاءات بموجب محضر خاص، وبذلك نجد أن دور لجنة فتح العطاءات لها مهام تدقيقية أكثر من مهام فتح المظاريف في التشريع المصري، وإن كان في النهاية كلاهما ذو دور إعدادي، يتمثل بتدقيق وترتيب العطاءات وتهيئة المناسب منها، وأعطى التشريع العراقي الحق لمقدمي العطاءات في إبداء أية ملاحظات حول

عمل اللجنة. وفي نهاية الأمر، فدور اللجنة واحد في كلا القانونين، ألا وهو ترتيب وتحليل العطاءات، وإن اختلفت الطريقة وتنوعت.

لكننا نلاحظ أن التشريع المصري لم يمنح صلاحيات موسعة - إذا ما قورن بالتشريع العراقي -، للجنة فتح المظاريف من خلال بيان العطاءات المبينة على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع ومهمة فتح العطاءات البديلة (المعدلة) للعطاءات السابقة من الناحية الفنية والمالية ووضع خط أفقي بجانب كل فقرة لم تُسعر في جدول الكميات المسعر وإثبات الملاحظات المدونة في العطاء من خلال المحضر، فيعد دورها تفصيلياً ودقيقاً، وإن كان يخضع لدراسة ثانية من قبل لجنة البت.

أما المرحلة الثانية بعد انتهاء عمل لجنة فتح المظاريف، فيبدأ عمل لجنة دراسة العطاء، ولا بد من الإشارة إلى الواجبات العامة التمهيدية لعملها، من خلال ما يأتي:

الواجبات العامة للجنة البت:

أ- القيام بدراسة العطاءات وتحليل المعلومات المثبتة فيها عند استلام محضر لجان فتح العطاءات، وذلك من خلال اجتماع لجنة دراسة وتحليل العطاءات بالسرعة الممكنة، مع مراعاة فترة نفاذ العطاءات، وعلى أن تُحال قبل النفاذ بغية إلزام المجهزين والمقاولين بالتنفيذ وفقاً لما ورد في عطاءاتهم.

ب- القيام بتدقيق الأسعار حسابياً من حيث المفردات والمجاميع النهائية، ولكل عطاء تحسب الأسعار على أسس موحدة (خاصة فيما يتعلق بالموصفات الفنية للمادة المطلوبة، المنشأ، مدة التجهيز... إلخ)، واعتماد طريقة موحدة في المقارنة السعرية للعطاءات من حيث احتساب الأسعار على أساس نوع البيع التجاري، فبعض العطاءات تتضمن بيع المواد المطروحة، والبعض الآخر يتضمن نقل وتوصيل المواد إلى الجهة المستفيدة؛ مما يعني أن السعر في البيع الثاني أكثر من الأول، إلا أنه أكثر فائدة، لذا يجب أن تتم المقارنة مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف العطاءات وأساس البيوع المتضمنة لها والتكلفة والصيانة وقطع الغيار.

ت- تدون جميع التفاصيل الدقيقة عند دراسة العطاءات وتحليل المعلومات في الاستمارة الخاصة بذلك، على أن يوضح فيها بشكلٍ دقيقٍ النواقص لكل عطاء، إن وجدت^(١).

(١) انظر: د. عثمان سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ٣٨.

ونلاحظ مما سبق، تقوم لجنة فتح المظاريف بالقانون المصري بفتح المظاريف الفنية والاكتفاء بدورها فقط. إنما لدى المشرع العراقي، فتقوم لجنة فتح المظاريف بإثبات المواصفات الفنية وأسعار المناقصين ومدة التنفيذ، وبعد ذلك تخضع لتقييم من قبل لجنة تحليل العطاءات، وتجتمع في وقتٍ وجيز لإعادة الدراسة مجددًا من أجل تدقيق الأسعار حسابيًا من خلال احتساب الأسعار على أسس موحدة خاصة بإعادة تقييم المواصفات الفنية للمواد المطلوبة والمنشأ ومدة التنفيذ، بدراسة أكثر تفصيلاً؛ من أجل التوصل إلى اعتماد طريقة موحدة في المقارنة السعرية للعطاءات، وللتوصل إلى احتساب الأسعار على أساس نوع البيع التجاري والتكلفة والجودة.

ونرى من خلال ما سبق، أن هذه الإجراءات مطولة، وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يكتفي بدور ومهام لجنة فتح العطاءات ليضطلع بصورة أدق وأسرع؛ وذلك لكونها تأخذ وقتًا طويلاً، وتنقل كاهل اللجنة بأمر ومهام يفترض مقدمًا أنها قد لوحظت من قبل لجنة فتح العطاءات، كما فعل المشرع المصري.

كما بينت الفقرة (الثانية عشرة) من المادة السابعة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨ "إذا حصل خلاف في الرأي بين أعضاء لجنة تحليل العطاءات، فيجب تثبيت أوجه الخلاف في التقرير النهائي، ويحسم الموضوع من رئيس جهة التعاقد".

يتضح من خلال نص المادة السابقة، معالجة المشرع للخلاف بالرأي بين أعضاء اللجنة؛ حيث استلزم إثبات حالة الخلاف، وترك حسم الموضوع بالخلاف لرئيس جهة التعاقد. وتعد الكتابة والتوقيعات ضماناً لعمل اللجنة؛ وذلك للوصول إلى أفضل العروض، وموقف المشرع العراقي نفس موقف المشرع المصري.

لكن نلاحظ أن النصوص القانونية لم تعالج اختلاف الرأي مع العضو الفني، وحبذا لو أخذ المشرع العراقي بما أخذ به المشرع المصري. ولاحظنا مما سبق، أن لجنة فتح العطاءات دورها ترتيب وإثبات حالة العطاءات، ولكن لم يخولها المشرع إمكانية استبعاد أو رفض العطاءات؛ لأنه يدخل ضمن اختصاص لجنة دراسة وتحليل العطاءات.

وجاء نص الفقرة (الثالثة عشر) من المادة (السابعة) من قانون تنفيذ تعليمات العقود الحكومية الحالي ما يلي: "بعد الانتهاء من عملية التحليل ينظم جدول مفصل بالعطاءات، تبين فيها جميع التفاصيل المتعلقة بها والنواقص، إن وجدت، مع إجراء مقارنة وتقويم من النواحي الفنية والقانونية والمالية".

وكذلك نص الفقرة (الرابعة عشر) من المادة (السابعة) "يجب أن يتضمن المحضر النهائي حقلاً خاصاً، يبين توصية لجنة التحليل والتقويم، يذكر اسم مقدم العطاء المرشح للإحالة وجنسيته بموجب الجدول المرافق به، ومبلغ العطاء وعملته، ومدة التنفيذ أو التجهيز بالأيام، والأسس التي استندت إليها اللجنة في هذه التوصية، وكون مبلغ العطاء ضمن الحدود المقبولة للكلفة التخمينية. ويختم المحضر بتاريخه بعد التوقيع عليه من رئيس وأعضاء اللجنة". وكذلك^(١) "تعطى نسب الترجيح وفقاً لما هو مبين من تعليمات تنفيذ العقود على مقدمي العطاءات؛ لغرض المفاضلة المرشحة الفنية والمالية للعطاءات، على أن تحدد النسب ابتداءً عند إعداد وثائق المناقصات".

ونستخلص مما سبق، تأكيد (نصوص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية) على ضرورة كتابة إجراءات البت في المناقصة. ونرى أنه كان موفقاً بإدراج كافة التفاصيل عن العطاء المرشح للإحالة، وبذلك يكون قد أخذ بنفس اتجاه المشرع المصري، ولكني أجده كان موفقاً - بدرجة أكبر - من حيث دقة التفاصيل في عمل اللجنة من خلال بيان يظهر العطاء ضمن الكلفة التخمينية، ويختم المحضر بتاريخه بعد التوقيع عليه من رئيس اللجنة.

ثانياً- علانية إجراءات تحليل العطاءات في المناقصة:

نص البند (أ) من الفقرة (عشرون) من المادة (السابعة) من تعليمات تنفيذ العقود على أن "تراعى الصلاحيات المالية الخاصة بالتعاقد، وفي حالة تجاوز موضوع البت في التعاقد صلاحية رئيس جهة التعاقد، فعليه مفاتحة لجنة العقود المركزية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء؛ لاستحصال الموافقات الأصولية لأغراض الإحالة، وخلال مدة لا تتجاوز (أربعة عشر يوماً) من تاريخ إحالة الموضوع عليها، وتعد الموافقة حاصلة ضمناً عند عدم البت فيها بعد مضي هذه المدة".

وتعد قرارات الإحالة نافذة من تاريخ تبليغ من ترسو عليه المناقصة، وتوقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) يوماً من تاريخ التبليغ بالإحالة بعد مصادقة رئيس جهة التعاقد، مع إشعار بقية المناقصين بقرار الإحالة للمناقصة^(٢).

وقد أعطى المشرع العراقي الحق بالاعتراض على قرار الإحالة للمناقصين الذين لم يطالبوا بسحب التأمينات حصراً من خلال تقديم الشكاوى والاعتراضات أمام لجنة مركزية، تشكل في كل

(١) انظر: نص الفقرة (الحادية عشرة) من المادة (السابعة) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

(٢) انظر: نص البند (ب) من الفقرة (عشرين) من المادة (السابعة) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

وزارة أو جهة غير مرتبطة بالوزارة والأقاليم والمحافظات في إقليم، وترتبط بالوزير المختص أو المحافظ أو مَنْ يخوله، وتتشكل من مجموعة من الخبراء والاختصاصيين^(١).

وتتولى دراسة الاعتراضات والشكاوى التحريرية المقدمة من قبل مقدمي العطاءات المعترضين أو وكلائهم الرسميين، مع مراعاة أحكام البند (السابع عشر) من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨^(٢)، وتقدم الشكاوي خلال سبعة أيام عمل من تاريخ صدور كتاب الإحالة والتبليغ به، وتقدم التوصية للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المنظمة بالإقليم، خلال مدة لا تتجاوز (١٥) خمسة عشر يومًا من تاريخ إيداع الشكاوى لدى جهة التعاقد، وعلى الوزير المختص أو المحافظ البت بالتوصية لدى جهة التعاقد خلال (٧) أيام، ويعد عدم البت بالموضوع رفضًا للاعتراض عند مرور المدة^(٣).

وأعطي القانون الحق لجهات التعاقد التريث بتوقيع العقود لحين حسم الموضوع من الوزير المختص أو المحافظ، مع مراعاة المدد القانونية لتقديم الشكاوى والآنف ذكرها، بشرط تقديم المعترض تعهد رسمي بدفع قيمة الأضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد عن التأخر بتوقيع العقد لأسباب كيدية أو غير مبررة^(٤).

ومن جهة أخرى، منح القانون لمقدمي العطاءات الاعتراض على قرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم بموضوع الشكاوى خلال مدة سبعة أيام عمل رسمي، تبدأ من تاريخ صدوره أمام المحكمة الإدارية المختصة، والمشكلة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي، وتصدر قرارها خلال مدة لا تتجاوز (١٢٠) مائة وعشرين يومًا من تاريخ دفع الرسم القانوني، وتكون القرارات باتة عند عدم الطعن؛ تمييزًا لدى محكمة الاستئناف المختصة خلال (٣٠) يومًا من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار^(٥). وتمارس المحكمة المهام الموكلة لها استنادًا إلى الأمر (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة)، وتسترشد المحكمة بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في

(١) انظر: نص الفقرات (أ - ب) من البند (أولاً) من المادة (العاشرة) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة.

(٢) "يجوز لجهات التعاقد إطلاق التأمينات الأولية بناءً على طلبات من مقدمي العطاءات الذين لا يحتمل أن ترسو المناقصة عليهم قبل انتهاء نفاذ العطاءات، وبعد رفع التوصيات من اللجنة، على أن يتم استحصال موافقة رئيس جهة التعاقد، ويتم الاحتفاظ في كل الأحوال بتأمينات المناقصين الثلاث الأوائل المرشحين للإحالة.

(٣) انظر: نص الفقرة (ب) من البند (أولاً) من المادة (العاشرة) السابق ذكرها من تعليمات ٢٠٠٨.

(٤) انظر: نص الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (العاشرة) من التعليمات النافذة للعقود الحكومية لعام ٢٠٠٨.

(٥) انظر: نص البنود (ثالثاً - رابعاً - خامساً) من المادة (العاشرة) من التعليمات النافذة.

كل ما لم يرد به نص في هذه التعليمات أو الضوابط عن دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي^(١). وتطبيقاً لذلك، نستند إلى حكم قانوني لهذه المحكمة بما يلي^(٢):

"وجدت المحكمة أن طلب المعارض بإحالة المناقصة بعهدته باعتبار أن شرط وجود أعمال مماثلة للمناقصة، ليس شرطاً جوهرياً، وليس له سنداً في القواعد العامة للقانون المدني، وشرط إحالة المناقصة استناداً إلى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨. لذا، قررت المحكمة رد دعوى المعارض وتحمله الرسوم والمصاريف القضائية وأتعاب محاماة الوكيل المعارض عليه الموظف الحقوقي خالد أحمد نايف، مقدارها مائة وخمسون ألف دينار، وصدر القرار استناداً إلى المواد (١٦٦، ١٩١، ٢٠٣) مرافعات مدنية، والمادة (٦٣) محاماة المعدلة، حكماً حضورياً قابلاً للتمييز أمام محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، وصدر القرار بالاتفاق، وأفهم علناً في ٢١/١٠/٢٠٠٩".

ونلاحظ من خلال النصوص السابقة بعد اعتماد توصيات لجنة تحليل العطاءات - أي بعد حصول الموافقة على إحالة المناقصة أو الدعوة التنافسية من قبل الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بالوزارة وفقاً للسياقات القانونية -، يتم إبلاغ مقدم العطاء الفائز بالإحالة، وحثه على المراجعة لاستكمال المستندات المطلوبة؛ تمهيداً لإبرام العقد، ويتم إبلاغه من خلال العنوان المثبت على العطاء أو عنوان المكتب أو الشركة التجارية من خلال كتاب رسمي أو الإعلان في الصحيفة الرسمية أو الموقع الإلكتروني على شبكة النت أو في لوحة الإعلانات الخارجية بالوزارة أو الجهة غير المرتبطة بالوزارة. كما يمكن توجيه كتاب رسمي للمشاركين في المناقصة كافة، يتضمن شكرهم على المشاركة وإعلامهم بالجهة التي أحيلت إليها المناقصة^(٣). كما أن المشرع لم يحدد الجهة المسؤولة عن التبليغ، وهذا يعد نقصاً تشريعياً. وبعكس المشرع المصري الذي كان أكثر وضوحاً عندما حدد إدارة

(١) انظر: نص البند (سادساً) من المادة (العاشرة) من التعليمات.

(٢) انظر: حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود العامة الحكومية بالعدد ٧، إدارية تخطيط، ٢٠٠٩، بتاريخ ٢١/١٠/٢٠٠٩.

(٣) وهناك شروط لا بد من توافرها في قرار الإحالة يمكن إدراجها بما يلي: ١- أن يصدر من الجهة المختصة قانون المخولة بإصداره، وهم الوزارة كل في وزارته، وكيل الوزير أو المدير العام، كما يجوز لهم تفويض غيرهم في الإحالة، حسب مقتضيات العمل. ٢- أن يكون صريحاً وليس ضمنياً. ٣- أن يكون منجزاً وليس معلقاً على شرط واقف أو فاسخ. ٤- أن ينتج أثره بالحال بأن يتم تنظيم عقد مع مقدم العطاء مباشرة، وحسب الفقرة الواردة في عطائه التي وافقت عليها الإدارة، وفقاً للنماذج المعدة بالنسبة للمناقصات الداخلية، ووفقاً للنموذج المعد للمناقصات الخارجية. ٥- أن يتم استكمال موافقة لجنة الشؤون الاقتصادية إذا كان مبلغها يزيد الصلاحية المحددة للوزارة أو الجهة غير المرتبطة بالوزارة. مشار إليه عند: د. عثمان سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ٤٤.

المشتريات المسؤولة عن إخطار مقدمي العروض المقبولة فنيًا بموعد وبيان مكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية؛ ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال اللجنة.

وأجازت حضور مقدمي العروض أو مندوبيهم لحضور جلسات فتح المظاريف الفنية والمالية. ونستخلص مما سبق، أن التشريع المصري استوجب النص على علانية إجراءات البت في المناقصات من أجل نزاهة عمل اللجنة (لجنة البت)، وحضور جميع المناقصين أو مندوبيهم للتعرف على أفضل العطاءات المقدمة وأقلها سعرًا؛ مما يتيح الفرصة لمقدم العطاء مراقبة عملية الاختيار، ويمنح جواً من الشفافية والثقة بين الإدارة وبين مقدمي العروض. أما التشريع العراقي، فاستلزم سرية تحليل العطاءات، وبأسرع وقت ممكن؛ من أجل تقديم التقرير النهائي إلى الجهة المخولة بالإحالة^(١). لذا، رأينا من خلال ما سبق بأن التشريع المصري كان موفقاً أكثر من التشريع العراقي؛ لكونه حريصاً على ضمان المحافظة على حرية التنافس ومشاركة جميع مقدمي العروض بمراحل لجنة البت (لجنة التحليل)؛ مما يتيح إمكانية التظلم بالقرارات إذا كانت مجحفة بحق المناقصين، وحبذا لو أخذ المشرع العراقي بما أخذ به المشرع المصري.

المطلب الثاني

التطورات التي استحدثها المشرعين المصري والعراقي

على المبدأ التقليدي

قام المشرعان - المصري والعراقي - بإدخال تطور على المبدأ التقليدي في الإسناد بمقتضى السعر الأقل، وفي قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨. وذلك من خلال الأخذ بالاعتبارات الفنية والجودة، إلى جانب السعر في عملية الإسناد، على خلاف المبدأ التقليدي، والذي يعول على السعر الأقل في الإرساء.

وقد استهدف المشرعان من خلال التطور إلى تلافي عيوب المبدأ التقليدي في الإسناد، بالإضافة إلى مواكبة التطور التكنولوجي والصناعي للسلع والمواد واختلاف جودتها؛ فحرصاً على أن تحصل الإدارة على أفضل العطاءات جودةً من الناحية الفنية وأقلها سعرًا، والتي سوف نتناولها في كل من القانونيين المصري والعراقي في فرعين، كالآتي:

(١) انظر: نص الفقرة (ثالثاً) من (٧/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

الفرع الأول

التطورات التي استحدثها المشرع المصري على المبدأ التقليدي

طوّر المشرع المصري المبدأ التقليدي المتعلق بالإسناد بمقتضى السعر الأقل. وفي قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، تم الاهتمام بالاعتبارات الفنية والجودة، إلى جانب السعر في عملية الإسناد. كما قام المشرع المصري باستحداث أسلوبين للمناقصة، وذلك في المناقصات ذات المواصفات الفنية بالغة التعقيد، وأعطى للجهات الإدارية حرية الاختيار بينهما حسب طبيعة وظروف كل حالة. والطريقتين، هما: الطريقة الأولى، تقديم العطاءات في مظروفين، أحدهما فني والآخر مالي، والطريقة الثانية: هي الأخذ بطريقة النقاط لتقييم العطاء، والتي سوف نتناولها، كالاتي:

أولاً- تقديم العطاءات في مظروفين:

ويقصد بالمظروف الفني والمظروف المالي هو أنه "على المناقص أن يتقدم بعطائه إلى لجنة المناقصات بمظروفين مغلقين، أحدهما يتعلق بالنواحي الفنية لموضوع المناقصة، والمظروف الثاني يتعلق بالنواحي المالية للمناقصة". وهذه الطريقة للتقدم بالعطاء مستحدثة في قانون المناقصات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وذلك كما جاءت في نص المادة (١٠) "تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين، أحدهما للعرض الفني، والآخر للعرض المالي". ويقتصر فتح المظاريف المالية على العروض المقبولة فنياً، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية.

وقد أشار إلى استحداثها تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتبي لجنتي الشئون الدستورية والشئون الاقتصادية: "وهي مادة في غاية الأهمية؛ نظراً لكونها تمثل فلسفة مشروع القانون المقدم من الحكومة من حيث الاهتمام بالناحية الفنية، وكان القانون الحالي يركز الاهتمام على الناحية المالية فقط. وتقضي هذه المادة بأن يقدم العطاء في مظروفين، أحدهما فني، والآخر مالي، ولا يفتح المظروف المالي إلا إذا قبل العطاء من الناحية الفنية"^(١).

وعندما استحدث المشرع طريقة المظروفين الفني والمالي؛ ذلك استجابة لآراء بعض الفقه^(٢)، والذي طالب بها تطويراً لآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل، والتي كانت سائدة في ظل القانون الملغي؛

(١) انظر: ملحق مضبطة الجلسة الثالثة والستين.

(٢) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، ١٤ من أبريل سنة ١٩٩٨، ص ١٣٨. والمشار إليه في مؤلف المستشار عليوة مصطفى فتح الباب، مرجع سابق، ص ١١٣.

حيث ذهب إلى أن "تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في المناقصات التي تتعلق بموضوعات ذات مواصفات فنية بالغة التعقيد. ففي هذا النطاق تعتبر الترسية بمقتضي السعر الأقل، أمرًا سيئًا شديد الخطورة. ومثال ذلك المناقصات التي تتعلق بأعمال الاستشارات الفنية أو التجهيزات الفنية أو التكنولوجية للمرافق العامة كالمستشفيات والمصانع وغيرها. وفي مثل هذه المناقصات لا يصح الإسناد في السعر الأقل؛ وذلك لأن العنصر الفني في هذه المناقصات لا يقل عن العنصر المالي، بل إنه يعد أكثر أهمية. فالاعتماد على العنصر السعري فقط في مثل هذه الأحوال، يؤدي إلى انخفاض مستوى جودة الخدمات المقدمة؛ حيث الفوز بالعقد للأقل سعرًا، وبالتالي الأقل جهدًا والأقل كفاءة؛ مما ينتج عنه العديد من المشروعات منخفضة الكفاءة والباهظة التكلفة، مما يهدد استشارتنا القومية والموارد المالية المحدودة ويعرقل جهود التنمية".

والمناقصة على أساس تقديم عرض فني وآخر مالي، تخضع لذات الإجراءات والقواعد التي تخضع لها المناقصات العامة، إلا ما يتعلق منها بألية الإسناد بمقتضي السعر الأقل؛ وذلك لأن الإسناد هنا لا يعتمد أساسًا بالعنصر المالي، وإنما يعتمد أساسًا بالعنصر الفني، وبعد ذلك يأتي العنصر المالي، بل إن العنصر الفني في إطار هذه الصورة يكون له الأولوية في الترسية على العطاء بعينه^(١).

فقد استوجب المشرع المصري على المناقص على المتقدم بمظروفين، أحدهما للعرض الفني، والآخر للعرض المالي. وقد بينت المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لذات القانون محتويات كل مظروف، والتي جاء فيها "يجب أن تتضمن شروط الطرح النص، على أن تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين، أحدهما للعرض الفني، والآخر للعرض المالي، ويحتوي المظروف الفني على التأمين المؤقت المطلوب، بالإضافة إلى البيانات والمستندات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها؛ لتتحقق من مطابقة العرض الفني للشروط والمواصفات المطروحة بما يتناسب مع طبيعة التعاقد على الأخص:

١. جميع البيانات الفنية على العرض المقدم، وطريقة التنفيذ.
٢. تحديد البرنامج الزمني للتنفيذ ومدته، وبيان الكتلوجات والبيانات الخاصة بمصدر ونوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة المقدم عنها العرض، وبيان مصادر ونوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة التي تستخدم في التنفيذ.
٣. قائمة بقطع الغيار ومستلزمات التشغيل، مع بيان معدلات استهلاكها.
٤. بيانات عن أسماء ووظائف وخبرات الكوادر التي يُسند إليها الإشراف على تنفيذ العملية.

(١) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٣، مرجع سابق، ص ١٩٩.

- ٥ . بيانات كاملة عن الشركات التي قد يُسند إليها جزء من التنفيذ.
- ٦ . المستندات الدالة على وجود مركز صيانة معتمد، وسابقة الأعمال.
- ٧ . بيانات القيد في السجلات الخاصة بالنشاط موضوع التعاقد (القيد في السجل التجاري أو الصناعي أو سجل المستوردين...)، وغيرها من السجلات التي يكون القيد فيها واجباً قانوناً حسب الأحوال، وبطاقة عضوية الاتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء.
- ٨ . شهادة التسجيل لدى مصلحة لضرائب على المبيعات، والبطاقة الضريبية.
- ٩ . بيان الشكل القانوني للجهة مقدمة العطاء والمستندات الدالة على قيامها قانوناً.

ويحتوي المظروف المالي على قوائم الأسعار، وطريقة السداد، وقيمة الصيانة، وقطع الغيار، ومستلزمات التشغيل، وغيرها من العناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض وفقاً لما تقضي به شروط الطرح.

فبعد أن يقدم المناقص عطاءه المتمثل في مظروف فني ومظروف مالي، تقوم لجنة فتح المظاريف بتفريغ محتوى المظاريف الفنية وهو عمل مادي بحت. ومن ثم، تقوم لجنة البت في مرحلة ثانية بفحص العروض الفنية فقط دون فتح المظروف المالي، وإبقاء المظاريف المالية للعروض المقبولة فنياً فقط.

وهذا ما أكدته فتوى وزارة التربية والتعليم والبحث العلمي والجامعات، والتي فيها ما يلي: "ومن حيث إن المبادئ من صيغة نص المادة ١٠ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليها، أنها قررت ضرورة تقديم العروض في مظروفين، أحدهما فني والآخر مالي، وقصرت فتح المظاريف المالية على العروض المقبولة فنياً فقط. فمن قبل منها فنياً يتم فتحه مالياً، ومن لم يقبل فنياً لا يفتح مالياً. وغنى عن البيان أن الحكم الذي قرره هذا النص هو من القواعد العامة الأمرة التي لا يجوز مخالفتها، كما أنه من الواضح، بما لا يحتاج مجالاً لتفسيره أو الاستعانة بأحكام اللائحة التنفيذية في شأنه. وقضى المشرع سريان أحكام هذا القانون على التعاقدات التي تجريها الجهات المخاطبة بأحكامه، اعتباراً من ٨ يونيو ١٩٩٨، ومن ثم، يتعين الامتثال لأحكامه، مقتضاه على كافة التعاقدات التي تتخذ إجراءاتها بعد التاريخ المشار إليه"^(١).

(١) انظر: فتوى رقم ٨٠٥ بتاريخ ١٩٩٨/١٢/٣ ملف رقم (١٨٥/٦/١٨)، والمشار إليها في مؤلف د. حسن محمد هند، والمستشار محمد حسن علي حسن، الجديد في المشكلات العمالية لقانون المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص ١٤١ وما بعدها.

ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول، أو استبعاد العروض الفنية في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض.

ولذلك على المناقص أن يحرص بأن يضع في المظروف كل ما من شأنه أن يؤثر على قبول عطائه وتقييمه^(١).

ويرى بعض الفقه^(٢) أن المشرع قد استحدث نظام المظروفين لأجل أن تتم الدراسة الفنية من جانب الفنيين في هدوءٍ وحيدةٍ، بعيداً عن تأثير الأسعار عليهم عندما تكون مكشوفة لهم، ويكون هناك فوارق في الأسعار، سوف تكون لصالح الخزنة العامة، الأمر الذي يؤثر على قرارهم الفني أو الاستبعاد. وهو ما دعا المشرع إلى جعل البت يتم على مرحلتين، المرحلة الفنية والمرحلة المالية. وبالتالي إذا ذكر أحد مقدمي العطاءات أسعاره في عرضه الفني، فيكون بذلك قد كشف المظروف المالي أثناء الدراسة الفنية، وأصبح المظروف المالي عديم الجدوى، ويعتبر مقدم العطاء قدم مظروفين في مظروف واحد، وهو ما يعد مخالفاً لما أراده المشرع بالنص على المظروفين، وبالتالي يتم استبعاده من المناقصة بأنواعها، إذا حدث منه ذلك.

ونرى أن نظام المظروفين الفني والمالي، بالإضافة إلى حصول الإدارة على أفضل العروض من الناحية الفنية والجودة وأفضلها سعراً، فإنه يُسهل عمل لجنة البت، ويختصر في وقتها من خلال اقتصارها على فتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً.

إلا أنه هناك انتقادٌ على طريقة المظروفين، وهي أن المشرع المصري قد عمم الأخذ بهذه الطريقة في الإسناد، سواء تعلق الأمر بالمناقصات العامة أو الممارسات العامة في كل المجالات؛ لأن هناك كثيراً من المناقصات والممارسات تكون لها مواصفات قياسية ومتفق عليها. ومن ثمَّ، فإنه في مثل هذه الحالات يكون اللجوء إلى هذه الطريقة (العرض المالي والعرض الفني) غير مجدية، وتؤدي إلى تعطيل مصالح الإدارة والإضرار بالمصلحة العامة في النهاية^(٣).

كما يلاحظ أن هذا الأسلوب يستغرق وقتاً وإجراءات، وهو أمر مقبول إذا كان موضوع المناقصة سلعة لها مواصفات فنية متطورة ومتباينة. غير أن هذه الإجراءات تصبح غير ذات جدوى إذا كان موضوع المناقصة سلعة لا تختلف مواصفاتها الفنية أو تتباين، كما يحدث غالباً في عقود

(١) انظر: المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٢) انظر: د. حسن محمد هند، والمستشار محمد محمد حسن علي حسن، المرجع السابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

(٣) انظر: أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

التوريد كعقود، توريد سلعة محددة المواصفات، وكذلك في العقود الإدارية التي يكون محلها شراء أو بيع عقار. ففي مثل هذه الحالات كان يجب على المشرع أن يستبقي آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل؛ توفيراً للوقت والجهد، ولتحقيق المصلحة المالية للإدارة، من غير إهدار للاعتبارات الفنية^(١).

ثانياً- الأخذ بطريقة النقاط لتقييم العطاء:

فلقد استحدث المشرع المصري طريقة لإرساء المناقصة في القانون الحالي، بالإضافة إلى طريقة المظروفين الفني والمالي، وهي طريقة الأخذ بالنقاط.

وتلجأ الإدارة إلى هذه الطريقة في حالة إذا كان محل التعاقد ذي طبيعة فنية تتطلب ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة ٩ في اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والتي جاء فيها "في حالة التعاقد التي تتطلب الطبيعة الفنية فيها تقييم العروض بنظام النقاط، فيجب تضمين شروط الطرح عناصر وأسس التقييم، بعد اعتمادها من السلطة المختصة. ويجب في هذه الحالة أن يتم تحديد نقاط التقييم والحد الأدنى للقبول، واعتمادها من السلطة المختصة قبل فتح المظاريف الفنية".

وتتميز طريقة الأخذ بالنقاط بالدقة والاهتمام بالنواحي الفنية في ترتيب العطاءات عند الإرساء، أكثر منها في طريقة المظروفين الفني والمالي؛ وذلك لأن الطريقة الأخيرة تتركز على قيام لجنة البت بالنظر إلى الصالح منها والمخالف للشروط الفنية، دون أن تقوم لجنة البت بترتيب العطاءات المقبولة فنياً منها من حيث الصلاحية.

بينما في طريقة الأخذ بالنقاط، تقوم لجنة البت بترتيب أولوية العطاءات من خلال قسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموعة النقاط الفنية الحاصل عليها، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية لنفس القانون، والتي جاء فيها "بمراعاة ما تضي به أحكام المادة ١٦ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة والمقارنة بين العروض بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية، مع الأخذ في الاعتبار شروط الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد. وإن تضمنت شروط الطرح تقييم العروض بنظام النقاط، فسيتم ترتيب أولوية العطاءات بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على

(١) انظر: ا.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٣، مرجع سابق، ص ٢١١.

مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها، وترفع لجنة البت محضراً بإجراءاتها وتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه".

ويرى رأي من الفقه^(١) أن المشرع أحسن صنعا عندما أجاز تقييم العطاءات بنظام النقاط؛ لكون هذا التقييم هو الأكثر عدالة، ويفرز أحسن وأجود الأشياء من الناحية الفنية، ويجنب الجهات الإدارية الحصول على منتجات ليست على مستوى الجودة المطلوبة. كما أنه يفضل في أحوال كثيرة؛ لكونه يعطي للجهة الإدارية الحرية في اختيار الأفضل والأقل سعراً، بخلاف الدراسة الفنية للعطاءات التي تقوم على القبول والرفض بدون تقييم بالنقاط؛ لأنه إذا تقدم عطاء به المواصفات التي طلبتها الجهة الإدارية، فإن هذه المواصفات لا تتحمل الخدمة الشاقة، أو أنها سريعة التلف، وبالتالي يكون سعرها هو الأقل. وبهذا، سوف تتم الترسية على صاحب هذا العطاء إذا ما قبل فنياً، ولا يحق للجهة الإدارية الترسية على الأقل، وترك الأرخص بحجة الجودة الفنية؛ لما في ذلك من إهدار المال العام، ولذلك أتاح المشرع للجهات الإدارية حرية ولوج أي الطريقتين حسب ظروف وطبيعة كل حالة.

إلا أنه لاختيار طريقة الأخذ بالنقاط للتعاقد، فإنه يتعين الآتي:

١. تحديد أسس وعناصر التقييم بالنقاط، واعتمادها من السلطة المختصة، والنص عليها ضمن شروط الطرح.
٢. أن يتم تحديد نقاط التقييم لكل عنصر من العناصر والحد الأدنى للقبول، وأن يعتمد ذلك من السلطة المختصة قبل فتح المظاريف الفنية؛ وذلك كله تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة، وليأخذ هذا التحديد صورة قواعد عامة مجردة، ثم يجري تطبيقها بموضوعية على العطاءات بعد فتح مظاريفها الفنية^(٢).

ولتطبيق طريقة الأخذ بالنقاط بموضوعية ومساواة، يجب أن يتم وضع هذه الأسس والقواعد ضمن شروط الطرح في الإعلان وكراسة الشروط؛ حتى يكون المتقدم للمناقصة على بينة بأسس وقواعد التقييم. إلا أنه يرى جانب من الفقه^(٣) أن النص يجب أن يتضمن الإعلان عن أسس وعناصر التقييم، دون توزيع فرصة أكبر للجان الفنية للتحكم في صلاحية العطاء فنياً وتقدير الدرجات الفنية

(١) انظر: حسين محمد هند، والمستشار محمد حسن علي حسن، مرجع سابق، ص ١٠١ وما بعدها.

(٢) انظر: المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٣) انظر: المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

التي يستحقها، وكان الواجب أن يتم تحديد الحد الأدنى من الدرجات وتوزيعها، وذلك في ذات كراسة الشروط تحقيقاً لشفافية عملية التقييم الفني للعطاءات.

ونحن أيضاً نرى ذلك؛ لكي يكون المتقدم للمناقصة حريصاً على أن تتم الترسية عليه من خلال أفضل ما لديه بالنسبة للسلعة التي تحتوي على نقاط عالية، والتي تحرص الإدارة على الحصول عليها، ولذلك على الإدارة أن تحرص على توزيع الدرجات بشكل أكبر على الناحية الفنية للسلعة التي تريد الإدارة الحصول عليها.

وبعد الحصول على موافقة السلطة المختصة بالأخذ بطريقة التقييم بالنقاط وتحديد عناصر وأسس التقييم ونقاطها والحد الأدنى للقبول الفني، وتضمن ذلك شروط الطرح، يتم فتح المظاريف الفنية ودراستها من الناحية الفنية وإعطاء الدرجات لكل عنصر من عناصر العرض الفني الواحد، وبعد ذلك يتم تجميع هذه الدرجات، فإذا حصل على الحد الأدنى للقبول الفني يتم إبقاؤه، وإذا لم يحصل على الحد الأدنى للدرجات يتم استبعاده، ومن ثم لا ينظر إلى مظهره المالي.

وبعد ذلك تقوم لجنة البت بفتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً وترتيب أولويتها من خلال قسمة القيمة المالية للعطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها، ومن ثم إرساء المناقصة على العطاء ذي القيمة المقارنة الأقل.

وهذا ذهبت إليه إدارة فتوى وزارة الإسكان والمرافق في فتوى لها جاء فيها "وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد أجاز للسلطة المختصة في الحالات التي تتطلب الطبيعة الفنية فيها تقييم العروض بنظام النقاط، فإنه يجب على الجهة الإدارية أن تنص على ذلك في شروط الطرح، وأن تتضمن هذه الشروط عناصر وأسس التقييم بعد اعتمادها منها. ويجب أن تحدد نقاط التقييم – أي درجة – المحددة لكل عنصر والحد الأدنى للقبول الفني، وأن يتم اعتماد هذا التحديد من السلطة المختصة قبل فتح المظاريف الفنية، فإذا ما تضمنت شروط الطرح تقييم العروض على هذا النحو، فيكون ترتيب العطاءات بقسمة القيمة المالية للعطاء بعد التقييم المالي على مجموع النقاط الفنية، طرح العملية للمرة الثالثة متضمنة تقييم العروض بنظام النقاط، مع تعديل المواصفات الفنية المطلوبة، وهو أمر تملكه السلطة المختصة. وكان يجب على اللجنة الفنية والمالية اتباع أسلوب التقييم بالنقاط، وعدم قيامها بذلك

تكون قد أخلت وخالفت شروط الطرح بما يرتبه ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين، ويتعين لذلك إلغاء المناقصة^(١).

وفي الواقع أن الجديد الذي أتى به القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يتمثل في الخروج عن مبدأ السعر كمعيار وحيد للإرساء؛ فالمناقصة بثوبها الجديد لم تعد تستند إلى العارض الذي تقدم بالسعر الأقل، بل إلى العارض الذي قدم أفضل الضمانات المالية والفنية. وإن هذا المذهب الجديد الذي تبناه المشرع المصري، والذي يعتبر بحق تجديدًا جذريًا وتاريخيًا في نطاق أنظمة إبرام العقود في مصر، يختلف إلى أقصى الحدود عن نظام المناقصة على أساس الموازنة بين عاملين السعر والجودة؛ لأنه ضمن هذا الصنف الأخير من المناقصات، لا يُضاف إلا معيار واحد، إلى جانب معيار السعر عند الإرساء، وهذا المعيار هو جودة الأداء المطلوب فقط. في حين يعتمد المفهوم الجديد للمناقصة، والذي تبناه المشرع المصري، على عدة معايير لتقييم أفضلية العطاء، ولا يكون جودة الأداء في حد ذاتها إلا عاملاً من جملة العوامل التي تحدد القيمة المقارنة بين العطاءات، مما يوسع من نطاق السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة في التعامل مع العطاءات المقدمة، ومما يؤدي إلى انعدام التفاضلية عند الإرساء تقريباً^(٢).

الفرع الثاني

التطورات التي استحدثها المشرع العراقي على المبدأ التقليدي

إنّ التشريع العراقي - كما بينا سابقاً - لم يلزم رجل الإدارة بالأخذ بمبدأ آلية الإرساء، بالرغم أنها القاعدة في العقود الحكومية، التي تسعى الإدارة من خلال المناقصة العامة الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم أفضل العطاءات من الناحية الفنية والمالية، فتهدف المناقصة إلى اختيار المتعاقد الذي يقدم أقل عطاء^(٣)، لكن المشرع العراقي لم يلتزم بها؛ لأن غاية المشرع من تنظيم طرق اختيار المتعاقد تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة، بالتزام الإدارة باختيار صاحب العطاء الأفضل من حيث الشروط المالية، والثانية مراعاة مصلحة الإدارة؛ وذلك بتمكينها من أن تختار أكفأ المتقدمين للتعاقد،

(١) انظر: فتوى إدارة وزارة الإسكان والمرافق رقم ١٠٥٤/١٢/٣٧، صادرة ٤٢٣ في ٢٣/٥/٢٠٠٠، والمشار إليها في مؤلف الدكتور محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ٥٤٥.

(٢) انظر: د. مهدي مختار نوح، مرجع سابق، ص ٥٣٠ وما بعدها.

(٣) انظر: د. فاروق أحمد خماس، ودكتور محمد عبدالله الدليمي، مرجع سابق، ص ٧٨.

حتى لو لم تكن شروطه المالية هي الأفضل^(١)، سواء تعلقت تلك الكفاءة بقدرة الطرف المتعاقد مع الإدارة من الناحية المالية، أو من الناحية الفنية، وهو بحد ذاته ضمان أساسي من ضمانات المصلحة العامة^(٢).

لذلك، يسعى التشريع العراقي للوصول إلى أفضل عرض من الناحية المالية والفنية، والتأكد من كفاءة المساواة والحيدة التامة بين المتقدمين؛ بحيث يتم الاختيار على أسس موضوعية دون التأثير بالاعتبارات الشخصية. وقد أكدت التشريعات العراقية من خلال النصوص القانونية التي صدرت بعد الاحتلال من (تعليمات تنفيذ العقود الحكومية) رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، والسابق ذكرها بالمادة السابعة^(٣). وكان التشريع العراقي موفقاً؛ لأنه لم يلزم الإدارة بقبول أقل العطاءات إذا كانت العطاءات المعروضة غير مستوفية للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة.

واستخدم المشرع العراقي عدة ضوابط وإجراءات لغرض التوصل إلى العطاء الأفضل، وذلك بقيام لجنة تحليل وتقويم العطاءات باستبعاد العطاءات غير المستوفية للمواصفات الفنية المطلوبة، وإن كانت أقل العطاءات سعراً واستبعاد المقاول غير الكفاء، والمطالبة بالكفاءة المالية من خلال تقديم الحسابات الختامية المصادق عليها من محاسب قانوني وحجم الالتزامات المالية للمقاول، والقدرة على الالتزام بمواعيد الإنجاز والتسليم وسجل مرض في الإنجازات للأعمال السابقة وتوافر المهارات والقدرات الفنية لتنفيذ العقد وسجل تأييد بالأعمال المنجزة، إن وجدت.

ويتم إجراء الترتيب للعروض المالية والفنية لأغراض المفاضلة؛ للوصول إلى أفضل العطاءات بعد اختيار أعلى الدرجات في التقويمين الفني والمالي عند الترشيح للترسية^(٤).

لذلك، نلاحظ أن المشرع العراقي كان موفقاً؛ لأنه لم يقيّد نفسه بمبدأ آلية الإرساء؛ كونه لا ينظر إلى القيمة السعرية للعطاء فقط، إنما يأخذ في الاعتبار الجوانب الفنية الواردة فيه، فثُحال المناقصة على هذا الأساس، باعتبار أن العطاء يكون مناسباً ليس فقط للجانب المادي، وإنما لاعتبارات الجودة، وبذلك يكون العطاء المطلوب أفضل العطاءات المقدمة التي ترسو عليه المناقصة. وعليه، فلا ترسو المناقصة على أقل العطاءات، وإنما على أفضلها من النواحي الفنية، إضافة لاعتبارات آخر

(١) انظر: د. ماهر الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

(٢) انظر: د. علي محمد بندير وآخرون، مرجع سابق، ص ٤٩٣.

(٣) انظر: المادة السابعة، البند (أ) من الفقرة (عاشراً م/٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.

(٤) انظر: البند (أ/ب/ج/د/ه/و/ز/ح) من الفقرة (عاشراً) من المادة السابعة من التعليمات المذكورة آنفاً.

كالسمعة التي يتمتع بها المقاول من خلال الإنجازات السابقة، وكفاءته المالية ومهارته الهندسية وقدرته الفنية لتنفيذ العقد، وغيرها من المتطلبات التي يمكن الاعتماد عليها للوصول إلى أفضل العروض المقدمة.

وإن كان رأينا لو أخذ المشرع العراقي بأسلوب المظاريف المالية والفنية في العطاءات التي تتطلب خبرات فنية معقدة أو فنية متطورة ومتباينة؛ من أجل عدم إضاعة الوقت وتنظيم عمل لجنة تحليل العطاءات بالدقة المطلوبة من أجل اختيار العطاءات المقبولة فنياً، ويتم فتح العطاءات المالية التي تم قبولها فنياً، وهي تجربة رائدة للتشريع المصري يمكن الأخذ بها.

إن الإجراء الذي تقوم به لجنة التحليل بعد اختيار العطاء المناسب هو تنظيم جدول مفصل بالعطاءات كافة، تبين فيه جميع التفاصيل والنواقص – إن وجدت –، مع إجراء مقارنة وترجيح من النواحي الفنية والمالية وقانونية^(١)، ويجب أن يحتوي المحضر النهائي حقلاً خاصاً، يبين توصية لجنة التحليل والتقويم^(٢).

وأوجب التعليمات^(٣) أن قرارات الإحالة تعد نافذة من تاريخ تبليغ مَنْ ترسو عليه المناقصة. وبهذا الصدد، يجب على الإدارة أن يكون التبليغ وفقاً لما هو مثبت من عنوان مندرج ضمن وثائق المناقصة، وتحديد موعد لتوقيت العقد وإكمال التأمينات، ورسم الطابع وأي شروط أخرى^(٤).

وأشار القانون إلى أنه يجوز لجهات التعاقد إطلاق التأمينات الأولية البالغة (١٠%) في المناقصات العامة بناءً على طلب مقدمي العطاءات الذين لا يتحمل أن ترسو عليهم المناقصة قبل انتهاء نفاذ العطاءات، وبعد أن ترفع التوصيات من اللجنة، على أن يتم الاحتفاظ في كل الأحوال بتأمينات المناقصين الثلاثة الأوائل المرشحين للإحالة^(٥)؛ كضمان في حالة فشل المرشحين الأول والثاني من رسو العطاء عليهم. في حين أشار القانون المصري الحالي وجوب رد مبلغ التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة دون توقف على طلب منهم، وذلك فور انتهاء المدة المحددة

(١) انظر: الفقرة الحادية عشرة من (٧/م) من التعليمات المذكورة آنفاً.

(٢) انظر: الفقرة (١٣) من (٧/م) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

(٣) انظر: نص الفقرة ١٤ من المادة السابعة من التعليمات أعلاه.

(٤) انظر: البند (ب) من الفقرة عشرين من المادة ٧ من التعليمات أعلاه.

(٥) انظر: د. ياسين كريم محمد، مرجع سابق، ص ١٣.

لسريان العطاء، وبذلك نجد أن موقف المشرع المصري كان أفضل من حيث المحافظة على حقوق المتعاقدين^(١).

ونستخلص مما سبق ذكره، ومن خلال اطلاعنا على النصوص التشريعية العراقية والمصرية، أن هذه الأخيرة كانت حريصة كل الحرص على وضع ضوابط ومعايير سليمة؛ بُغية الوصول إلى أفضل النتائج لإرساء العطاء على أفضل العروض المطابقة للشروط والمواصفات المطلوبة على أعلى المستويات بحدود ما هو متوافر من العطاءات المعروضة.

المطلب الثالث

إخطار صاحب العطاء الأفضل واعتماد المناقصة

وبعد أن انتهينا من شرح آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل وكيفية الإسناد عن طريق ترتيب العطاءات واختيار العطاء الأفضل، وأوجزنا في شرح تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت والضمانات في القانونين المصري والعراقي، لا بد أن نبين الخطوات الأخيرة للمناقصة الحكومية، وهي إخطار أصحاب العطاءات المقبولة واعتماد المناقصة، وسنبينها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الإخطار في القانونين المصري والعراقي

أولاً- الإخطار في مصر:

حيث أشار التشريع المصري في مادة ٢٥ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إلى إخطار مقدمي العروض المقبولة بالنص التالي:

"بعد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمي العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية، السابق تقديمها منهم؛ ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال اللجنة".

ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض، وبين تاريخ إرسال

(١) انظر: نص الفقرة ١٧ من المادة ٧ من التعليمات السابق ذكرها.

الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية، فقضت المحكمة الإدارية العليا أنه "ومن حيث إنه الوجه الأول من أوجه الطعن، فإن المحكمة الإدارية العليا قد استقر قضاؤها على أن العقد يعتبر منعقدًا بين جهة الإدارة ومقدم العطاء بمجرد إخطاره بقبول عطائه"^(١).

تبدأ هذه المرحلة من وقت إرساء المناقصة على المناقص الفائز، وحتى استكمال ما يتطلبه القانون من إجراءات. وكما أوضحنا سابقًا، وعادةً ما تفرض التشريعات على الجهة المختصة الإعلان عن اسم المناقص الذي رست عليه المناقصة مبدئيًا، وعليها تبليغه برغبتها المبدئية بالتعاقد معه ومطالبته بتقديم التأمينات النهائية وفق النسبة المحددة، ووفقًا لما نصت عليه وثائق وشروط المناقصة خلال المدة المقررة، والتي غالبًا ما تتحدد بين ١٠ - ٢٠ يومًا. ومن الجائز تمديدتها لمدة مناسبة إذا كان المناقص خارج البلد^(٢)، فإذا تخلف المناقص عن تقديم الكفالة (الضمان) المالي النهائي بدون عذر مشروع، اعتبر ذلك القبول الأولي ملغيًا، واعتبر المناقص منسحبًا من المناقصة. لذلك، يمكن وصف القبول الأولي (المبدئي) بأنه قبول معلق على شرط واقف هو تقديم التأمينات ومراجعة المناقص لاستكمال الشروط القانونية الأخرى، فإذا تحقق الشرط صح العقد والعكس صحيح، فإذا تخلف الشرط ألغى العقد. وتعتبر^(٣) الخطوة الأخيرة في هذا الصدد هي إخطار المتقدم، الذي قبل عطاؤه برسو العطاء عليه. وقد أوجبت المادة ٣٤ من اللائحة الجديدة - والمقابلة للمادة ٧٥ من اللائحة الملغاة - على مدير المشتريات إخطار مقدمي العطاءات الذين قبلت عطاءاتهم بنتيجة المناقصة، وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد نتيجة المناقصة، ويجب أن يذكر في الإخطار ذاته إيداع التأمين النهائي خلال المدة المحددة، وكذلك الحضور لتوقيع العقود، وترفق العقود بصورة طبق الأصل من هذه الإخطارات، وترسل صورة منها إلى مدير المخازن أو إلى القسم المختص حسب الأحوال، كما يجب إخطار مقدمي العطاءات التي تم استبعادها أو غير المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول.

وما لم يتم هذا الإخطار، فإن الرابطة التعاقدية لا تقوم، كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٦٩، وبالتالي "لا يجوز التحدي في مواجهته (المناقص) بانعقاد

(١) حكمها في الطعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٣١ق، جلسة ١٩٩٠/١/١٦، السنة ٣٥، مشار إليه عند: المستشار الدكتور عليوة فتح الباب، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢) انظر: المادة (١٨) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٣) انظر: أ.د. محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٦.

العقد، ويمتنع بالتالي تبعاً لذلك أعمال آثاره، والاستناد إلى أحكامه للشراء على حساب المدعي عليه، ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك".

أما إذا أخطر المقاول أو المتعهد بقبول عطائه، وتأخر في إيداع التأمين النهائي خلال المدة المحددة له بالإخطار، فيجوز للجهة المتعاقدة - بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، ودون حاجة لاتخاذ أي إجراءات أخرى أو اللجوء إلى القضاء - أن تلغي العقد، وتصادر التأمين المؤقت، أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه، بمعرفة الجهة المتعاقدة، أو بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه في المناقصة. ويكون لها الحق في أن تخصم من أي مبالغ تكون مستحقة، أو تستحق له، أيًا كان سبب الاستحقاق لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة إدارية أخرى كل خسارة تلحقها، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري^(١).

ويلاحظ أن هناك اختلافاً بين الممارسة والمناقصة في شأن المدة التي يظل صاحب العطاء مقيداً بعطائه، خاصة أن جلسة فتح العطاءات في الممارسة لا تكون معلنة سلفاً، وهي ليست علنية، الأمر الذي جعل طول فترة الارتباط محلاً للشكوى من جانب المقاولين والمتعهدين، وتقضي التوجيهات والمنشورات الدورية بأن تكون مدة الارتباط معقولة، وألا تتجاوز الحد الأدنى اللازم لترسية العطاء^(٢).

ويجب أن يتضمن الإخطار المعايير التي يقوم عليها اختيار الإدارة لأصلح العطاءات، وأخيراً، فإنه - كما ذكرنا - فإن الإدارة تستطيع إخطار مقاولين أو متعهدين لم يشتركوا في المرحلة الأولى.

ولقد نص المشرع على التبليغ صراحة في المادة ٣١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل، تبدأ من اليوم التالي لانقضاء عشرة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة، إلا أن القضاء الإداري المصري - وعلى خلاف ما هو سائد في فرنسا - يرتب آثاراً حاسمة على التبليغ؛ حيث استقر هذا القضاء على أن العقد

(١) انظر: أ.د. محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص ٢٦٦.

(٢) انظر:

يعتبر مبرماً بين جهة الإدارة، ومقدم العطاء، بمجرد إخطاره بقبول عطائه^(١). وهذا يعني أن العقد لا يعتبر مبرماً بمجرد صدور قرار الإبرام من جانب السلطة المختصة، إذ لا بد من إخطار المتعاقد المؤقت بذلك، والطلب منه صراحة أن يبدأ في تنفيذ العقد. وقد علل القضاء الإداري المصري في مسلكه هذا بأن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني، ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وبالتالي لا يعتبر التعاقد تاماً، إلا إذا علم الموجب بقبوله، وذلك استناداً إلى نص المادة ٩١ من القانون المدني^(٢).

وفي تقديرنا أن هذا الاتجاه الذي سار فيه القضاء في مصر منتقد بعض الشيء؛ فالإخطار - كما حكم مجلس الدولة الفرنسي - لا يعتبر قراراً إدارياً، وبالتالي لا يمكن أن نعتبره من مكونات التعبير عن إرادة الإدارة التي رأينا أنها تشكل سلسلة من القرارات، كما أن هذا الحل يفتح الباب أمام التعسف من جانب الإدارة، فتكتفي - بعد تقديرها قبول نتائج الإرساء - ألا تخطر من رست عليه المناقصة، دون أن يحق لهذا الأخير أن يثير مسؤوليتها التعاقدية؛ لأن العقد - وفقاً لما توصل إليه القضاء - لا يكون قد أبرم بعد. وهذا الحل يمكن أيضاً أن يسهل من إمكانية التحايل على الإدارة من جانب المتعاقد، وذلك من خلال التلاعب بإجراءات الإخطار، وإثباته بالتالي أنه لم يتلق إخطار قرار القبول، مما ينفي قيام أية علاقة تعاقدية بينه وبين الإدارة، مع ما تكبدته الإدارة من وقت ونفقات في سبيل إبرام العقد، وذلك إضافة إلى أن الإخطار لم يعد ذا أهمية كبيرة بعد صدور القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الذي أشار في المادة ٤٠ منه إلى ضرورة إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة في لوحة إعلانات مخصصة لهذا الغرض.

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٧٣، جلسة ١٩٩٠/١/١٦، السنة الخامسة والثلاثون، ص ٨١١. وحكمها في الطعن رقم ١٣٨، لسنة ١١ق، جلسة ١٩٦٨/٤/٢٧، السنة الثالثة عشر، مذكور في مجموعة الخمسة عشر عاماً في العقود الإدارية، ص ١٤٠، حكم القضاء الإداري، في القضية رقم ٥٣٥ لسنة ١٠ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨، السنة الحادية عشرة، ص ٣٨٩.

(٢) انظر: المادة ٩١ من القانون المدني المصري التي تنص على ما يلي: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره، في الوقت الذي يتصل بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك: (أ) يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

(ب) ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول.. وبذلك فإن المشرع المصري قد تبنى نظرية علم الموجب بالقبول، ومؤدى هذه النظرية، إن تعاقد بين غائبين يتم في وقت علم الموجب بالقبول، وذلك استناداً إلى أن القبول تعبير عن الإرادة لا ينتج أثراً قانونياً، إلا إذ علم به من وجه إليه. راجع في تفاصيل هذه النظرية: د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ط ٦، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٩٥ وما بعدها.

بالنسبة للفقهاء في مصر، فإننا نلاحظ وجود تردد في موقفه من هذا الموضوع؛ فالأستاذ العميد سليمان الطماوي، يرى أن الرابطة التعاقدية لا تتم إلا بعد المصادقة على قرار الإرساء من الجهة التي تملك إبرام العقد^(١)، ولكنه يعود فيرى أن الرابطة التعاقدية لا تقوم إذا لم يتم إخطار مَنْ رست عليه المناقصة بقرار الإبرام^(٢). أما الدكتور صلاح الدين فوزي، فيذهب مذهب المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن؛ حيث يري: "إن العقد الإداري ينعقد عندما يتصل قبول الإدارة بعلم مَنْ رسا عليه العطاء"^(٣). في حين يرى الدكتور محمد سعيد أمين أن التزامات الإدارة تبدأ من لحظة اعتماد نتائج إرساء المناقصة^(٤)، وكذلك يرى الدكتور عثمان عياد أن العقد الإداري ينعقد بقرار تالي على إرساء المناقصة، وهو اعتماد الإرساء من الجهة المختصة بإبرام العقد^(٥).

وفي عبارات حاسمة ذهبت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٨٨ لسنة ٤١٤ اق جلستها المنعقدة في ٢٤/١١/١٩٧٣ (السنة التاسعة عشر) بأنه: "من حيث الأصل أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وبالتالي لا يعتبر التعاقد تاماً إلا إذا علم الموجب بقبوله، ولما كان المستفاد من استقراء الأوراق على ما سلف البيان، أن جهة الإدارة، وإن كانت قد قبلت العطاءين المنسوب صدورهما إلى المدعي عليه – على فرض أنه قد تقدم بهما فعلاً، إلا أن القبول على التفصيل السابق لم يتصل بعلم المدعي عليه – ومن ثم، فإنه لا يجوز التحدي في مواجهة المدعي عليه بانعقاد العقد، ويمتنع منعاً من أعمال آثاره، والاستناد إلى أحكامه لطرح العمليتين على حساب المدعي عليه ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك.

والمسلم به أن التزامات الإدارة لا تبدأ إلا من لحظة اعتماد السلطة المختصة لقرارات لجنة البت، أما قبل ذلك، فإن التعاقد يكون في دور التكوين، وكل ما يترتب على قرار لجنة البت نتيجة واحدة، وهي التزام الإدارة بأن لا تتعاقد إلا مع مَنْ ترسو عليه المناقصة. وهذا ما يُعرف بالآلية المناقصة. ولكن في مقابل هذه الآلية جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد إطلاقاً بإلغاء المناقصة إذا رأت أن المصلحة العامة في هذا العدول لا تجبر الإدارة على التعاقد مع شخص لا تريده.

(١) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط٤، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٢) انظر: أ.د. سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص ٣١٦.

(٣) انظر: د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٤) انظر: د. محمد سعيد أمين: دراسة وجيزة في العقود الإدارية والأحكام الإبرامية، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(٥) انظر: د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٧٢. ود. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٥٢١.

هذا، وتتمثل الخطوة الأخيرة من هذا الصدد في إخطار المتقدم الذي قبل عطاؤه برسو العطاء عليه؛ فقد قررت المادة ٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في هذا الشأن بأنه بمراعاة أحكام المادة ٤٠^(١) من قانون تنظيم المناقصة بأوامر التوريد أو أوامر الإسناد في خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل تبدأ من اليوم التالي لانقضاء عشرة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض. كما يطلب منهم سداد قيمة التأمين النهائي في خلال المدة المحددة لذلك^(٢). بعد أن تعد الجهة الإدارية قائمة بالمقاولين أو المتعهدين المقبولين لديها لاستيفائهم شروط الكفاءة الفنية والمالية الضرورية لإبرام العقود معها، تقوم بإخطارهم لتقديم عطاءاتهم، ويجب أن يتضمن هذا الإخطار أو الإعلان البيانات التالية موضوع العقد، المكان الذي تسحب منه كراسات الشروط والاطلاع على الشروط الخاصة بالمناقصة، مكان وتاريخ تسليم العطاء، المدة التي يلتزم فيها صاحب العطاء بعطائه وجميع البيانات الأخرى التي تراها الجهة الإدارية لازمة لإتمام العملية ويجب أن تعطي الإدارة مهلة لتقديم العطاءات لا تقل عن واحد وعشرين يومًا من تاريخ الإخطار أو خمسة عشر يومًا في حالة الاستعجال^(٣).

وإذا أخطر المقاول أو المتعهد بقبول عطائه، وتأخر في إيداع التأمين النهائي خلال المهلة المحددة له بالإخطار، فإن المادة ٢١ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قررت بأنه يجوز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب موصي عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات لعطائه من حقها، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور. وفي حالة عدم كفايتها تلجأ

(١) انظر: المادة ٤٠ من القانون التي تنص على أن: "تعلن أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة أو الممارسة المحدودة أو المزايدة، وبإلغاء أي منهما وبإستبعاد العطاءات في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض، وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، وتحدد السلطة المختصة لها مكانًا ظاهرًا للكافة، كما يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصي عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء".

(٢) انظر: نص المادة ١٨ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ التي تقيد على أن صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام، تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصي عليه بعلم الوصول بقبول عطائه التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى يساوي (٥%) من قيمة العقد، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يومًا، ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للإدارة في الحالتين بما لا يتجاوز عشرة أيام، وإذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائي وجب رد الزيادة فورًا بغير طلب.

(٣) انظر: د. عبد الفتاح صبري أبو الليل: أساليب التعاقد الإداري، مرجع سابق، ص ٣٦١.

إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيًا كان سبب الاستحقاق، وذلك كله من عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليها قضائيًا بما لم تتمكن من استيفائه بالطريق الإداري^(١).

وفي تحديد بدء مدة العشرة أيام الواجب أن يؤدي صاحب العطاء المقبول النهائي، ذهبت إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية إلى أن المادة ١٨ من القانون المناقصات والمزايدات تنص على أنه "على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام، تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي ٥% من قيمة العقد...".

تنص المادة ٩٧ من القانون المدني على أن: "التعاقد ما بين غائبين يعتبر تامًا في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول".

وتنص المادة ١٣٧ من لائحة المرافعات المدنية والتجارية مقدم بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، مضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أن: "ويعتبر الإعلان منتجًا لآثاره من وقت تسليم الصورة للنياحة العامة ما لم يكن مما يبدأ منه ميعاد في حق المعلن إليه، فلا يبدأ هذا الميعاد إلا من تاريخ تسليم الصورة في موطن المعلن إليه من الخارج أو توقيعه على إيصال علم الوصول أو امتناعه عن استلام الصورة، أو التوقيع على أصلها بالاستلام".

وقد جرى قضاء وإفتاء مجلس الدولة على أن الأصل في القبول بوصفه تعبيرًا عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه...". (حكم محكمة الإدارية العليا - في الطعن رقم ٥٣٥ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٦٩/٣/٨ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة في ١٩٦١/٢/٢١).

ومفاد ما تقدم، أنه إذا كان التعاقد بين غائبين أو كان الإعلان، يبدأ احتساب ميعاد في حق المعلن إليه، فلا يبدأ هذا الميعاد إلا من تاريخ العلم ممن وجه إليه الإعلان.

وحيث تبغي جهة الإدارة من إعلان المتعاقد في الحالة المعروضة إخطاره بقبول عطائه، وكذا بدء احتساب مدة العشرة أيام المقررة لاستكمال التأمين النهائي قانونًا. ومن ثم، يتعين أن يكون بداية احتساب العشرة أيام المذكورة من بداية علم المتعاقد بقبول عطائه، وذلك باستلامه لإخطار قبول

(١) انظر: د محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ٢٦٦.

عطائه أو توقيعه على إيصال علم الوصول أو امتناعه عن استلام الصورة أو التوقيع على أصلها بالاستلام.

ولذلك، فإن العشرة أيام المقررة بنص المادة ١٨ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لاستكمال التأمين النهائي، تبدأ من تاريخ علم المتعاقد بقبول عطائه. وتجدر الإشارة إلى أن المادة ٤٠ من القانون ١٩٩٨ نصت على ضرورة "إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة، أو الممارسة العامة أو المحدودة أو الزائدة، وبإلغاء أيٍّ منهم، وباستبعاد العطاءات في لوحة الإعلانات تخصص لهذا الغرض، وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، وتحدد السلطة المختصة بها مكاناً ظاهراً للكافة، كما يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة في العطاء".

وبناءً على هذا النص، فإن محل الإعلان يتمثل في إيراد أسباب كل القرارات المتعلقة بالإرساء وبإلغاء المناقصة، وباستبعاد العطاءات، وبالتالي فإنه لا يشمل قرار إبرام العقد الصادر عن السلطة المختصة، وذلك خلافاً لإعلان الإرساء الذي جاء به المشرع الفرنسي. وفي رأينا أنه كان أفضل لو أن المشرع أضاف أسباب قرارات الإبرام، إضافة إلى لائحة القرارات التي يتوجب على الإدارة إعلانها على الكافة.

ويلاحظ أيضاً أن وسيلة النشر هي لوحة إعلانات مخصصة لهذا الغرض داخل الإدارة المعنية وهذه الوسيلة – دون شك – وسيلة فعالة، وإن كان يحبذ لو أن المشرع المصري قد قرر أن يتم نشر أسباب هذه القرارات في نفس الصحف التي نشرت الإعلان عن المنافسة.

وفي رأينا أن مخالفة هذا الالتزام الذي فرضته المادة ٤٠ سالف الذكر، إنما يؤدي إلى جعل القرارات المشمولة بحكم المادة ٤٠، مشوبة بعيب في مشروعيتها الخارجية. وبالتالي إذا تم الإعلان عن القرارات تكون معيبة بالشكل لغياب التسبب^(١)، أما إذا لم تراعى أوضاع ما هو محدد في نفس المادة، فإن هذه القرارات تكون معيبة عندئذ في إجراءاتها^(٢). وقد قضت المحكمة الإدارية العليا؛ ولكي ينتج الإخطار أثره في تحقيق الوجود للتعبير عن إرادة جهة الإدارة، ينبغي أن يصل إلى علم المورد

(١) انظر: د. محمد عبد اللطيف، تسبب القرارات الإدارية – دون ذكر تاريخ نشر ومكان نشر – ص ٢٣٠ وما بعدها.

(٢) انظر: د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

في موعد أقصاه نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط^(١)، ويجوز الإخطار بعد هذا الميعاد في حالة عدم طلب مقدم العطاء استرداد التأمين الابتدائي المقدم منه^(٢).

وتحرص المحكمة الإدارية العليا على أعمال رقابتها^(٣) بشأن إجراء الإخطار والمواعيد التي يتم فيها بغية استظهار الموعد الذي ينعقد فيه العقد، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة أنه إذا كان الثابت من الأوراق أن مورث المطعون ضده تقدم بعطائه في الممارسة، التي أعلنت عنها الهيئة الطاعنة لتوريد خمسة آلاف، شريطة آلة كاتبة، وقرر أنه مرتبط بعطائه لمدة أسبوعين من تاريخ إجراء الممارسة في ١٩٨٨/٨/٢٧، وأن الهيئة قامت بالبت في العطاءات وترسية العملية على مورث المطعون ضدهم في ١٩٨٨/٩/١٠، أي في اليوم الأخير لارتباطه بعطائه، ووصله إخطار الهيئة بالترسية بتاريخ ١٩٨٨/٩/١٣. فمن ثم، كان عليه الالتزام بالتوريد وإتمامه باعتبار أنه لم يطلب استرداد التأمين المؤقت الذي سدده عن العملية، ولم يطلب سحب عطائه فور انتهاء مدى ارتباطه^(٤). كما قضت بأنه إذا كانت الأوراق قد خلت من وصول الإخطار إلى المطعون ضدهم في مواعيدهما وقبل قيامهما في ١٩٨٩/٤/١٦ بطلب سحب التأمين المودع منهما. ومن ثم، يكون قيام الجهة الإدارية بمصادرة هذا التأمين بعد انتهاء مدة سريان العطاء، قد تم بالمخالفة للقانون ولشروط المناقصة^(٥). وإنما نرى أنه يجب أن تستوفي المدة القانونية المقررة في العقد، وإلا اعتبر مخالفة لشروط المناقصة.

ثانياً: الإخطار في العراق:

قد بين موقف القانون العراقي لعام ٢٠٠٣ في إجراءات ترسية (العقود) وتقديم المنح المنطبقة على الممتلكات العراقية المكتسبة والمصادرة "يؤدي الإشعار بقبول العطاء أو ترسية العقد على العطاء الناجح، سواء تم إرساله بالبريد أو تسليمه إلى مقدمه بأية طريقة أخرى خلال فترة قبول العطاءات، إلى نشوء علاقة تعاقدية ملزمة لا تقتضي من أي طرفين القيام بأي عمل إضافي، ويجوز

(١) انظر: المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) انظر: المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٣) انظر: أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٤٣ق، جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١، وحكمها في الطعن رقم ١٢٤٢ لسنة ٤٥ق، جلسة ٢٠٠١/١/٩، وحكمها في الطعن رقم ٣٨٩٤ لسنة ٤٤ق، جلسة ٢٠٠١/٣/٢٧، مجلة المحاماة، العدد الثاني، عام ٢٠٠٢، ص ٥٢٢ وما بعدها.

(٤) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٢٥٩ لسنة ٤٧ق، جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ لم ينشر بعد.

(٥) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٨٥٦ لسنة ٣٨ق، جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢ لم ينشر بعد، وحكمها في الطعن رقم ٤٧٦٦، لسنة ٤٧ق، جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ لم ينشر بعد.

لمسؤول العقود أن يقبل عطاءً أو جزءاً منه قبل انتهاء موعد العطاء المحدد، سواء كانت هناك مفاوضات عليه بعد استلامه أم لا، إلا إذا تم تسلم إشعار بسحب العطاء قبل ترسية العقد".

وقد تضمنت تعليمات تنفيذ العقود رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المادة السابعة بالفقرة عشرين:

١. تراعى الصلاحيات المالية الخاصة بالتعاقدات، وفي حالة تجاوز موضوع البت في التعاقد صلاحية رئيس جهة التعاقد، فعليه مفاطة لجنة العقود لاستحصال الموافقات الأصولية لأغراض الإحالة، وخلال مدة لا تتجاوز (١٤) أربعة عشر يوماً من تاريخ إحالة الموضوع عليها، وتعد الموافقة حاصلة ضمناً عند عدم البت فيها بعد مضي هذه المدة.
٢. تعد قرارات الإحالة نافذة من تاريخ تبليغ مَنْ ترسو عليه المناقصة بتوقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) أربعة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالإحالة بعد مصادقة رئيس جهة التعاقد مع إشعار بقية المناقصين بقرار الإحالة للمناقصة.
٣. في حالة امتناع المناقص الفائز عن توقيع العقد خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذا البند، فعلى جهة التعاقد توجيه إنذار له بضرورة توقيع العقد خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه، وفي حالة رفضه أو نكوله عن التوقيع، فلجهة التعاقد اتخاذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها في البند (أولاً) من المادة (١٦) من هذه التعليمات^(١).

وقد أوجبت تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ على الجهة المنفذة أن تبلغ المناقص الذي رست عليه المناقصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار الإحالة، وعليها في الوقت نفسه إشعار المناقصين الآخرين، مع إعادة تأميناتهم إليهم، عدا المناقص الثاني الذي يجب أن تُعاد تأميناته بعد توقيع صيغة التعاقد من قبل المناقص الأول^(٢).

وإذا امتنع المناقص عن التعاقد، بعد تبليغه بالإحالة، فعلى الجهة المنفذة الاحتفاظ بالتأمينات الأولية وتنفيذ العمل على حسابه وفقاً لأحكام المقاوله، من غير الحاجة إلى توجيه إنذار أو اتخاذ أي إجراء قانوني آخر، ولها إحالة العمل بعد نكول المناقص الأول إلى المناقص الثاني؛ إذا رأت في هذا تحقيقاً لمصلحة العمل^(٣).

(١) انظر: د. فاروق حماس، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٢) انظر: الفقرة (١٠) من المادة (٦) من التعليمات.

(٣) انظر: الفقرة (١١) من المادة (٦) من التعليمات.

الفرع الثاني

اعتماد المناقصة في القانون المصري والعراقي

تعتبر هذه المرحلة مسك الختام لكافة إجراءات المناقصات، فإذا ما أقدم المناقص الذي رست عليه المناقصة على إكمال ما يتطلبه منه القانون وانتهاء مدة النقص (مدة الضم) فيما لو كانت شروط المناقصة تجيز ذلك الفسخ، فإن رسو المناقصة - بمعنى قبول عرضه - يغدو نهائيًا.

لكن هل يتم عقد المناقصة بمجرد رسو المناقصة على المناقص صاحب العطاء الفائز، أم أن تلك الإحالة لا تمنح المناقص مركز المتعاقد إلا بعد توقيع العقد؟

اختلفت الاتجاهات في تحديد متى يعتبر المناقص متعاقدًا، ويحق له التمسك بذلك العقد والمطالبة بتنفيذه، بمعنى هل يعتبر المناقص متعاقدًا حكمًا بمجرد رسو (إحالة) المناقصة عليه، أم أن رسو المناقصة لا يعدو أن يكون إلا قبولًا أوليًا لا يتيح له مركزًا تعاقديًا، ولن يكون طرفًا في العقد إلا بعد التوقيع عليه. فالبعض من التشريعات اعتبرت المناقصة بين الطرفين بمجرد رسو المناقصة وإكمال المناقص إجراءات القبول الأولي، وأن عملية التوقيع على العقد، ولربما على عقود نموذجية معدة مسبقًا، ليست إلا إجراء لتوثيق العقد منه حماية حقوق الطرفين وإثباتها عند وقوع النزاع^(١)، وأن عملية تصديق الجهات العليا على العقد فيما بعد، لا يعدو أن يكون أكثر من إجراء إداري تنظيمي.

بينما ترى بعض التشريعات بأن رسو المناقصة على أحد المناقصين لا يكسبه مركزًا تعاقديًا مع المؤسسة، ولا يحق له الاحتجاج تجاهها بأي حقوق مكتسبة قبل توقيع العقد والالتزامات المتبادلة الناشئة عن المناقصة، وهو الذي يأذن بتنفيذ المناقصة، وليس مجرد إحالة العطاء بعهدته؛ فتلك الإحالة لا تمنحه الحقوق التي اكتسبها عند توقيع العقد، وبالتالي فهو متعاقد. وهذا يعني أن للمؤسسة رفض التعاقد والامتناع عن توقيع أي عقد معه، إذا ما رأت ما يبهر ذلك من جانبها^(٢). ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد مع المناقص لا يتم إلا بعد المصادقة عليه من الجهات المختصة، وما لم تتم المصادقة من تلك الجهات، فليس للمناقص أي حق تجاه المؤسسة، ولا تكون له حقوقًا مكتسبة، فإذا ما تم رفض

(١) انظر: في هذا الاتجاه المشرع البحريني الذي اعتبر في المادة (٥٤) العقد نافذًا فور صدور الترسية على صاحب العطاء الفائز، ويجب تحرير العقد خلال مدة ٣٠ يومًا من ذلك التاريخ. وانظر: موقف المشرع البحريني في المادة ٥٦ مني الذي أوضح أن العقد لا يتم إلا بالمصادقة إذا كان ذلك من متماماته.

(٢) ولكن بشرط عدم التعسف، فإذا اقدمت على ذلك تعسفاً فإن للمناقص المطالبة بالتعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وليست العقدية، انظر: د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ الضرر، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢١٠.

المناقصة على قرار الإحالة أو قررت إلغاء المناقصة... إلخ، فليس للمناقص أن يتذرع بإحالة المناقصة عليه، وأنه أصبح متعاقدًا معهما، وليس له المطالبة بأي ادعاءات بحقوق تجاه تلك الجهة^(١).

أما إذا حصلت المصادقة على المناقصة، ولكن المناقص امتنع عن توقيع العقد في ميعاده المقرر، أو امتنع عن القيام بما يجب عليه (كتقديم الكفالة) بدون عذر، فيكون قد خسر تأميناته الأولية، إضافة لمطالبته المؤسسة بحقوقها الأخرى أمام القانون، وإذا ما حصلت هذه الحالة، فإنه يمكن الإعلان عن المناقصة ثانيًا على حساب المناقص المنسحب أو إحالتها على المناقص الذي يليه^(٢).

ونستخلص من النصوص السابقة ما يلي:-

١. قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلا إجراءً تمهيدياً. أما عملية التعاقد فيه خطوة أخرى لاحقة، وتختص بها هيئة أخرى، قد تكون من رئيس المصلحة أو رئيس الدائرة المركزية أو الوزير المختص حسبما حددته المادة ٣١ من اللائحة الجديدة.

والمسلم به أن التزامات الإدارة لا تبدأ إلا من هذه اللحظة، أما قبل ذلك فإن التعاقد في دور التكوين. وكل ما يترتب على قرار لجنة البت نتيجة واحدة، وهي التزام الإدارة ألا تتعاقد إلا مع مَنْ ترسو المناقصة عليه، وهذا هو ما يُعرف بألية المناقصة. ولكن في المقابل، هذه الآلية، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد إطلاقاً، وإلغاء المناقصة إذا رأت المصلحة العامة في هذا العدول، حتى لا تجبر على التعاقد مع شخص لا تريده^(٣).

(١) يؤيد هذا الاتجاه المشرع الكويتي بنصه في المادة (٧٩) مدني والمادة (٥٢) مناقصات على أن "لا يترتب على إرساء المناقصة وتبليغ المناقص الفائز بها أي حق له قبل الدولة في حالة العدول عن الترسية.... ولا يعتبر المناقص متعاقدًا إلا من تاريخ التوقيع على العقد المشار إليه.... وكذلك تبني المشرع العراقي هذا الاتجاه وجعل سريان المناقصة بتبني من تاريخ توقيع العقد بعد المصادقة عليه من الجهات المختصة وذلك في المادة (١١) من الشروط العامة.

أما المشرع الأردني فقد أشار في المادة (١٥/أ) إلى وجوب المصادقة على قرار الإحالة من قبل الجهات المختصة التي لها صلاحيات تصديق القرار. وأشار في المادة (١٥/ب) على تبليغ المناقص الذي رسا عليه العطاء بالقرار، وأشار بعنذ في المادة (١٦/أ) إلى قيام الدائرة المختصة باعداد صيغة العقد (اتفاقية لتوقيعه) تنفيذًا لقرار الإحالة من عدمه فإذا رفضت المصادقة على الإحالة فلا يمكن التعاقد مع المناقص، ولذلك فإن العقد هو الذي يمنح المناقص المركز القانوني وليس قرار الإحالة الذي لا يترتب عليه أي آثار قانونية تذكر. انظر في تأييد هذا الرأي أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٤، مرجع سابق، ص ٣٠٥. وانظر كذلك: د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط ٣، مرجع سابق، ص ١٣٣ الذي اعتبر المناقص الفائز مرشحًا للتعاقد وليس متعاقدًا.

(٢) انظر: المادة (٥٣-٥٤) قطري.

(٣) انظر: د. محمد سعيد الرحو، مرجع سابق، ص ٨٨.

ومن ثمّ، إنه من الأهمية دور كل من لجنة البت وجهة الإدارة المختصة بالتعاقد فيما يتعلق باختيار المتعاقد.

٢. قد أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز ذلك وتوضحه في صورة مفصلة في كثير من أحكامها، والتي يمكن أن نستمد منها الأحكام الآتية:

أ- إن لجنة البت (... تختص بإتمام الإجراءات إلى أن يتعين مَنْ ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها؛ توطئة لاطلاع جهة الإدارة بمهمتها الخاصة بإبرام العقد. واختصاص اللجنة في هذا الصدد اختصاص مقيد تجري فيه قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعاً. وقد أجملت المواد من ٣- ٦ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وأحكام لائحة المخازن والمشتريات (التي كانت سارية قانوناً قبل صدور اللائحة الجديدة) هذا الاختصاص.

وينتهي عمل هذه اللجنة بتقرير أصلح العطاءات عن طريق اختيار المناقص الذي تقدم بالسعر الأقل، ثم يأتي بعد ذلك دور جهة التعاقد وهي الجهة المختصة بإبرام العقد مع المناقص الذي وقع عليه اختيار لجنة البت^(١).

ب- "... ومن حيث إنه من هدى ما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت بإرساء المناقصة بمثابة القبول في العقود، ويؤدي إلى إتمام التعاقد حتماً مع صاحب العطاء الذي اختارته اللجنة، إذ أن هذه المرحلة نهائية تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساء المناقصة من الجهة الإدارية المختصة، وهي جهة التعاقد التي تملك وحدها إصدار القبول تأسيساً على أن القبول الذي يعتد به هو الذي مَنْ يملك التعاقد^(٢).

(١) انظر: د. محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٢) انظر: ا.د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ١٨٨.