القسم الثالث

المناقصة

تعريف المناقصة :

إذا كنا ارتضينا تعريف ابن جزي للمزايدة ، لسهولته ووضوحه ، فإننا نستطيع تعريف المناقصة على غرار المزايدة تعريفاً عكسياً ، فنقول : إن المناقصة هي أن ينقص الناس في السعر ، بعضهم على بعض ، حتى تقف (ترسو) على آخر مناقص فيها ، فتشترى منه السلعة أو الخدمة .

لقد حذفنا من هذا التعريف : النداء على السلعة ، لأنه يختص بالمناقصة العلنية ، وقد تكون المناقصة سرية ، لا نداء فيها .

والمناقصة ، في تعريف الموسوعة الفقهية : « هي أن يعرض المشتري شراء سلعة موصوفة بأوصاف معينة ، فيتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقل ، ويرسو البيع على من رضي بأقل سعر »[1] .

وتخضع المناقصة اليوم لنظام محدد في شراء السلعة أو الخدمة ، يتم بموجبه دعوة المناقصين لتقديم عطاءاتهم (عروضهم) ، وفق شروط ومواصفات محددة ، لأجل الوصول إلى أرخص عطاء ، بافتراض تساوي العطاءات في الشروط والمواصفات .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/٩ .

وقد عرفها بعض الباحثين بأنها تهدف إلى الحصول على أفضل عطاء من الناحيتين المالية والفنية[1] . وواضح أن هذا التعريف ينطبق على المزايدة أيضاً ، ولا يقتصر على المناقصة فحسب ، فقد كان من الأفضل أن يقال : أرخص عطاء ، بدل : « أفضل عطاء » ، وأن يقتصر فيه على الناحية المالية فقط ، لأن الفرض أن العطاءات متساوية من الناحية الفنية ، أو متقاربة ، بحيث إن اختلافها غير مؤثر بالنسبة لطالب السلعة أو الخدمة . وغالب الظن أن انطباق التعريف على المناقصة والمزايدة معاً إنما هو ناشىء من الترجمة ، إذ في اللغة الفرنسية لفظ واحد يجمع بينهما ، وقد سبق الإشارة إليه في مباحث المزايدة .

الغرض من المناقصة :

قد يقال هنا بكل سهولة : إن الغرض من المناقصة هو الوصول إلى أنقص ثمن . وهذا واضح ، ولكن ليس هو المراد هنا . إنما يتبين الغرض منها بالمقارنة بينها وبين طرق أخرى للشراء ، كطريقة الشراء المباشر ، الشراء بالمساومة .

في كلتا الطريقتين : المناقصة ، والمساومة ، يسعى البائع إلى أعلى ثمن ، ويسعى المشتري إلى أقل ثمن . وفي طريقهما للوصول إلى هذا ، نجد أنه في المساومة يسلك المشتري سبيل المماكسة والمكاسرة ، ويسلك البائع سبيل الاستقصاء أو التعظيم . وفي المناقصة ينعكس دور البائع ، فيسلك سبيل النقص ، بدلاً من الزيادة ، لكي يظفر بالصفقة . ففي حين أنه في المساومة يتعارك مع المشتري لتحقيق أعلى ثمن ممكن ، نجد أنه في المناقصة يتنافس مع الباعة لتحقيق أقل ثمن ممكن .

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية ص٧٨٠ ، وأسس الشراء الحكومي ص٥٦ .

وفي حين أن المشتري ، في المساومة ، يطوف على عدد من الباعة ، لجمع المعلومات ، ثم بعد ذلك يثبت المواصفات ويطلق الثمن ، ليعقد الشراء بالثمن الأدنى ، نجد أن المشتري ، في المناقصة ، يستجمع الباعة ، ويجعلهم يطوفون عليه ، بدلاً من أن يطوف عليهم .

لا أحب أن أسترسل في بيان أوجه الاختلاف والائتلاف بين المناقصة والمساومة ، إذ يبدو لي أنهما أحياناً يتقاربان ، وذلك عندما يلجأ المشتري ، في المساومة ، لدى تجواله على الباعة ، إلى أخذ عروض منهم سارية المفعول حتى مدة محددة ، ليختار بعد ذلك أرخص عرض .

لكن يبقى هناك فرق ، لعله هو الفرق الفاصل بين الطريقتين ، وهو أن المشتري مساومةً له أن يتخير من شاء من الباعة ، وأن يقتصر على العدد الذي يريده منهم . أما في المناقصة فإن المشتري يفتح الباب لجميع الباعة على قدم المساواة ، فتعطى لهم فرص متكافئة في البيع ، وهذا شيء توفره المناقصة (والمزايدة) ، ولا توفره المساومة . فإذا كانت المساومة توفر الحرية للمشتري ، فإن المناقصة توفر العدالة للبائع . هذا في المناقصة ، وعلى الضد من ذلك في المزايدة . فالمساومة هنا توفر الحرية للبائع ، ولكن المزايدة توفر العدالة للمشتري . وإذا كان هذا أمراً يجب أن يسعى إليه كل من القطاع العام والقطاع الخاص ، إلا أن القطاع العام حري به أن يكون القدوة في ذلك ، لإشعار الجميع بأنهم أمامه سواسية ، لا محاباة لأحد على أحد . ولولا ذلك لربما اتهم الناس القطاع العام بالمحاباة والتواطؤ والرشوة والفساد واستغلال النفوذ . فكما أن الضرائب واجب على الجميع ، فكذلك البيع حق للجميع ، جميع الباعة ، وإلا اختل ميزان العدل والمساواة في الحقوق والواجبات .

المبادىء التي تقوم عليها المناقصة :

١ـ **مبدأ المنافسة** : وذلك بتمكين اشتراك أكبر عدد ممكن من أصحاب العطاءات ، بواسطة الإعلان في صحف واسعة الانتشار ، تحقق المنافسة وتمنع الاحتكار .

٢ـ **مبدأ تكافؤ الفرص** : وذلك بتمكين من تتوافر فيهم الشروط أن يشتركوا جميعاً ، فلا تتاح الفرصة لواحد أو قلة ، بل تتاح للجميع .

٣ـ **مبدأ المساواة** : وذلك بمعاملة جميع أصحاب العطاءات معاملة واحدة ، لا يحابى فيها أحد ، سواء من حيث المعلومات المتاحة ، أو الشروط المطلوبة .

هذه المبادىء الثلاثة التي يذكرها بعض المؤلفين هي مبادىء مختلفة المبنى متفقة المعنى ، فكل مبدأ يتضمن في طياته المبدأين الآخرين . ومع ذلك تركناها ثلاثة ، لأن اختلاف التعبير عن الشيء الواحد يؤدي إلى زيادة فهمه ، ولأن هذه التعابير قد ترد كلها مجتمعة في مجال واحد ، وقد يرد بعضها دون البعض الآخر .

٤ـ **مبدأ العلانية** : وذلك بواسطة الإعلان في الصحف ، إذ بدون مبدأ العلانية ، الذي يوفر المعلومات للمهتمين ، لا يمكن تحقيق المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص .

إجراءات المناقصة :

١ـ الإعلان عنها في الصحف ، أو توجيه خطابات خاصة ، حسب نوع المناقصة : عامة أو محدودة .

٢ـ تقديم العطاءات (العروض) ، في مظاريف مغلقة مختومة ، في الميعاد المحدد في الإعلان أو الخطاب .

٣ـ تقديم الضمان الابتدائي ١ـ٢٪ مثلاً من قيمة العرض ، ويتم ذلك مع تقديم العطاء .

٤ـ فتح العروض بواسطة لجنة تشكل لهذا الغرض ، وتعلن الأسعار في جلسة الفتح على الحضور : أصحاب العطاءات أو ممثليهم .

٥ـ فحص العروض بواسطة لجنة خاصة يمكنها الاستعانة بفنيين متخصصين ، وتقدم توصياتها في محضر الجلسة ، مع ذكر الرأي المخالف ، وحجة الرأيين : الموافق والمخالف .

ويجب أن يكون سعر العطاء المقترح لا يزيد على السعر السائد ، فإذا زاد لجأت اللجنة إلى التفاوض لتخفيض السعر ، مع صاحب أنقص عطاء ، أو مع من يليه ، أو مع الكل . كما تلجأ إلى التفاوض إذا اقترن العطاء بتحفظات غير مقبولة .

٦ـ تلغى المناقصة إذا رأت اللجنة أن العروض غير ملائمة ، ولم تؤد المفاوضة إلى نتيجة .

٧ـ البت في العطاء المقترح ، والتعاقد مع صاحبه .

٨ـ تقديم من رست عليه المناقصة ضماناً نهائياً ٥٪ مثلاً من قيمة العقد .

يلاحظ أخيراً أن إجراءات المناقصة والمزايدة تكاد تكون واحدة .

أنواع المناقصة :

١ـ **المناقصة العامة** : وهي التي تكون مفتوحة لعدد غير محدود من الراغبين في الاشتراك فيها ، ويتم ذلك بواسطة الإعلان في الصحف .

٢ـ **المناقصة المحدودة** : وهي التي تكون مقتصرة على عدد محدود تختاره الجهة صاحبة المناقصة ، ويتم ذلك بواسطة خطابات خاصة .

الغاية من سرية المناقصة :

بين مجلس الدولة المصري أن المناقصة تكون سرية : « حتى يتقدم كل مقاول بشروطه الخاصة ، مستوحياً في ذلك قدراته الفنية وإمكانياته الخاصة في العمل ، دونما اضطرار إلى منافسة ، ويكون القصد منها إبعاد المنافسين الآخرين بأي ثمن ، ودون نظر إلى حقيقة إمكانياته وقدراته على التنفيذ المبنيتين على أصول فنية سليمة فيما لو تمت المناقصة بموجب مظاريف مفتوحة ، مما يؤثر على العمل المطلوب تنفيذه »[1] .

أحكام المناقصة لا تختلف عن المزايدة :

فكما أن كل بيع يقابله شراء ، وكل شراء يقابله بيع ، والتعبير عن أحدهما يحمل المعنيين معاً ، لأنه من الأضداد ، فكذلك المناقصة والمزايدة ، فإذا أراد البيع لجأ إلى المزايدة ، وإذا أراد الشراء لجأ إلى المناقصة . ولكن لا يمكن أن يجتمعا ، بحيث إن الشيء نفسه يبيعه صاحبه بالمزايدة ، ويشتريه المشترون بالمناقصة ، فهما متنافيان ، لأن البائع بالمزايدة يحتاج إلى مشتر بالمزايدة ، لا بالمناقصة ، والمشتري بالمناقصة يحتاج إلى بائع بالمناقصة ، لا بالمزايدة .

وأحياناً قد تجري المزايدة بالمناقصة ، فبدلاً من أن يكون ثمن الافتتاح منخفضاً ليزاد عليه ، يكون مرتفعاً لينقص منه . فالطريقة مختلفة ، والنتيجة واحدة ، وهي بيع السلعة بأزيد سعر ممكن .

لهذه الأسباب نجد أن المناقصة والمزايدة تتفقان في الأنواع ، وفي الإجراءات ، من إعلان ، وتقديم عروض ، بمظاريف مختومة ، وتقديم

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص٢٦٤ .

ضمان ، وتشكيل لجان لفتح المظاريف ، ولجان للبت ، واتخاذ قرار بالتعاقد. . .

فـ « الأحكام القانونية للنوعين واحدة ، ويستعمل اصطلاح adjudication للدلالة عليهما معاً ، ومعناه الحرفي : الإرساء »[1] ، ويجمعهما معاً اصطلاح « المنافسة » .

كذلك جاء في الموسوعة الفقهية أن المناقصة لم يرد لها ذكر في كتب الفقه ، بعد التتبع ، لكن يسري عليها ما يسري على المزايدة »[2] .

دفتر الشروط :

تنص لوائح المناقصات عادة على أنه : « يجب أن تعد كل جهة ، قبل الإعلان عن المناقصات ، كراسة خاصة بشروط العطاءات ، وقوائم الأصناف أو الأعمال ، وملحقاتها ، يتم طبعها وتوزيعها ، بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها ، على من يطلبها ، وفقاً للقواعد ، وبالثمن الذي تحدده الجهة الإدارية ، بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقة بها ، مضافاً إليها نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات إدارية »[3] .

رأي الباحث في بيع دفتر الشروط :

إني أرى أن الجهة الإدارية هي التي عليها أن تتحمل تكلفة إعداد دفتر الشروط ، ولا يجوز لها أن تبيعه ، ولا أن تسترد كلفته ، فهي المستفيدة

---

(١) المصدر نفسه ، ص٢١١ .

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/٩ .

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص٧٩٥-٧٩٦ و ٢١٩ .

منه ، وهي التي اختارت طريقة المناقصة ، فمن كان له الغنم فعليه الغرم . ولا مانع من أن تأخذ تأميناً قابلاً للرد ، ممن يطلبه ، خشية أن يطلبه من هو جاد ومن هو غير جاد ، فيلقيه في سلة المهملات .

وتعتبر تكلفة دفتر الشروط من جملة تكاليف المناقصة والعقد .

رأي السلامي في بيع دفتر الشروط :

ذهب السلامي ، مفتي تونس ، وعضو المجمع ، إلى جواز بيع دفتر الشروط ، فقال : « إن رسم الدخول في المزايدة أمر لم يعهد من قبل ، وهو مما اقتضته أنظمة الدول والمؤسسات والشركات(. . .) ، وهو المعبر عنه بكراس الشروط(. . .) ، وهي بين من يمكن كل راغب في نسخة منه بدون مقابل ، ومن يبيع تلك النسخ للمشاركين في المزايدة(. . .) ، فإنه ليس القصد في فعله أن يبيع هذا الكراس ، لأن تفاهة قيمته بالنسبة للمبيع لا تجعله مقصوداً بالثمن . وإنما هو يشترط ذلك لما بيناه ، من أن يكون كل مشارك على بينة من أمره في شروط العقد وضوابطه . ولذا فإن أصل بيع الكراس لا مانع منه ، إذ هو وثيقة مادية مسعرة بسعر محدد ، لم يلزم بها أي مشتر إلزاماً ظالماً(. . .) واشتراط ذلك لا مانع منه ، نظراً إلى أنه شرط سائغ ، وليس له تأثير في العقد »[1] .

ثم لخص رأيه هذا في آخر البحث ، فقال : « لا يوجد ما يمنع البائع من اشتراط أن يكون المشارك في المزايدة قد اشترى كراس الشروط ، واطلع عليه . واشتراط ذلك لا مانع منه ، لهوان قيمته بالنسبة لأصل

---

(١) السلامي ، مجلة المجمع ، العدد٨ ، ج٢ ، ص٣٧ .

الصفقة عادة ، إذ لو كان رفيع الثمن لكان عامل طرد للمزايدين ، وهو عكس رغبة البائع ومصلحته »[1] .

تعقيباً على رأي شيخنا السلامي ، أقول بأني لم أجد في فقهنا من احتج بمثل ما احتج به ، من تفاهة القيمة ، إلا في موضعين ، ومآلهما واحد :

١ـ موضع الحديث عن المال المتقوم ، فقالوا إن الأعيان والمنافع التافهة القيمة ليست من الأموال المتقومة ، وضربوا أمثلة على ذلك بقطرة الماء ، وحبة القمح ، وشم التفاحة . فهل يرى شيخنا أن ثمن دفتر الشروط : ١٠٠ ريال أو ١٠٠٠٠٠ريال هو من هذا القبيل؟

٢ـ موضع الحديث عن اللقطة ، فمنها ما له قيمة ، كالدينار والدرهم ، فيجب تعريفها ، ومنه ما لا قيمة له ، بل هو تافه حقير ، كالزبيبة والجوزة ، فلا يجب تعريفها ، ومنها ما له قيمة إلا أنه لا تتبعه نفس صاحبه إن ضاع منه ، كالرغيف والدانق ، هل يعرّف أو لا يعرّف؟ قولان في الفقه .

فهل ثمن دفتر الشروط كالزبيبة والجوزة ، والرغيف والدانق؟

رأي أبو سليمان في بيع دفتر الشروط :

ذهب أبو سليمان إلى أن الذي يجب أن يتحمل تكلفة دفتر الشروط هو من ترسو عليه المناقصة ، دون سائر أصحاب العطاءات الأخرى الذين لم ترس عليهم . هذا ما قاله في بحثه المقدم إلى المجمع ، والمنشور في مجلته : « الأولى والأحق بدفعها من رسا عليه العطاء في المناقصة ، أو

---

(١) المصدر نفسه ، ص٤٩ .

المزايدة ، لأنه المستفيد الوحيد ، وسيحتسبها ضمن تكاليف المشروع(. . .) ، وربما يكون هذا من واجباته ومسؤولياته ، لو لم تقم المؤسسة أو الإدارة بتجهيزها »[١] .

لكنه في خاتمة بحثه ، ذكر بحق أن تكلفة دفتر الشروط : « جديرة بأن تكون مسؤولية الجهة صاحبة المصلحة »[٢] .

ولدى مناقشة البحوث ردد رأيه بين قولين : قول بتحميل التكلفة للإدارة ، وقول بتحميلها لمن رسا عليه العطاء[٣] .

لقد نشر أبو سليمان بحثه هذا أيضاً في مجلة « البحوث الفقهية المعاصرة »[٤] ، إلا أنه غير رأيه ، فقال : « غير أن الواقع أن من لم يرس عليه العطاء سيستفيد من دفتر الشروط ، بمعرفة مدى إمكانية تنجيزه للمطلوب ، فلا يدخل مغامراً دون معرفة قدراته وإمكاناته في تنفيذ مشروع معين ، وسيساعده هذا على الفوز في مناقصات مستقبلية ، إذ يحفزه هذا على رفع كفاءته ، وتطوير قدراته ، وتحسين أدائه »[٥] .

وأكد هذا في خاتمة بحثه ، فقال بأن هذه التكاليف : « يتحملها من رسا عليه العطاء ومن لم يرس عليه ، لأن كليهما يستفيد منها عملياً بوجه أو بآخر »[٦] .

وبهذا صار لأبو سليمان ثلاثة آراء متعارضة :

---

(١) أبو سليمان ، مجلة المجمع ، العدد٨ ، ج٢ ، ص١١٩ .
(٢) المصدر نفسه ، ص١٢٤ .
(٣) المصدر نفسه ، ص١٥٦ .
(٤) ليتهم يجعلونها باسم : « بحوث فقهية معاصرة » ، بحذف أل التعريف ، لأنه أجمل جرساً وأدق تعبيراً .
(٥) أبو سليمان ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد١٩ ، ص٥٤ .
(٦) المصدر نفسه ، ص٥٩ .

١ـ يتحمل التكلفة من رسا عليه العطاء ؛

٢ـ يتحمل التكلفة من رسا عليه العطاء ومن لم يرس ؛

٣ـ يتحمل التكلفة الجهة صاحبة المناقصة .

فأي واحد من هذه الآراء الثلاثة هو رأي أبو سليمان؟ لعله الرأي رقم ٢ ، إذ أراد به إما موافقة رأي الأستاذ الذي حكم بحثه لمجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، أو أراد به العودة عن رأيه لموافقة رأي السلامي ، وقرار المجمع ، لاسيما وأن هذا الرأي هو المطبق في الحياة العملية ، فلماذا نصادمه ونزعج الناس عنه؟

رأي الزحيلي في بيع دفتر الشروط :

بين وهبة الزحيلي رأيه خلال المناقشة ، فقال : « دفتر الشروط ينبغي أن يكون بثمن ، ودائماً العارض والشركة والدولة تقول : إن الذي يريد أن يشارك في هذه المناقصة عليه أن يدفع ثمن هذا الدفتر . ولماذا الشركة تخسر شيئاً أنفقت عليه من الخبرة والمعلومات ، ثم يضيع الأمر؟ ثم تطالب أيضاً هذه الجهات التي تعرض بالمزاد العلني أن يكون هناك جدية في العرض ، أن يوضع عربون يأخذه في النهاية إذا لم يرس الثمن عليه . فلا أجد إشكالاً في قضية إباحة هذا النوع من المبايعات ، أن الفقهاء يصرحون ببيعه وجوازه ، لذلك إن القضية أسهل من أن يثار فيها غبار »[1] .

والجواب :

١ـ الحجة الأولى ليست حجة ، إنما هو بيان للواقع الذي يراد الإفتاء فيه .

---

(١) مداخلة للزحيلي ، مجلة المجمع ، العدد٨ ، ج٢ ، ص١٤٦ .

٢ـ تخسر الشركة هذه النفقات إذا ألغت المناقصة ، وعندئذ تكون هي المسؤولة . أما إذا أجريت المناقصة فإنها لا تخسر ، إذ الغرض أنها آثرت طريقة المناقصة على غيرها بعد حساب منافعها وتكاليفها وجدواها .

٣ـ هناك فرق بين دفتر الشروط والعربون ، فليس هذا محل الكلام عن العربون ، إنما محله عند الكلام عن الضمان ، لا عن دفتر الشروط .

ربما يريد الزحيلي أن قيمة دفتر الشروط هي من قبيل رسم الدخول ، وليس من قبيل الثمن . وسأناقش هذه المسألة في مبحث لاحق .

يجب أن نلاحظ أخيراً أن رأي الزحيلي هو رأي من اشترك في مناقشة ، وليس رأي من أعد بحثاً حول الموضوع ، كالسلامي وأبو سليمان .

رأي ابن منيع في بيع دفتر الشروط :

قال ابن منيع : « لا أرى ما يمنع من بيعه ، وعندئذ تكون قيمته تجميعاً لما خسر عليه ، أو ما أنفق على تهيئته ، وإن كانت قيمته لا تساوي ١٠٠ ريال مثلاً ، ويباع بـ ١٠٠٠ ريال ، فالغرض من ذلك هو ألا يدخل في المزايدة من يريد أن يضيع فرصة انتهاء هذه المزايدة بما يرسو عليه ، لأنه قد يدخل فيها من ليس لها أهلاً ، ثم بعد أن ترسو عليه المزايدة يكون عنده شيء من المكور أو عدم الجدية . ومعنى ذلك أن تضيع الفرصة ، ثم يرجع إلى الذي يليه(. . .) . فأرى أن أخذ قيمة ، ومرتفعة نسبياً عن تكاليفها الدفترية ، قد يكون هذا من المصلحة المعتبرة »[١] .

---

(١) مداخلة شفهية لابن منيع ، مجلة المجمع ، العدد٨ ، ج٢ ، ص١٥٦ .

والجواب :

١ـ استرداد النفقة لا يكون كيفما اتفق ، لا من الناحية الفنية ، ولا من الناحية الشرعية ؛

٢ـ يجب التفرقة بين الدفتر والضمان ، فهما أمران مختلفان . فالجدية هنا مسألة متعلقة بالضمان الابتدائي (وسيأتي بحثه في هذا القسم) ، ولا علاقة لها بدفتر الشروط .

هل هناك شيء اسمه رسم دخول في المناقصة؟

في قوانين المناقصة ولوائحها رأيت أن هناك دفتر شروط (وثائق) ، وضماناً مؤقتاً ونهائياً . ولكني لم أجد شيئاً اسمه رسم دخول ، تكرر ذكره كثيراً في مناقشات المجمع ، حتى ظهر في القرار بهذا الشكل :

« لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول (قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية) لكونه ثمناً له »[1] .

يبدو أن المقصود أن قيمة دفتر الشروط هي رسم الدخول ، لاسيما وأن بيع دفتر الشروط هو موضع نقاش ، فليكن الأمر رسماً لا ثمناً .

ربما يذهب بعض العلماء ، كما تبين لنا من كلام الزحيلي ، إلى اعتبار الرسم في حكم العربون . لكن المأخذ على هذا أن العربون عند الفقهاء الذين يجيزونه ينزل من الثمن ، إذا تم العقد ، وهذا ما لا يحدث في المناقصة . وهناك مأخذ آخر ، وهو أن العربون هنا يؤخذ متعدداً بتعدد المشتركين في المناقصة ، فبأي حق يؤخذ من أشخاص متعددين ، تنافسوا على صفقة واحدة ، لم ترس عليهم؟

---

(١) مجلة المجمع ، العدد٨ ، ج٢ ، ص١٧٠ .

قرار المجمع في دفتر الشروط :

« لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول (قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية) لكونه ثمناً له »[١] .

وقد استند القرار إلى بحثين ومناقشات ، أحد البحثين للسلامي ، والآخر لأبو سليمان . واشترك في المناقشة : وهبة الزحيلي[٢] ، وعلي السالوس[٣] وعبد الله بن منيع[٤] .

ويلاحظ على القرار ما يلي :

١ـ أن عبارته لا تختلف عن عبارات قوانين ولوائح المناقصة : « بالثمن الذي تحدده الجهة الإدارية ، بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية . . . »[٥] .

٢ـ أن عبارات القوانين واللوائح فيها إضافة لم يتناولها قرار المجمع : « مضافاً إليها نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات إدارية »[٦] ، كما لم تتناولها الورقتان المقدمتان إلى المجمع .

٣ـ الرسم والقيمة والثمن لكل منها معنى مختلف . وقد جمعت معاً في القرار ، بلا تمييز بينها ولا توضيح لمعنى كل منها ، وهذه مسؤولية أصحاب البحوث ، ولجنة الصياغة (الخاصة ، والعامة) ، وأعضاء

---

(١) المصدر نفسه .
(٢) المصدر نفسه ، ص١٤٦ .
(٣) المصدر نفسه ، ص١٥١ .
(٤) المصدر نفسه ، ص١٥٦ .
(٥) الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص٢١٩ و٧٩٥ .
(٦) الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص٧٩٦ . وانظر مطلع الكلام عن دفتر الشروط في هذه الورقة .

وخبراء المجمع الذين حضروا الجلسة . وقد كان من العادات الحميدة للمجمع الموقر أن ينقل في مجلته مناقشة القرار أيضاً ، ولكنهم هذه المرة اكتفوا بالقرار دون مناقشة ، ولم ينقلوا إلينا آراء الحضور ، ولا اعتراضاتهم ، ولا مناقشاتهم .

تنقيص الأسعار بقصد الإضرار بالمناقصين :

١ـ يجب أولاً أن نستحضر الأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالىٰ عنه .

مر عمر رضي الله عنه بحاطب بن أبي بلتعة ، بسوق المصلى ، وبين يديه غِرارتان (كيسان من الخيش) فيهما زبيب ، فسأله عن سعرهما ، فسعر له مدين لكل درهم . فقال له عمر رضي اللهُ عنه : قد حُدِّثْتُ بِعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً ، وهم يعتبرون بسعرك ، فإما أن ترفع في السعر ، وإما أن تدخل زبيبك البيت ، فتبيعه كيف شئت .

فلما رجع عمر حاسب نفسه ، ثم أتى حاطباً في داره ، فقال له : إن الذي قلت ليس بعزمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع[1] .

٢ـ يبدو أن هذا البائع بائع متنافس مع غيره من الباعة ، وليس محتكراً . والمنافس لا ضير أن يبيع بالسعر الذي يرضاه ، زاد أو نقص ،

---

(١) نيل الأوطار ٥/ ٢٤٧ ، وسبل السلام ٣/ ٨٢٤ ، وسنن البيهقي ٦/ ٢٩ ، والموطأ ٢/ ٦٥١ ، والمنتقى ٥/ ١٧ ، والمحلى ٥/ ٤٠ ، والطرق الحكمية ص٢٤٤ ، والحاوي ٧/ ٨٠ ، والإرشاد للجويني ص٣٦٧ ، والخراج لأبي يوسف ص٤٨ ، والموسوعة الفقهية ١١/ ٣٠١ .

لأن سلوكه في ظل المنافسة ليس له تأثير جوهري في السوق . فإذا زاد السعر أعرض الناس عن سلعته ، وإذا نقص أقبل الناس عليه ، ولكن ليس لديه كميات تكفي الناس جميعاً ، ومن مصلحته أن يبيع بالسعر الذي تنزع إليه السوق . والسوق هي التي تتولى ثوابه وعقابه ، فإذا باع بسعر السوق ، وكان قادراً على البيع بهذا السعر ، ثبت واستمر ، وإذا زاد في السعر أعرض الناس عنه ، ووجد نفسه عما قريب مطروداً من السوق ، وإذا نقص في السعر خسر وانسحب . ذلك لأن المتنافس ليس هو صانع السعر كالمحتكر ، إنما عليه أن يكون قادراً على التكيف مع سعر السوق .

٣ـ فقول عمر رضي الله عنه : « حيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع » دليل على الحرية الاقتصادية في الإسلام ، وعدم التدخل ، ما دامت المنافسة ، والفرض أن كلاً من البائع والمشتري رشيد ، وإلا فإن السوق ترفعه ، ولا حاجة للسلطان لرفعه ، فسلطان السوق يغني عن سلطان الولي . وإن إشارات السوق أبلغ وأسوغ من إشارات السلطان ، ولذلك فإن عمر رضي الله عنه تركه للسوق ولحريته ورشده ، وعاد فأبى أن يتدخل ، ولم يكن علم الاقتصاد (الغربي) معروفاً في عهده ، بل ما عرف إلا بعده بعشرة قرون .

٤ـ إن كان تنقيص السعر بقصد الفوز بالمناقصة فهذا لابأس فيه ، بل هو ما تهدف إليه المناقصة نفسها . وإن كان تنقيص السعر بقصد الإضرار بالآخرين ، فهذا الذي يفعله قد ينقلب فيه الضرر عليه ، فالمناقصات الحديثة أغلبها سرية ، لاسيما الكبيرة منها ، وربما جعلت سرية للحد من التصرفات التي تلحق الضرر بالغير ، وكذلك فإن الجهة صاحبة المناقصة لديها تقدير للسعر (سعر أساس) ، من قبل طرح المناقصة . وتنص نظم المناقصة على أنه يحق لها ألاّ تأخذ بالعرض الذي ترى أن سعره منخفض

إلى درجة غير معقولة ، يجعلها تشك في إمكان تنفيذ العقد على أساسه[1] .

٥ـ إن الذي يلجأ إلى تنقيص السعر بهدف الإضرار لا يمكن أن يكون منافساً ، بل محتكراً ، والمحتكر يجب منعه من الاحتكار ، أو التسعير عليه ، إن كان احتكاره مصطنعاً بفعل منه .

٦ـ قد يلجأ البعض إلى تنقيص الأسعار لكسب المناقصة ، وبعد ذلك يتلاعبون ويغشون ويدلسون ويماطلون ويتملصون ، فتكون سلعهم أو خدماتهم في أدنى حدودها ، لتكون تكاليفهم كذلك . وعندئذ فإن ضرر هؤلاء يتعدى شركاءهم في المناقصة ليصل إلى الجهة صاحبة المناقصة .

التواطؤ في المناقصة :

هذه المسألة شبيهة بأختها في المزايدة : « كف عن المزايدة ولك دينار » . وملخص رأيي فيها أن التواطؤ بعوض لا يجوز ، سواء كان مع واحد أو قليل أو كثير ، لأن العوض هنا بمثابة الرشوة . ولو تواطأ بعضهم بقصد الاشتراك ، وكان الثمن عادلاً ، أو قريباً منه ، فلا أرى مانعاً . أما إذا كان التواطؤ من شأنه أن يكون الثمن فوق ثمن المثل بمقدار الغبن الفاحش فهذا لا يجوز . وإذا كان التواطؤ (بدون عوض) على ترك المناقصة نهائياً ، فهذا قد يبدو جائزاً لأول وهلة ، لكنه في حقيقته يعد ضرباً من احتكار الشراء الذي يخل بمبدأ المنافسة . فالمنافسة تقوم على أساس عدد كبير من البائعين ، وعدد كبير من المشترين ، بحيث يكون كل منهم مستقلاً عن الآخر ، فلا تواطؤ ولا اتفاق ولا احتكار . ففي المنافسة يقبل وجود منشآت فردية وشركات ، ولكن لا تقبل الاحتكارات :

---

(١) نظام تأمين مشتريات الحكومة ، ص٢٣ .

احتكار واحد ، أو قلة ، سواء كان ذلك من جهة الباعة ، أو من جهة المشترين .

قال ابن تيمية :

« لهذا منع غير واحد من العلماء ، كأبي حنيفة وأصحابه ، القُسام الذين يقسمون العقار وغيره بالأجر ، أن يشتركوا (كلهم أو أكثرهم ، في احتكار بيع) ، والناس محتاجون إليهم ، أغلوا عليهم الأجر ، فمنع البائعين الذين تواطؤوا على ألاّ يبيعوا إلا بثمن قدروه أولى ، وكذلك منع المشترين إذا تواطؤوا على أن يشتركوا (كلهم أو أكثرهم ، في احتكار شراء) ، فيما يشتريه أحدهم حتى يهضموا سلع الناس أولى أيضاً . فإذا كانت الطائفة التي تشتري نوعاً من السلع ، أو تبيعها ، قد تواطأت على أن يهضموا ما يشترونه ، فيشترونه بدون ثمن المثل المعروف ، ويزيدون ما يبيعونه بأكثر من الثمن المعروف ، وينموا ما يشترونه ، كان هذا أعظم عدواناً من تلقي السلع ، ومن بيع الحاضر للبادي ، ومن النجش . ويكونون قد اتفقوا على ظلم الناس ، حتى يضطروا إلى بيع سلعهم وشرائها بأكثر من ثمن المثل ، والناس يحتاجون إلى بيع ذلك وشرائه ، وما احتاج إلى بيعه وشرائه عموم الناس فإنه يجب ألاّ يباع إلا بثمن المثل ، إذا كانت الحاجة إلى بيعه وشرائه عامة »[1] .

اشتراط البراءة من العيب :

تتلخص مذاهب الفقهاء في شرط البراءة من العيب بما يلي :

١ـ البيع بشرط البراءة من كل عيب جائز ، « لأن الرد بالعيب حق من

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٢٨/ ٧٨ـ٧٩ ، والحسبة لابن تيمية بتحقيق محمد زهري النجار ، ص٤٢ـ٤٣ ، وقارن الطرق الحكمية لابن القيم ، ص٢٤٦ـ٢٤٧ .

حقوق المشتري(. . .) . فإذا أسقطه سقط »[1] ، وهو مذهب الحنفية ، والرواية الثالثة عن مالك ، والقول الثاني للشافعية .

٢ـ غير جائز ، سواء علم البائع بالعيب أو لم يعلم ، « لأنه من باب الغرر فيما لم يعلم البائع ، ومن باب(. . .) الغش إذا علمه »[2] .

٣ـ جائز في الحيوان فقط ، في عيب لا يعلمه ، وهو القول الأظهر عند الشافعية ، والأصح عند المالكية ، ورواية عند الحنابلة[3] .

وإني لا أرى جواز هذا الشرط في المناقصة ، خشية أن يتناقص في السعر ، مع تدليس عيوب يشترط براءته منها .

الضمان الابتدائي والانتهائي :

١ـ الضمان الابتدائي : يقدم مع العرض ، بنسبة ١٪ أو ٢٪ من قيمته ، بغية التحقق من جدية المناقص . ويصادر إذا سحب العطاء قبل البت في العطاءات ، دون لجوء إلى القضاء . ويرد إلى أصحاب العطاءات المرفوضة .

٢ـ الضمان الانتهائي : يقدم بنسبة ٥٪ مثلاً من قيمة العقد ، خلال مدة لا تتجاوز ١٠ أيام مثلاً من تاريخ إشعار المناقص بقبول عطائه . ويرد تلقائياً إلى صاحبه بعد تنفيذ العقد .

إن طلب الضمان أمر مشروع لحث المناقص على الوفاء بالتزاماته ، ولمواجهة حالات التعدي والتقصير .

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣١/ ٩٠ .
(٢) المصدر نفسه .
(٣) المصدر نفسه .

ومصادرة الضمان تشبه مصادرة العربون إذا نكل دافعه ، والعربون جائز عند بعض العلماء (الحنابلة) .

الغرامات (الشرط الجزائي) : غرامات عدم التنفيذ وغرامات التأخير :

١ـ يصادر الضمان الابتدائي إذا سحب العرض قبل موعد البت في العروض ، أو إذا تخلف عن إبرام العقد إذا رست المناقصة عليه .

كما يصادر الضمان الانتهائي إذا تخلف المتعهد أو المقاول عن التنفيذ . وفي مثل هذه الحالات ، تأخذ هذه الغرامات حكم العربون ، فتكون جائزة عند من أجازه .

٢ـ إذا وقع تأخر في التنفيذ ، بدون عذر مقبول ، تفرض غرامات تأخير على الشكل التالي مثلاً :

١٪ عن الأسبوع الأول ، أو جزء الأسبوع ؛

١,٥٪ عن الأسبوع الثاني ؛

٢٪ عن الأسبوع الثالث ؛

٢,٥٪ عن الأسبوع الرابع ؛

٣٪ عن الأسبوع الخامس ، أو أكثر .

وغرامات التأخير هذه تشبه فوائد التأخير ، لأنها تتعلق بديون أو التزامات في ذمة المتعهد أو المقاول ، فلا أراها جائزة ، لأنها تضارع ربا النسيئة ، والله أعلم .

٣ـ نعم أجاز بعض العلماء هذه الصيغة : « إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم ، وإن خطته غداً فلك نصف درهم » . وإني أرى جوازها معهم ، لكن هذه الصيغة مختلفة عن صيغتنا ، لأن الإجارة هنا يجب أن

تنعقد على إحدى الإجارتين ، ولا يجوز فيها أن يعطى الخيار للعامل ، بحيث إذا أنجز الخياطة اليوم أعطي درهماً ، وإذا أنجزها غداً أعطي نصف درهم[1] .

قرار المجمع في المناقصات

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي ، بدولة الإمارات العربية المتحدة ، من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ ، الموافق ١-٦ أبريل ١٩٩٥م .

بعد اطلاعه على البحثين الواردين إلى المجمع ، بخصوص موضوع : « المناقصات » ؛

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ؛

وجرياً على خطة المجمع في وجوب إعداد عدد من الدراسات في كل موضوع ، لاستقصاء التصورات الفنية له ، واستيعاب الاتجاهات الفقهية فيه ؛

قرر ما يلي :

أولاً : تأجيل إصدار القرار الخاص بالنقاط التي درست في هذا الموضوع ، نظراً لأهميته ، وضرورة استكمال بحث جميع جوانبه ، وتغطية كل تفصيلاته ، والتعرف على جميع الآراء فيه ، واستيفاء المجالات التي تجري المناقصات من أجلها ، ولاسيما ما هو حرام منها ، كالأوراق المالية الربوية ، وسندات الخزانة .

---

(١) لمزيد من التوسع ، انظر بحثي عن المناقصة ، في مجلة المجمع ، العدد٩ ، ج٢ ، ص٢٢٩ .

ثانياً : أن يقوم أعضاء المجمع وخبراؤه بموافاة الأمانة العامة ، قبل انتهاء الدورة إن أمكن ، أو خلال فترة قريبة بعدها ، بما لديهم من نقاط فنية أو شرعية ، تتعلق بموضوع « المناقصات » ، سواء تعلقت بالإجراءات أم بالصيغ والعقود التي تقام المناقصة لإبرامها .

ثالثاً : استكتاب أبحاث أخرى في موضوع « المناقصات » ، يسهم فيها أهل الخبرات الفنية والفقهية والعملية في هذا الموضوع .

ملاحظة : حتى نهاية عام ١٩٩٨م ، لم يعد المجمع إلى موضوع المناقصة .

* * *