

## مقدمة:

مما لا شك فيه أن الحياة تتطور بشكل دائم ومستمر، ومن ثم فإن كل ما هو موجود ويطبق في هذه الدنيا لابد وأن يتجدد بتجدد وتطور الحياة، ومن تلك النظم القانونية العقود بشكل عام، ومعلوم أن العقد سواء كان مدنياً أم إدارياً لا يقوم إلا بتوافق الإرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، إلا أن الأمر يختلف كثيراً بين العقد المدني والإداري، حيث يتمتع أطراف العقد المدني بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم عند تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه، بينما نرى الإدارة كطرف في العقد، حيث تستخدم أساليب السلطة العامة عند إبرامها لهذا العقد، و تهدف من وراء ذلك تيسير المرفق العام بانتظام وإطراد، ومن هنا فرق المشرع بين النظام الذي يحكم العقد المدني فيكون أطرافه من الأشخاص العاديين، والنظام الذي تكون الإدارة العامة أحد طرفيه أي بإعتبارها أحد أشخاص القانون العام.<sup>(١)</sup>

تخضع الإدارة في إبرام عقودها الإدارية لعدة قيود، لا يقابل مثلها الأفراد في عقودهم الخاصة، وتجد مبرراتها في أن الإدارة في تعاقداتها إنما تنطلق من هدف تحقيق المصلحة العامة، ولا مجرد مصلحة شخصية، كما أنها تتصرف في مال عام، يتمثل في حصيللة الخزانة العامة التي يمولها أفراد بما يدفعونه من ضرائب ورسوم مختلفة. لذلك، نجد أن هذه القيود تلاحق الإدارة، أيًا كانت طبيعة العقد الذي تبرمه، وسواء أكان عقداً إدارياً أم عقداً من عقود القانون الخاص؛ لأن حكمة التقيد ومبرراته تتوافر في كلا الحالتين.

ومن الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود - إدارية كانت أم مدنية - ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع، رسمها الشارع في القوانين واللوائح كغاية لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية، وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها؛ تحقيقاً للصالح العام، بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة في إبرام العقد الإداري.<sup>(٢)</sup>

وتظهر هذه القيود في تكوين العقد الإداري، ومن مختلف جوانبه من خلال النظام القانوني لأساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة وإجراءات العملية التعاقدية. فالإدارة لا تتمتع بحرية كاملة في

(١) انظر: د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ١٢ - ٢٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، لسنة ١٩٦٥ - ١٩٨٠، ج ٢، الباب الأول، ص ١٨٣١: ص ١٨٣٤.

(٢) انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط: العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٦، ص ٦١.

اختيار مَنْ تتعاقد معه، وإنما يقيدھا المشرع بعدة طرق وأساليب محددة، يتعين عليها اتّباعها للوصول إلى أفضل اختيار ممكن للمتعاقد معها من ناحية الكفاءة الفنية والأمانة والقدرة المالية، وأيضاً لكفالة مبدأ المساواة بين المتعاقدين؛ فلا يُفضل متعاقد على آخر لمجرد المجاملة أو لغير ذلك من الاعتبارات التي لا صلة لها بالمصلحة العامة<sup>(١)</sup>.

والقاعدة العامة لاختيار أفضل المتعاقدين هي اتّباع طرق المناقصة أو الممارسة أو المزايدة، بحسب نوعية العملية التعاقدية وفحواها . فأسلوب المناقصة يتبع بالنسبة للعقود التي ترتب أعباء مالية على الخزانة العامة، مثل عقود الأشغال العامة أو التوريد أو النقل، في حين يتبع أسلوب المزايدة بالنسبة للعقود التي تدخل عائداً مالياً في الخزانة العامة، مثل بيع عقار أو منقول. لذلك، هناك أساليب أو طرق محددة يجب على الإدارة أن تسلكها في اختيارها للمتعاقد معها، ويتميز أسلوب المناقصة العامة بأنه الأسلوب الذي يمثل القاعدة العامة، والذي يجب في الأصل سلوكه بالنسبة للإدارة.

ومن هنا إرتأيت أن يكون موضوع بحثي "المناقصة الحكومية كأسلوب للتعاقد في القانون الإداري دراسة مقارنة في مصر والعراق" ذلك لأن أسلوب المناقصة يمثل أسلوباً مهماً من الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة العامة للممارسة نشاطها، عن طريقها تتمكن الإدارة من شراء المنقولات أو العقارات، أو تتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية.

فالمناقصة تعتمد على فكرة إتاحة الفرصة لقيام المنافسة بين الراغبين في التعاقد؛ حتى تستطيع جهة الإدارة معرفة واختيار صاحب أفضل عرض أو أفضل عطاء من الناحية المالية، وكذلك من الناحية الفنية. والمناقصة لها أنواع ثلاثة: المناقصة العامة، والمناقصة المحدودة، والمناقصة المحلية. فالمناقصة العامة، وهي التي تكون مناقصة مفتوحة لعددٍ غير محدد من المتنافسين؛ بحيث يمكن أن يشترك فيها كلُّ شخص تتوافر فيه شروط المناقصة، ويعتقد أنه قادرٌ على تنفيذ العقد. والمناقصة العامة قد تكون داخلية معلن عنها في البلد، أو قد تكون خارجية معلن عنها في خارج البلاد. أما المناقصة المحدودة التي تكون مقفولة على عددٍ محدودٍ من الأفراد والشركات المصرية أو الأجنبية، تختارهم الإدارة مسبقاً أو بمناسبة عقد معين؛ لاقتناعها بكفاءتهم وقدرتهم المالية والفنية، وتدعوهم الإدارة إلى التنافس فيما بينهم، وفيما عدا ذلك تسري عليها كافة الأحكام المنظمة للمناقصة العامة. أما بخصوص المناقصة المحلية، وهي بحكم اسمها يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين والموردين المحليين المقيدين

(١) انظر: ريم علي إحسان محمد علي العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، بحث ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، عام ٢٠١٠، ص ٤٢.

في قائمة تعدها الإدارة سلفاً، وفيما عدا ذلك تطبق في شأنها الأحكام الخاصة بالمناقصة العامة فيما عدا بعض الاستثناءات<sup>(١)</sup>.

وإن حرية المنافسة في مجال المناقصات العامة ليست مطلقة؛ للإدارة حرمان بعض الأشخاص من التقدم لها وعدم قبول عطاءاتهم، ولو كانت مستوفاة الشروط. وهذا الحرمان على نوعين، جزائي ووقائي: فالحرمان الجزائي، وفيه يكون الحرمان من الاشتراك في المنافسة جزاءً لبعض الأشخاص على أخطاء وقعت منهم في تنفيذ عقود سابقة ربطتهم بالإدارة، أو جرائم ارتكبوها، فكان الحرمان عقوبة لها. أما الوقائي هو الحرمان من الاشتراك في المنافسة في مجال المناقصات العامة؛ منعاً من تفضيل المصلحة الخاصة لبعض المسؤولين على المصلحة العامة للدولة<sup>(٢)</sup>.

ولا شكّ قد نظم القانون إجراءات أو خطوات المناقصات والمزايدات بطريقة تضمن حرية المنافسة والمساواة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة؛ حيث تقوم الإدارة في البداية بالإعلان عن المناقصة وبيان شروطها ومواصفات أصناف المواد أو الأعمال المراد التعاقد عليها بصورة وافية؛ حتى يتسنى لذوي الشأن على أساسها التقدم بعطاءاتهم للتعاقد مع الإدارة، مع بيان شروطها العامة والخاصة. فالشروط العامة، وهي التي ترد في اللوائح، وتسري على كافة المناقصات التي تجريها الإدارة، أيّا كانت خصائصها. أما بخصوص الشروط الخاصة التي توضع خصيصاً لكل صفقة يراد إبرامها عن طريق المناقصة، وتودع في دفتر شروط خاص تضعه الإدارة المعنية؛ حيث تتضمن هذه الشروط تحديد موضوع الصفقة أو نوع السلع أو الخدمات المطلوبة، وكمياتها، ومهلة تسليمها ومقدار التأمين التي يجب إيداعها، والشروط التي يجب توافرها في المشتركين في المناقصة. علماً أن إعلان الإدارة عن إجراء المناقصة لا يعتبر إيجاباً، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد. أما التقدم بالعطاء وفقاً للشروط المعلن عنها فهو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي به قبول الإدارة لينعقد العقد. والأصل في العقد الإداري أن الإيجاب يوجه من أصحاب العطاءات على أساس الشروط العامة المعلن عنها<sup>(٣)</sup>.

وتتقدم العطاءات إلى الإدارة في الميعاد المحدد بعطاء - أي عرض - في مظارفين مغلقين، أحدهما للعرض الفني، والآخر للعرض المالي، وتتولى لجنة البت دراسة العروض للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة. وللجنة أن تستوفي من مقدمي

(١) انظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب: النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩ ص ٥٧٦.  
(٢) انظر: د. محمد بن سعيد بن حمد المعموري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلة الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٠٩.  
(٣) انظر: د. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٩، ص ٧٧.

العروض ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاحات. ولا يجوز أن تكون لجنة فتح المظاريف هي نفسها لجنة البت؛ لأن كلا القانونين العراقي والمصري نصا على لجنتين متميزتين<sup>(١)</sup>.

وقد أوجب المشرع إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً. ولتحديد صاحب العطاء الأقل سعراً تجري المفاضلة بين المناقصين؛ لتحديد الأقل سعراً على أساس القيمة الرقمية لبنود العطاءات عندما تخلو جميعها من أي تحفظات أو اشتراطات يمكن تقييمها مالياً. أما حالة وجود تحفظات أو اشتراطات مالية فلا يكتفي بالقيمة الرقمية للعطاء لتحديد أولوية الحقيقة، بل يتعين إضافة قيمة التحفظات والشروط<sup>(٢)</sup>.

إلا أن المستجدات والمتغيرات التي طرأت على الحياة الاقتصادية في العالم وبدولنا النامية والتطور التكنولوجي، وفي ضوء ما أظهره التطبيق العملي لأعمال المناقصات العامة من عيوب وشوائب أحاطت بآلية الإسناد التقليدية (الإرساء على السعر الأقل)، والتي أثبتت أن التمييز السعري ليس هو السبيل الأمثل للإسناد في المناقصات العامة بصورة مطلقة أو بصفة دائمة، وليست النتائج المترتبة على الإسناد بموجبه تعطي أفضل النتائج أو تحقق الوفرة للخزانة العامة كما هو مبتغى.

الأمر الذي جعل هناك تزايداً متنامياً نحو ضرورة مراعاة الجانب الفني والجودة في المواصفات، وأخذها في الاعتبار لدى الإسناد والترسية في المناقصات الحكومية.

ولقد قامت بعض التشريعات بالتخلي عن الإرساء وفقاً لمبدأ السعر الأقل في مناقصاتها وبدأت تنص على طرق وأساليب جديدة تعتمد بصورة كلية على الجانب الفني والجودة كأساس أول ورئيسي للترسية مع أخذ التمييز السعري كأساس تالي للتمييز الفني والموازنة بينهما.

وإن قرار لجنة البت ليس هو القبول الذي يتم به العقد، لكن تصديق الجهة الإدارية المختصة وإخطارها المتزامن بهذا القبول هو وحده الذي تترتب عليه الآثار القانونية، ويصبح التعاقد تاماً. وعليه، يعتبر قرار لجنة البت - في حقيقته - قراراً إدارياً نهائياً، شأنه شأن أي قرار إداري نهائي، وتتنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية، ومن بينها وجوب الطعن عليه خلال الميعاد المقرر قانوناً، وهو ستون يوماً من تاريخ النشر أو الإعلان كما في العراق ومصر<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: نص المادة (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.  
(٢) انظر: فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع المرقمة ٣٣٢ في ١٩٩٣/٤/٢٣ جلسة (١٩٩٣/٣/٢٨)  
(٣) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٣/١٦٦٨ في ١٩٩٤/١/٤.

ونظراً لأهمية الموضوع باعتباره من الموضوعات الحيوية التي تمس الإدارة؛ وإحاطة الموضوع بالبحث والجوانب المتعلقة به، سوف نتناوله من خلال النقاط الآتية:

### أولاً- موضوع البحث وأهميته:

تمكنت أغلب تشريعات الدول من خلق تنظيم تشريعي، تتحدد بموجبه الأسس العامة للتعاقدات الإدارية، وتنظيمها بالتفصيل؛ تجنباً لأي اجتهاد شخصي أو جزافي في التنفيذ، نظراً لحساسيتها ودقة التعامل بها. على الرغم من ذلك، تواجه تلك التعاقدات مشاكل إجرائية وموضوعية، بدءاً من أولى مراحلها، وصولاً إلى إبرام العقود المتعلقة بها وتنفيذها، الأمر الذي يتطلب معرفة الجهات المعنية وإمامها بالقواعد والأسس القانونية التي تحكم إحالة المناقصات وإبرام العقود؛ تفادياً لأية مخالفة مالية أو إدارية ترافق العمليات المذكورة التي تُوصف بأنها الأكثر راحة؛ لارتكاب حالات الفساد المالي، فضلاً عن مساسها بالثقة في الإدارة، وتقويضها للبناء القانوني للدولة.

وهذا مما دفع الباحثة إلى دراسة المناقصة الحكومية كأسلوب أصيل للتعاقد في القانون الإداري، وعمل دراسة مقارنة بين التشريع المصري والتشريع العراقي؛ لتوضيح بعض التشابه والاختلاف بينهما، وتكمن أسباب اختيارنا لموضوع البحث، وأهميته في الآتي:

- ١- لبيان أن المناقصة الحكومية ما زالت تتمتع بصفاتها كآلية عادلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، تكفل تنفيذ المشروع محل المناقصة بأفضل الشروط الفنية، وبأقل الأسعار؛ حفاظاً على المال العام، وضماناً لسير المرفق العام بانتظام واطراد.
- ٢- لبيان أن فلسفة المناقصة الحكومية تكمن في المساواة بين المتنافسين وتوفير حرية المنافسة والعلانية، وهذه من أهم المبادئ التي تساعد على تشجيع الاستثمار والتطوير، وكذلك تحقيق الوفرة المالي للدولة من خلال الحصول على عدة خيارات، سواء من حيث الكفاءة الفنية أو الأسعار نتيجة كثرة الفرص المشاركة فيها.
- ٣- قلة البحوث المتخصصة التي تعرضت لإجراءات المناقصة الحكومية من حيث كونها ضماناً لطرفي العقد، وحاجة المكتبة القانونية في العراق إلى البحوث والدراسات المتعلقة بالعقود الإدارية ونظم المشتريات الحكومية؛ نظراً لأهميتها لملاحقة التطور الكبير والمتسارع في المشاريع الإنشائية وعقود الخدمات والتوريدات، وغيرها من المشتريات الحكومية الأخرى.

## ثانيًا- إشكالية البحث:

في إطار موضوع البحث، سوف نحاول الإجابة على بعض الأسئلة والإشكاليات في كلا التشريعين المصري والعراقي، ومن بين تلك الإشكاليات: ما هو معيار المفاضلة لاختيار العطاء الأفضل أو الوصول للعرض الأفضل؟ وثانيًا مسألة مهام لجنتي فتح المظاريف ولجنة البت وكيفية تشكيلها؟ وهل يجوز أن تكون هناك لجنة واحدة تقوم بفتح المظاريف والبت بها؟

## ثالثًا- أهداف البحث:

- ١- إبراز الدور الرئيسي والهام لأسلوب المناقصة الحكومية كأحد أساليب التعاقد الحكومي، وما يحققه من علانية ومساواة وحرية منافسة تساهم في زيادة الوفر المالي للدولة. والتوصل إلى نتيجة ما إذا كانت المناقصة الحكومية وإجراءاتها المختلفة تشكل ضمانات من ضمانات العقد الإداري، سواء للجهة الإدارية أو للمتعاقد معها.
- ٢- حث الجهات الإدارية على اتباع أسلوب المناقصة الحكومية في التعاقدات قدر الإمكان؛ نظرًا لما يوفره هذا الأسلوب من ضمانات تحمي المال العام.
- ٣- الوقوف على مواطن الضعف والقوة في نصوص قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤، مرورًا بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في القانون العراقي، ومحاولة للتخلص من تلك المشكلات والاستفادة من التشريعات المقارنة. ويعتبر هذا البحث مساهمة لإثراء المكتبة العربية بشكل عام، والمكتبة العراقية بشكل خاص - ولو بصورة يسيرة - في مادة علمية وعملية للباحثين في مجال قوانين وأنظمة المناقصات الحكومية في العراق، وكذلك الموردين والمقاولين (كونهم شركاء أساسيين ودائمين في عملية التنمية والتطوير).

## رابعًا- منهج البحث:

إن إعداد البحث - بصفة عامة - يعني اختيار منهج معين للوصول إلى النتيجة التي يسعى إليها الباحث، وقد رأينا من بين مناهج البحث أن المنهج المقارن هو أقرب المناهج إلى تحقيق ما نبتغيه من دراستنا، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الوصفي.

وبناءً عليه، أجرينا تحليلًا للمواضيع المهمة؛ بغرض الكشف عن أبعادها المختلفة ومقارنتها للنظامين المصري والعراقي، لبيان نقاط الاختلاف بينهما، بطريقة توضح إمكانية استقاء أي منهما

تعديلات من الآخر أو إضافة أحدهما للآخر من خلال الخبراء والمختصين. ونظراً لحدود البحث، فإن المقارنة اقتصرَت على المسائل القانونية والأحكام الرئيسية في الموضوع.

#### خامساً- خطة البحث:

ولما صدقت عندنا النية وصحت لدينا العزيمة على أن نقدم في هذا البحث وصفاً وتحليلاً للمناقصة الحكومية كأسلوب للتعاقد في القانون الإداري. وبالرغم مما قد واجهنا من صعوبات فرضتها طبيعة الموضوع، فقد قمنا بتقسيم الدراسة على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: مفهوم المناقصة وطبيعتها القانونية وصورها.

الفصل الأول: المبادئ العامة للتعاقد بأسلوب المناقصة الحكومية.

الفصل الثاني: التنظيم الإجرائي للمناقصات الحكومية.

وبعد... فهذا بحثٌ متواضعٌ لم ندخر فيه جهداً ولا طاقةً إلا سعيًا بها إلى تحقيق الكمال له، وإذا كان الكمال غايةً منشودة للجميع، فإن النقص والتقصير من طبائع البشر. والحق إنه إذا كان في هذا البحث فضل علم فهو من الله، وإذا كان فيه تقصير فهو مني ومن الشيطان؛ قال "ابن خلدون" في مقدمته الشهيرة (وأنا من بعدها موقن بالقصور، بين أهل العصور، معترف بالعجز عن المضاء في مثل هذا القضاء، راغب من أهل اليد البيضاء والمعارف المتسعة القضاء النظر بعين الانتقاد لا بعين الارتضاء، والتغمد لما يعثرون عليه بالإصلاح والإغضاء).

وما توفيقي إلا بالله