حدود السلطة التقديرية للإدارة في المناقصات العامة في مرحلة ابرام العقد

Limitations of the estimating authority of the administration in the public Tenders at the Making of contract

جلال سعود سالم

أ.د. علي يوسف الشكري

الجامعة الاسلامية كلية الحقوق

المستخلص:

تسعى الادارة عبر المناقصات العامة الى الحصول على افضل المتقدمين لها، من اجل التعاقد معهم لتسيير مرافقها العامة، ، في بعض الأحيان قد تستجد ظروف ترى فيها الإدارة أنها لم تعد تحتاج إلى إتمام هذا التعاقد، وعليه ليس من الملائم فرض متعاقد ما على الإدارة، إذا ما قدرت سلطتها التقديرية عدم جدوى إبرام هذا العقد، وكذلك فان نكول المناقص عن اتمام التعاقد مع الادارة دون سبب منها، يعد اخلالا بالتزامه القانوني، تجعل الادارة تستعمل سلطتها في فرض جزاءات بحق من اخل بالتزاماته العقدية او القانونية، قد تكون مالية تتمثل في مصادرة التأمين الابتدائي، او تضمين الناكل فرق الخسارة التي تكبدها جراء النكول، و غير ذات طابع مالي تتمثل في الأدراج على القائمة السوداء، تفرض بالإرادة المنفردة للإدارة.

Abstract:

The administration seeks, through public tenders, to obtain the best applicants for it in order to contract with them to manage its public facilities. Sometimes circumstances may arise in which the administration deems that it no longer needs to complete this contract, and therefore it is not appropriate to impose a contract on the administration if it is able to Its discretionary authority indicates the futility of concluding this contract, and also the failure of the tenderer to complete the contract with the administration without any reason on its part constitutes a breach of his legal obligation, causing the administration to use its authority to impose penalties against those who violate their contractual or legal obligations, which may be financial, represented by the confiscation of the initial insurance, Or including the difference between the loss incurred as a result of the violation,

and which is not of a financial nature, represented by inclusion on the blacklist, imposed by the sole will of the administration.

المقدمة

إن الإدارة في أثناء تأديتها لوظائفها المختلفة تستطيع أن تلجا إلى ذات الوسائل التي وضعها القانون تحت تصرف الإفراد في معاملاتهم، غير أن الحياة الإدارية الحديثة، وازدياد مجال تدخل الدولة، وظهور القواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة، كل ذلك جعل المشرع في كثير من الدول يشعر بان قواعد القانون الخاص اذا صلحت فإنها لتقييم العدالة بين افراد متساويين فإنها لا تصلح في احيان كثيرة لتنظيم بعض العلاقات التي تكون الإدارة طرفا فيها، لكون الإدارة تشرف على رعاية المصلحة العامة والتي تسمو – عند تعارضها – على المصلحة الخاصة.

في بعض الأحيان قد تستجد ظروف ترى فيها الإدارة أنها لم تعد تحتاج إلى إتمام هذا التعاقد، وعليه ليس من الملائم فرض متعاقد ما على الإدارة إذا ما قدرت سلطتها التقديرية عدم جدوى، إبرام هذا العقد، ويعد هذا منطقيا إذ المتعاقد مع الإدارة إنما ينظر إليه كمعاون لها في النهوض بتسيير المرفق العام، فإذا ما قررت الإدارة أَنها لم تعد تحتاج إلى ذلك المعاون، القانون قد أعطاها امتياز الغاء المناقصة، وكذلك عند تحقق حالة من حالات نكول المناقص عن اكمال اجراءات التعاقد او تقديمه لمعلومات غير صحيحة عن طريق الغش فان الإدارة تستعمل سلطتها في الحفاظ على المال العام وضمان سير المرفق العام عبر اتخاذ الوسائل الكفيلة لذلك، والتي من بينها فرض جزاءات على المخل بالتزاماته العقدية او القانونية.

اهمية البحث:

تبرز أهمية البحث من خلال تسليط الضوء على مسألة في غاية الأهمية من المسائل الخاصة المترتبة على سلطة الادارة التقديرية في الغاء المناقصة، وكذلك عند تحقق حالة من حالات نكول المناقص عن اكمال اجراءات التعاقد او تقديمه لمعلومات غير صحيحة عن طريق الغش فإنها تستعمل سلطتها في الحفاظ على المال العام وضمان سير المرفق العام عبر اتخاذ الوسائل الكفيلة لذلك.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في موضوع حدود السلطة التقديرية للإدارة في المناقصات العامة في مرحلة ابرام العقد بقصور النظام القانوني المتمثل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ في مجال الجزاءات المالية بحق الناكل.

هيكلية البحث:

ان البحث في موضوع حدود السلطة التقديرية للإدارة في المناقصات العامة في مرحلة ابرام العقد يتطلب تقسيمه الى مبحثين ندرس في المبحث الاول سلطة الادارة التقديرية في مرحلة الاحالة القطعية وفي المبحث الثاني سلطة الادارة التقديرية في الغاء المناقصة العامة ونكول من احيلت عليه المناقصة.

المبحث الاول

سلطة الادارة التقديرية في مرحلة الاحالة القطعية

The estimating authority of the administration at the final referral stage

من الاسس التي تقوم عليها المناقصة العامة هي ان تتبنى لجنة التحليل وتقييم العطاءات (لجنة البت) مهمتها، وهي اتمام الاجراءات بقصد الوصول الى تعيين افضل المتقدمين بحسب القانون، واختصاص هذه اللجنة مقيد تجري فيه قواعد وضعت لصالح الادارة والافراد على حد سواء، بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين جميع المتقدمين، وقرار لجنة التحليل وتقييم العطاءات في الاحالة ليست الخطوة الاخيرة في التعاقد، بل هي ليس الا اجراء تمهيدي في عملية مركبة، ثم يأتي بعد ذلك قرار المصادقة (الاعتماد) على قرار الاحالة من الجهة المختصة. ولكي نفهم حقيقة قرار الاحالة والسلطة المختصة بالمصادقة عليه يتعين بادئ ذي علينا دراسة مرحلتي الاحالة والمصادقة عليها من السلطة المختصة، وهو ما سنتناوله في مطلبين:

المطلب الاول: مفهوم قرار الاحالة والطبيعة القانونية له:

The concept of the referral decision and its legal nature

يعد قرار الاحالة الحلقة الاكثر اهمية والأخطر في مراحل التعاقد في المناقصة العامة، حيث لا يمكن ان يتم بطريقة تعسفية ولا بد ان يعتمد على معيار محدد هو السعر، لذا سنقوم ببيان مفهوم قرار الاحالة في الفرع الاول، والطبيعة القانونية له في الفرع الثاني:

الفرع الاول: مفهوم قرار الاحالة:The concept of the referral decision

لم يتطرق المشرع العراقي الى تعريف قرار الاحالة، الا انه اكتفى بالإشارة اليها في بعض القوانين [١]، الا ان جانب من الفقه عرفها بانها (افصاح الإدارة عن ارادتها بقبول الإيجاب الصادر عن أحد أصحاب العطاءات بغية ترتيب التزامات متبادلة بعد اعتماده من قبل الجهة الإدارية المختصة) [٢]، وتحكم احالة المناقصة العامة ثلاث مبادئ رئيسة هي التلقائية والاجبارية والنهائية:

اولا: الاحالة يجب ان تكون تلقائية:The referral must be automatic

التلقائية تعني هنا عدم تمتع اللجنة باي سلطة تقديرية من اجل تحديد المتنافس الذي وجب التعاقد معه، بل يجب ان تلتزم بإحالة المناقصة على العطاء الافضل شروطا والاقل سعرا طبقا لما ورد في وثائق المناقصة والعطاء[٣]، لذلك حرص المشرع الفرنسي في المادة (٨٨) من تقنين عقود الشراء العام على وصف أن من شأن اقتران العطاءات بتحفظات المساس بمبدأ تلقائية الإحالة الذي يعتمد على عامل السعر وحده، و الذي يمثل المنطق الجوهري للمناقصة، كما أن السماح باقتران العطاءات بتحفظات معينة يعني وجود عامل أو عوامل أخرى إلى جانب السعر تؤدي دور المعيار لإحالة المناقصة من جهة, وترك هذه المعايير لتقدير أصحاب العطاءات من جهة أخرى، وهذا يخالف منطق المناقصة الذي يقوم على تماثل العطاءات في كل المعطيات عدا السعر[٤].

ثانيا: الاحالة يجب ان تكون اجبارية:The referral must be mandatory

ومعنى هذا الالتزام أن اللجنة المختصة بإحالة المناقصة لا يمكن لها الامتناع عن أحاله المناقصة على صاحب العطاء الافضل شروطا الاوطأ سعرا حتى ولو كان لديها مسوغ مشروع، ما لم تتوافر لديها احدى حالات الغاء المناقصة المنصوص عليها قانونا [٥].

وبهذا المعنى قضى مجلس الدولة الفرنسي، بان يقع على عاتق اللجنة واجب الإحالة على العرض الأفضل، حتى وان احتوى هذا العرض على خطأ بين في تقدير السعر من جانب عارضه، وذلك مع وجود التزام ملقى على عاتقها يتمثل في إعلام سلطة الاعتماد بعدم

---

[١]- المادة (١٠/اولا/أ/١) من تعميمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على (اولا: يعد المناقص الفائز ناكلا عند امتناعه عن توقيع العقد بعد التبليغ بكتاب الاحالة بعد انذاره رسمياً).

[٢]- عبد المطلب الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، المقدمة.

[٣]- د. مال الله جعفر، ضمانات العقد الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٣٨.

[٤]- د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، بدون دار نشر، ٢٠٠٥، ص٣٢٢.

[٥]- د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص٣٣٨.

استحسان نتائج المناقصة في هذه الحالة، وهذا المبدأ مقرر لأجل انتظام عمليات المناقصة وشفافيتها في مواجهة المتنافسين [١].

لكن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لوجود حالات واقعية، تحتم على اللجنة ألا تتخذ قرارها بالإحالة، وتكون سببا في إلغاء المناقصة أو تحديدها لأجل آخر، وهذا السبب في طبيعته يؤكد مبدأ الإحالة الالزامية ولا يبتعد عنه، ومن بين هذه الحالات:

أ ـ إذا لم يقدم إلى الإدارة إلا عرض وحيد:

العرض الوحيد هو ذلك العرض الذي بقي منفردا في ساحة المنافسة، أما لأنه لم يقدم غيره لأجل المنافسة على العقد، واما انه أصبح كذلك بعد استبعاد باقي العروض التي تقدمت للمنافسة لعدم استيفائها للشروط [٢]، اما في العراق فانه يتم إعادة الإعلان عن المناقصة في حالة تقديم عطاء واحد خلال مدة الإعلان، مع ملاحظة انه في حالة تقديم أكثر من عطاء وكان واحد منها مقبولا فنيا وتجاريا فيتم قبوله، والسير بعملية تحليل العطاءات والاحالة [٣].

ب ـ إذا كانت العروض المقدمة للإدارة غير ملائمة:

وفي هذه الحال فان سبب امتناع اللجنة عن الإحالة يعد طبيعيا، لأنه إذا كانت قيمة العرض الأقل في المناقصة يزداد عن الأسعار المقدرة من جانب الإدارة، فان المناقصة لا تضيف أي ميزة لجهة الإدارة، بل على خلاف ذلك تسهم في زيادة اعبائها ومصاريفها[٤]، كما تعد العروض غير ملائمة إذا كانت اقل من القيمة السوقية بكثير في المناقصات، أو تزيد عن القيمة السوقية بكثير، مما يضفي عليها ظلالا من عدم الجدية، الأمر الذي يخشى معه التوقف عن تنفيذ العقد فيما لو تمت الإحالة على احد هذه العروض[٥].

ج ـ إذا صدر قرار من السلطة المختصة بإلغاء المناقصة قبل أن تبت بها اللجنة، أو إذا استغني عنها نهائيا، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك [٦].

---

[١]- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص٣٢٢.

[٢]- هاتف جاسم كاظم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٤١.

[٣]- الفقرة خامسا/ا من المادة (٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

[٤]- د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥. ص٦٧٣.

[٥]- حكم المحكمة الإدارية العليا في النطق رقم (٣٥٣١)، (٣٥٣٤) لسنة ٢٢ق، جلسة ٢١ /٤/ ١٩٨٧ السنة الثانية والثلاثون، نقلا عن د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص٦٧٣.

[٦]- المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ تنص على إن (تلغى المناقصة قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائيا أو اقتضت المصلحة العامة ذلك..)

في مصر، يترتب على إلغاء المناقصة نتيجة مهمة، تتمثل في عدم جواز تحويل المناقصة إلى ممارسة، فكل ما تملكه لجنة البت في هذه الحال هو الاقتراح على السلطة المختصة إلغاء المناقصة للأسباب المذكورة انفا، فإذا أعلنت هذه الأخيرة إلغاء المناقصة، يمكن حينئذ أن تقرر طرح العملية في ممارسة عامة أو محدودة إذا توافرت موجباتها القانونية[١].

ثالثا: الإحالة يجب أن تكون نهائية: The referral must be final

ينطلق المبدأ من انه متى ما تتم الاحالة، فيجب أن تكون باتة ولا رجعة فيها[٢]، ولكن على الرغم من الطبيعة غير الرجعية للإحالة إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اقر استثناءين على تلك الطبيعة هما:

١ - يمكن أن تكون الاحالة موقوفة على شرط تقديم بعض الوثائق، فان لم تقدم هذه الوثائق، يمكن للجنة أن تعود عن قرارها.

٢- يمكن تصحيح الإحالة ولكن قبيل أقفال باب عمليات المناقصة وضمن الجلسة نفسها، أما إذا تم إقفالها، فان اللجنة تكون قد استنفذت سلطاتها ومن ثم يمتنع إجراء مثل هذا التصحيح[٣].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإحالة: The legal nature of the referral decision

ينبغي ابتداء لتكييف قرار الإحالة التمييز بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد وتهيئ لإبرام هذا العقد، وبغض النظر فيما إذا كان العقد مدنيا أو إداريا فان من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة، له خصائص القرار الإداري و مقوماته[٤]، فهي تدخل في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، وهي تنفرد في طبيعتها عن العقد وتنفصل عنه[٥]، ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء استقلالا[٦]، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء معقودا للقضاء الاداري[٧].

وتختلف الطبيعة القانونية للإحالة باختلاف التشريعات التي تعالجها، فهناك تشريعات عدت الاحالة قرار من دون حاجة الى مصادقة من السلطة المختصة كما هو الحال في القانون الكويتي

١- د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص٦٧٤.
٢- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص٣٢٨.
٣- هاتف كاظم جاسم، المرجع السابق، ص١٤٣-١٤٢.
٤ - هاتف كاظم جاسم، المرجع السابق، ص١٤٥.
٥- د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشاة المعارف، ١٩٨٧، ص٣٠٩.
٦- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص٣٢٤.
٧- د. عادل سيد فهيم، القوة التنفيذية للقرار الاداري، الدار القومية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص١١٩.

[١] والبحريني[٢]، في حين عدت بعض التشريعات ان الاحالة عبارة عن توصية، تصدر من قبل لجنة خاصة لحين المصادقة عليها من قبل الجهة المختصة بالتعاقد، مثل العراق ومصر، وطبيعة قرار الاحالة في حالة عدم الحاجة الى مصادقة جهة اخرى يعد قرارا ادارياً نهائياً يمكن الطعن به امام القضاء الاداري وفقاً لنظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال[٣].

يرجع الفضل في ابتكار فكرة القرار المنفصل إلى القضاء الإداري الفرنسي، فقد مر هذا القضاء بمرحلتين، بخصوص إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال، في المرحلة الاولى اعتنق مجلس الدولة الفرنسي نظرية مفادها ان العقد الاداري عبارة عن وحدة قانونية غير قابلة للتجزئة أو الانفصال، اذ ان القرارات التي تصدرها الإدارة المتعلقة بالعقد تندمج فيه ولا تقبل انفصالها عنه، وطالما كان الطعن بالإلغاء موجها ضد القرارات الإدارية، فان مجلس الدولة الفرنسي يرفض ذلك على أساس ان المتعاقد يملك اللجوء إلى قاضي العقد إذا حصلت منازعة بشأن هذه القرارات[٤].

في المرحلة الثانية، عدل مجلس الدولة عن رأيه السابق، وهجر نظرية الاندماج أو عدم قابلية تجزئة العملية التعاقدية منذ مطلع القرن العشرين، فتبنى نظرية جديدة هي نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال، ومفادها ان العقد الإداري يمر بسلسلة من الإجراءات وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة كأن تصدر الإدارة قرارا بإبرام العقد أو التصدق عليه فهذه القرارات وان كانت تدخل ضمن العملية التعاقدية، أي أن لها استقلالية بحيث يمكن فصلها عن تلك العملية ومن ثم الطعن بها بدعوى الالغاء [٥].

اما في مصر فان مجلس الدولة كان واضحا في أحكامه، إذ عد قرار الإحالة قرارا اداريا منفصلا عن عملية إجراء المناقصة وقبل الطعن فيه بالإلغاء [٦]. في حين ان طبيعة قرار الاحالة في حالة الحاجة الى مصادقة جهة ادارية اخرى، يعد على الرأي الغالب في الفقه انه توصية تتطلب اعتمادا من قبل السلطة المختصة، لكي يعد قرارا ادارياً نهائياً تترتب عليه اثار قانونية، ومن ثم لا يمكن الطعن به امام القضاء الاداري، وقد أيد ذلك الرأي المشرع العراقي فقد جعل

---

[١]- المادة (٤٢) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤.
[٢]- المادة (٥٦) من قانون المناقصات الحكومية العماني رقم (٨٤/٨٦) لسنة ١٩٨٤.
[٣]- د. جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٨٩.
[٤]- د محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة, ١٩٩٤، ص٤٤.
[٥]- د. علي خطار شطناوي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، دار وائل، عمان، ٢٠٠٠، ص٦٠.
[٦]- د. عبد الغني بسيوني، وقف تنفيذ القرار الإداري، منشورات الحلبي، بيروت, ٢٠٠٧ , ص٧٢.

الاعتراض على قرار الاحالة امام لجنة مركزية تشكل في كل جهة تعاقد للنظر بالاعتراضات المقدمة على قرارات الاحالة[١].

المطلب الثاني

المصادقة على قرار الاحالة

Approval decision of the referral

ان عمل لجنة الاحالة (البت)، هو ليس الحلقة الأخيرة في إبرام العقد، إذ يتبع ذلك صدور قرار من الجهة الإدارية بالتصديق على نتائج الإحالة على وفق ما أوصت به لجنة الاحالة، وهذا يعني ان قرار الاحالة لا يعد المرحلة الأخيرة للتعاقد، بل لا يعدو يكون إجراء تتمهدي، يتلخص في تقرير أحسن العروض ماليا وفنيا، فلا يعد هذا قبولا صادف ايجابا من الطرف الآخر، يؤدي إلى إتمام العقد بالضرورة مع من وقع عليه الاختيار، إذ لابد من إجراء لاحق يتمثل في تصديق قرار الإحالة من الجهة المختصة بذلك، سنبحث في هذا المطلب مفهوم المصادقة و السلطة المختصة به، والتبليغ والآثار القانونية له في فرعين.

الفرع الاول: مفهوم المصادقة والسلطة المختصة بذلك: The concept of the Approval And the competent authority

يطلق على عملية قرار الإحالة الصادر من الجهة المختصة قانونا باتخاذه تسمية المصادقة (الاعتماد)، ويعد هذا الإجراء آخر إجراءات المناقصة وأكثرها أهمية من الناحية القانونية لأنه بمنزلة القبول في العقد، بل يعد قرارها في هذا الشأن هو القبول النهائي للعرض[٢]، والقول بغير ذلك ان قرار لجنة الاحالة (البت) هو بمثابة القبول في العقود، قول لا يتفق مع نصوص القانون، وغرض الشارع فيما استهدفه من تنظيم إداري لإجراءات التعاقد من مقتضاه أن تتولى هذه الإجراءات ثلاث جهات، لكل منها اختصاص معين يتفق مع طبيعة عملها وتنتهي الإجراءات إلى الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد[٣].

---

[١]- تنص المادة (٧- اولا) من تعميمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على (تشكل في كل جهة تعاقد لجنة مركزية للنظر بالاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات على قرارات الاحالة برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الاولى وعضوية عدد من ذوي الخبرة في الاختصاصات المالية والقانونية والفنية، ومقرر لجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الرابعة)

[٢]- هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص١٦٣.

[٣]- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧ ابريل سنة ١٨٩١م في قضية (lanier) المجموعة، ص٢٧٩، أشار اليه الدكتور سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٨٩-٢٨٨

وقواعد الاختصاص في إبرام العقود الإدارية من المسائل التي ينفرد المشرع بتحديدها، لذا فانه يتعين صدور قرار المصادقة من السلطة المختصة أو شاغل الوظيفة الأدنى بناءا على تفويض السلطة المختصة له[١]، وفي هذا الشأن فان للوزير أن يفوض من هو أدنى منه في الوظيفة لقيامه ببعض أنواع العقود نيابة عنه، سواء كان هذا التفويض تفويض اختصاص أم تفويض توقيع، ففي الحالة الأولى يحدث أحيانا أن يفوض الوزير احد موظفيه بالقيام بأعمال التفاوض مع المتقدم للمناقصة فيما يخص موضوع العقد، ويكون ذلك في صورة قرار لتفويض الاختصاص الصادر من قبله، محددا فيه الأعمال التي يجوز للمفوض إليه القيام بها لحين إتمام المفاوضات هذه، من دون أن يتجاوز حدود التفويض الممنوح له، حين ذلك يبدأ الوزير النظر في إبرام العقد من عدمه، واصدار قرار بشأنه، أما في الحالة الثانية فقد يحدث أحيانا أخرى أن يقوم الوزير بتفويض من هو أدنى منه ليوقع نيابة عنه، ويكون ذلك في صورة قرار صادر من الوزير، ويشار إليه في العقد[٢].

في مصر مثلا، فان السلطة المختصة في تنفيذ أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨حددتها المادة الثانية منه وهي: الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، اما في العراق فقد حددت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ الجهة المختصة بالمصادقة على قرار إحالة المناقصة على من ترسو عليه، هو رئيس جهة التعاقد حسب الصلاحية المخولة لأغراض التعاقد. كما ان القضاء يرى ان قرار الإحالة بعد اعتماده يكون تام التكوين مرتبا لأثاره القانونية واجب النفاذ من تاريخ المصادقة عليه من الجهة الإدارية المختصة " ولكنه لا يحتج به على صاحب العطاء أي لا يسري بحقه إلا من تاريخ العلم به"[٣].

الفرع الثاني: تبليغ قرار الابرام والاثار القانونية له: Notifying the conclusion decision and its legal implications

التبليغ هو سند خطي، يتم بواسطته إعلام الشخص الذي احيلت عليه المناقصة بقرار إبرام العقد معه، وبضرورة البدء في تنفيذ العقد[٤]. بعد أن تقرر الإدارة المصادقة على قرار

[١]- د. زكي محمد النجار، مدى سلطة القضاء في تعديل العقد، مجلة المحاماة، سنة ١٩٨٤، ص٢٨١.
[٢]- د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ص٦٨٧.
[٣]- عبد المطلب الهاشمي، النظام القانوني للإحالة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص١٣٥.
[٤]- Bruchon - Moulines، Droit des marches publics, T١, moniteur, Paris , ١٩٩٩. P٣١٤

الإحالة فان عليها أن تقوم باختيار المتقدم، فقد نص المشرع المصري على التبليغ صراحة، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سرعة أيام عمل، تبدأ من اليوم التالي لانقضاء عشرة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة [١].

وفي العراق فقد جاء تبليغ المحال المناقص الفائز في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ في المادة (١٠) عند النص على حالات النكول، إذ لم تفرد التعليمات مادة خاصة بتبليغ المناقص الفائز كما هو الحال في التشريعات المقارنة، كما أن الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط قد بينت تبليغ المناقص الفائز وما يشتمل عليه التبليغ بالنص على (على المناقص الفائز المبلغ رسمياً بالإحالة توقيع العقد خلال مدة (١٤) اربعة عشر يوم عمل من تاريخ التبليغ بالإحالة مع مراعاة احكام المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذ)[٢].

إن القيمة القانونية للتبليغ تختلف من دولة إلى أخرى باختلاف النهج الذي اختطه المشرع أو اجتهد فيه القضاء في كل دولة، فلو أخذنا على سبيل المثال فرنسا، فقد قرر مجلس الدولة صراحة ان التبليغ لا يعد قرار اداري يمكن ان توجه ضده دعوى الالغاء، إذا كان تاريخ العقد يحدد من يوم صدور قرار الإبرام، فان مدة تنفيذه لا تبدأ إلا من اليوم الذي يصل فيه التبليغ إلى المتعاقد، ويجب أن يتم التبليغ ضمن المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة، فإذا انقضت هذه المدة من دون تبليغ، فيمكن للمتعاقد أن يتحلل من التزامه دون أن يخل ذلك بحقه في التعويض[٣]. ومن الجدير بالذكر فانه يترتب على التبليغ النتائج الآتية:

أولا: انعقاد العقد:

لا يعد التبليغ قرار اداري يمكن أن توجه ضده دعوى الإلغاء، ولا يترتب عليه تمام الرابطة التعاقدية، ذلك أن تاريخ العقد يحدد من يوم صدور قرار إبرامه، من حيث أن مدة التنفيذ لا تبدأ إلا من اليوم الذي يصل فيه التبليغ أو الإخطار إلى المتعاقد، في العراق ألزمت تعميمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ جهة التعاقد بعدم التوقيع على العقد لحين حسم الاعتراضات من رئيس جهة التعاقد [٤].

١- المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
٢- البند السادس عشر من الضوابط رقم (٣) الصادرة من وزارة التخطيط.
٣- د مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص٦٩١.
٤- المادة (٧) من تعميمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

ثانيا: تقديم التأمين النهائي:

الأثر الثاني المترتب على التبليغ (الإخطار) بقبول العطاء هو التزام صاحب العطاء المقبول بأداء قيمة التامين النهائي بما يساوي ٥% من قيمة العقد وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبو ل عطائه فإذا كان مقدم العطاء في الخارج، فيتعين عليه أداء هذا التأمين خلال عشرين يوما من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول [١]. في العراق، اشترط المشرع على ان تقدم التأمينات النهائية على شكل خطاب ضمان حسن التنفيذ للعقد بنسبة ٥% خمسة من المئة من مبلغ العقد بعد التبليغ بقرار الإحالة وقبل توقيع العقد [٢].

المبحث الثاني

سلطة الادارة التقديرية في الغاء المناقصة العامة او نكول من احيلت عليه

The administration has discretionary authority to cancel the public tender or appoint the person to whom it was referred

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في الاول سلطة الادارة التقديرية في الغاء المناقصة العامة، وفي المطلب الثاني ندرس سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة بناء على توصية لجنة البت وكما يأتي:

المطلب الاول

سلطة الادارة التقديرية في الغاء المناقصة العامة

The administration has discretionary authority to cancel the public tender

في بعض الأحيان، قد تستجد ظروف ترى معها الإدارة أنها لم تعد تحتاج إلى إتمام هذا التعاقد، ولذا فليس من الملائم فرض تعاقد ما على الإدارة إذا ما قدرت، بسلطتها التقديرية عدم جدوى إبرام هذا العقد، و يعد هذا منطقيا، إذ أن المتعاقد مع الإدارة إنما ينظر إليه كمعاون لها في النهوض بتسيير المرفق العام، فإذا ما قررت الإدارة إنها لم تعد

[١]- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٦٨٠) لسنة ٢٧ ق، جلسة ١٩٩٣/٤/١٣، الموسوعة الذهبية، ج ٣٩ ص٦٩ وحكمها في الطعن رقم (٦٨٨) لسنة ١٤ ق، جلسة، ١٩٧٣/١١/٢٤، السنة التاسعة عشرة، ج٢، ص١٩٥١، وراجع فتوى الجمعية العمومية، رقم ٢٧٧ في ١٩٦١/٣/٢٧، جلسة ١٩٦١/٢/٢١، مجموعة الخمسة عشرة عاما في العقود الإدارية ص١٤٦ أشار إليه، د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص٦٨٧.

[٢]- الفقرة (أ) من البند ثانيا من المادة (٩) من تعميمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤.

تحتاج إلى ذلك المعاون فان القانون قد أعطاها خيار إلغاء المناقصة في أحوال معينة سواء كانت قبل أو بعد البت فيها[١].

إن ما ينبغي ملاحظته في موضوع إلغاء المناقصة، التفريق بين إلغائها من الجهة الإدارية المختصة بالمصادقة على الإحالة، وبين اقتراح إلغائها من لجنة الاحالة، فحين تقوم الجهة المختصة بالمصادقة على الإحالة بإلغاء المناقصة من تلقاء نفسها، فان ذلك يكون بناء على مقتضيات المصلحة العامة التي تختص بتقديرها على وفق أهمية العقد وظروف تنفيذه، أما عندما تقوم لجنة البت باقتراح إلغاء المناقصة فانه يقوم على أسباب محددة في القانون، فإذا ما توفرت تلك الأسباب كلا أو جزءا، فلا يجوز لها إقرار محضر المناقصة بعد أن اقترحت اللجنة عليها الغائها[٢].ونعرض ذلك على النحو الاتي:

الفرع الاول: سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة قبل البت فيها بقرار من السلطة المختصة

للجهة التي أعلنت عن المناقصة، واستلمت العروض من الموجبين أن تتوقف عن متابعة إجراءات المناقصة، وصرف النظر عنها من دون تبعات قانونية تذكر، ما دام لم يصدر عنها قبولا لأحد العروض، لكن هذا الحق مقيد بشرط عدم التعسف باستعماله[٣]، و فضلا عن ذلك فان مصلحة الادارة تقتضي وجود إمكانية اعتراض نهائي على ملائمة العقد في حد ذاته، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد في اية لحظة من لحظات طرح الاجراء ويصبح الالتزام بنتائج الإرساء متنافيا مع الصالح العام[٤].

والحقيقة أن المشرع يتدخل أحيانا ليحدد تلك الحالات ويلزم الإدارة في حال توافرت أحداها بان تمتنع عن تصديق قرار الإحالة، وتترك للإدارة مجالا لإعمال سلطتها التقديرية لتقرر إلغاء أو إتمام التعاقد، وأحيانا لم يورد المشرع نصا يحدد فيه تلك الحالات، فتلجا الإدارة إلى إلغاء المناقصة بشكل نهائي بمقتضى سلطتها التقديرية مع خضوعها بطبيعة الحال لرقابة القضاء في حالتي الإبرام أو الالغاء معا[٥]. عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين وكما يأتي:

---

[١]- د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص١١٥.

[٢]- د محمود خلف الجبوري النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص١٣٢.

[٣]- د. محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات العامة في تشريعات الدول العربية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٤٠

[٤]- مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص٦٨٢.

[٥]- Quancard – M,L´adjudication des marches public de travaux et de fournitures,Sirey,١٩٤٥,p١٧٥

اولا: ان تقتضي المصلحة العامة [١] ذلك بالإلغاء:

إذا كان القانون قد ألزم الإدارة بإلغاء المناقصة لتحقيق المصلحة العامةK إلا انه ترك لها المجال واسعا كي تمارس سلطتها التقديرية[٢]، وتقدير المصلحة العامة أمر تترخص فيه السلطة المختصة بالجهة الإدارية ويخضع لتقديرها، بيد انه يجب أن يكون قائما على أسس سليمة، وغير مشوب بالتعسف والانحراف، وتخضع في ذلك لمراقبة القضاء الإداري، ويجب أن يكون قرارها بالإلغاء مسببا وهذا يفرض عليها ذكر أسباب الإلغاء في قرارها، مما يعد هذا التسبيب شرطا شكليا في القرار، يبطل القرار بإغفاله[٣]. وهو ما يوجب أن يتم ذكر أسباب الإلغاء في محضر توصيات لجنة الاحالة، أو في قرار السلطة المختصة حتى لا تتخذ ذلك ذريعة لعدم الإحالة على شركة ما، أو حتى تتمكن شركة من الدخول في المناقصة لم تستطع الدخول من البداية، وثم تنقلب المصلحة العامة إلى مصلحة شخصية [٤].

ثانيا: الاستغناء عن المناقصة نهائيا:

قد تلغى المناقصة بعد الإعلان عنها وقبل البت فيها إذا انتفت الحاجة إلى موضوعها ثم الاستغناء عنها نهائيا إذا ما ظهرت أمور أو استجدت أحداث غيرت من حاجة الجهة للأشياء المطروحة محل المناقصة، ومثال ذلك إذا ما طرحت إحدى الجهات مناقصة للحصول على احد الأجهزة، وقبل البت في المناقصة من ثم قررت جهة حكومية إهداء هذا الجهاز من دون مقابل لتلك الجهة و من ثم يكون الاستمرار في هذه المناقصة على الرغم من الحصول على هذا الجهاز غير ذي جدوى، ومن ثم يتعين إلغاء المناقصة للاستغناء عنها نهائيا[٥].

---

[١]- المعنى القانوني للمصلحة العامة يتطلب ابتداء تحديد ركائز هذه المصلحة من قبل السلطة المختصة، وهذه السلطة قد تكون الدستور الذي يحدد في بعض الأحيان المصالح العامة، كما قد يكون المشرع، وهو ما يحصل غالبا، فالمشرع عندما ينشئ مرفقا عاما فمراده من ذلك توخي عنصر من عناصر المصلحة العامة، وتبعا لذلك يتولى المشرع تحديد عناصر هذه المشروع والى ابعد من ذلك يذهب إلى تحديد القواعد القانونية التي تحقق بموجبها هذه المصلحة، واخيرا قد تتولى تحديد عناصر هذه المصلحة الإدارة في الميادين التي لا تكون من اختصاص المشرع، ومن ثم قيام الإدارة بالبحث عن المصلحة العامة يعد شرطا ضروريا لمشروعية العمل الإداري، نقلا عن الدكتور شابا منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة،ط٢، ج٦، مطبعة سليمان الاعظمي، بغداد, ١٩٧٥–١٩٧٦، ص٦٦-٦٧.

[٢]- هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص٢٠٩.

[٣]- د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص٨٣٤.

[٤]- د. حسن محمد هند، محمد حسن علي، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى،٢٠٠٤, ص١٦٣.

[٥]- د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، جامعة القاهر، ٢٠٠٢، ص١٨٩.

ولكن إذا قامت الإدارة بالاستغناء عن المناقصة، ثم أعلنت عن تمكين أحد الأشخاص في الدخول في المناقصة لم يشترك فيها أول مرة، فهنا تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يستوجب مسؤوليتها التقصيرية، ولهذا فان المشرع المصري قد اشترط أن يكون قرار الإلغاء مسببا، حتى يتمكن القضاء من مراقبة أسباب الإلغاء، وحتى لا تضيع حقوق الأفراد المتقدمين للمناقصة سدى، فإذا صدر القرار غير مسبب كان غير مشروع ومشوبا بعيب الشكل في القرار الاداري [١].

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة بناء على توصية لجنة الإحالة

The administration has the authority to cancel the tender based on the recommendation of the referral committee

يذكر القانون والفقه بان للسلطة المختصة وبقرار مسبب إلغاء المناقصة بناء على توصية لجنة الاحالة في الحالات الاتية:

الحالة الاولى: إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد:

تستطيع الإدارة إلغاء المناقصة إذا لم يقدم إليها سوى عرضا واحدا أو قدم لها عدد من العطاءات التي تم استبعادها لمخالفتها الشروط القانونية ولم بق منها إلا عرضا واحدا، ففي هذه الحالة تكون المناقصة قد فقدت مقوماتها وفي مقدمتها المنافسة [٢].

وكما يعد عطاءا وحيدا لغرض إلغاء المناقصة لو نص في الشروط على جواز الإحالة على أكثر من عطاء في حالة تجزئة المناقصة، فإذا استبعدت العطاءات الأخرى بسبب من أسباب الاستبعاد، بحيث لم يبق منها إلا عطاءا واحد يتعلق بذلك الجزء من العقد، سمي ذلك العطاء عطاءا وحيدا يتوجب معه إلغاء المناقصة [٣].

الحالة الثانية: إذا اقترنت العطاءات كلها أو اغلبها بتحفظات:

إذا اقترنت جميع العطاءات أو اغلبها بتحفظات بطريقة يصعب معها إجراء المقارنة فيما بينها وجب إلغاء المناقصة، كأن تشترط جهة الإدارة أن يكون السعر شامل التوريد والتركيب بمقرها لأجهزة مستوردة، وعند فض المظاريف المالية وضعت بعض الشركات

---

[١]- المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، ج٢، ط١، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص١١٢١.

[٢]- د محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص١٤١.

[٣]- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص١٣١.

المقبولة فنيا أسعارها على أساس تسليم الأجهزة في المطار دون أن تتحمل الرسوم والضرائب والنقل، كما لو كانت الأجهزة المستوردة هي أجهزة حديثة ومتطورة للغاية، ولم يستطع أعضاء اللجنة تحديد قيمة الرسوم الجمركية والضرائب عليها، ومن ثم لم يستطيعوا فصل قيمة هذه الرسوم من العطاءات التي ذكرت أن أسعارها شاملة للرسوم الجمركية والضرائب والنقل، ومن ثم لم يستطيعوا إجراء المقارنة المالية بين هذه الشركات ولاسيما أَنها عملية متكاملة وان الجهة الإدارية لم تضع أي شرط يخص النواحي المالية في شروط الطرح، لذلك عدت الجهة هذه التحفظات من الصعوبات التي لم تستطع معها تحديد اقل الأسعار ومن ثم يم إلغاء المناقصة[١].

في فرنسا يعد العطاء المقترن بتحفظات مشوبا بمخالفة جوهرية توجب استبعاده من جانب لجنة المناقصة، لان في ذلك مساس بمبدأ تلقائية الإحالة الذي يعتمد على عامل السعر وحده، لهذا السبب نجد ان المشرع الفرنسي منع صراحة اقتران العطاءات بالتحفظات، باستثناء الحالات التي تكون فيها التحفظات منصبة على شروط غير مشروعة واردة في دفتر الشروط[٢].

الحالة الثالثة: إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية:

الواقع أن إلغاء المناقصة في هذه الحالة يجب أن يسبقه دراسة جدوى، يتم إعدادها بإتقان شديد، وذلك لأنه من الممكن أن تكون القيمة التقديرية للمناقصة قد تم إعدادها في ضوء ظروف قد تغيرت خلال المدة الواقعة بين إعداد تلك الدراسة وفتح المظاريف الفنية، وهو ما يجب معه إعداد دراسة جدوى جديدة قبل اتخاذ قرار إلغاء المناقصة، وذلك للنظر في السعر المتوقع الذي تتعاقد به الجهة الإدارية في حالة إعادة طرح المناقصة من جديد، ومقارنتها بأقل سعر عطاء مقدم للوقوف على جدوى إلغاء المناقصة واعادة طرحها من جديد أو الرضا بالتعاقد على وفقا سعر – وان كان أعلى من القيمة التقديرية للمناقصة – يكفل للإدارة تجنب إنفاق المزيد من المال واهدار كثير من الوقت لإعادة طرح المناقصة من جديد من دون جدوى تحقيق سعر افضل[٣].

---

[١]- د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي حسن، المرجع السابق، ص١٦٦.
[٢]- المادة (٨٨) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.
[٣]- د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص١١٨.

المطلب الثاني

نكول من احيلت عليه المناقصة

Abuse of the person who was referred to the tender

رأينا فيما تقدم أن عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة ليست عملية تلقائية، أو أنها تتم بمجرد تقديم العطاءات من قبل أصحاب العطاءات، بل أنها عملية معقدة يحتاج إتمامها إلى كثير من الإجراءات، وهذه العملية تتم على عدة مراحل تبدأ بتقديم العطاءات من المناقصين، بعدها تأتي مرحلة فحص العطاءات والإحالة والمصادقة على قرار الإحالة، وابرام العقد، وتتم من لجان خاصة.

ومتى اخطرت الإدارة مقدم العطاء بقبول عطائه، وجب عليه خلال مدة محددة أن يودع التأمين النهائي، وان يكمل التأمين الأولي لتصل القيمة المطلوبة للتأمين النهائي[١]، وألا عد مخلا بذلك الالتزام بعد انتهاء المدة القانونية للتسديد، وتؤول التأمينات الأولية اليها مع الاحتفاظ بحقوقها الأخرى تجاه ذلك المناقص[٢].

عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي:

الفرع الاول: احوال النكول: THE CONDITION OF Abuse

إذا ما تمت مصادقة الجهة الادارية المختصة على قرار احالة المناقصة على المناقص الفائز، وتبليغه بها فان عليه ان يشرع في اكمال اجراءات التعاقد، التي من بينها الحضور من أجل توقيع العقد وايداع التأمين النهائي، فإذا امتنع عن التوقيع على العقد، أو امتنع من تقديم التأمين النهائي المنصوص عليه في القانون، عد ناكلا عن التعاقد، كما ان المشرع العراقي قد عد تقديم المناقص لبيانات غير صحيحة وبطريقة غير مشروعة حالة من حالة النكول في المناقصات العامة، وسنبينها كما يأتي:

اولا: امتناع المناقص عن التوقيع بعد الاحالة:

من الالتزامات المترتبة على المناقص الفائز بعد صدور قرار الإحالة واعتماده من قبل السلطة المختصة، أن يقوم بتوقيع العقد خلال مدة محددة من تاريخ تبليغه، ويقع على الإدارة المتعاقدة واجب صياغة العقد واعداده طبقاً للقواعد العامة المنظمة للمناقصات وشروط المناقص محل التعاقد وفقاً للشكليات التي تطلبها العقود الإدارية، فان امتنع عن توقيع العقد تحققت حالة النكول عن

---

[١]- د. محمد باهي أبو يونس، احكام القانون الاداري، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٢٧٤.

[٢]- د. محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص١٤٢.

التعاقد، ويترتب على توقيع العقد نتائج مهمة، فمن تاريخ توقيع العقد يتم احتساب مدة تنفيذ العقد الا إذا أتفق الطرفان على غير ذلك، الى جانب تحقق المسؤولية العقدية عند مخالفة احكام العقد من قبل الطرفين، فضلا عن ان عدم التوقيع على العقد الناتج عن المناقصة، يؤدي الى عدم اتمام عملية التعاقد في العراق، ومن ثم يعد حالة من حالات النكول في العقود الإدارية[١].

ثانيا: عدم تقديم التأمين النهائي:

تستوجب اغلب التشريعات تقديم تأمين نهائي[٢]، من صاحب العطاء الفائز بالمناقصة، وذلك خلال مدة محددة. وهذا التأمين لا يخرج أن يكون ضمان لجهة الإدارة تتوقى عن طريقه الأخطاء التي قد يقوم بها المتعاقد معها، فضلا عن انه يضمن ملاءة هذا المتعاقد عند مواجهته للمسؤوليات التي قد بتعرض له من جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية. لا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته بطريقة التنفيذ المباشر عند قيام أسبابه، من دون حاجة للجوء إلى القضاء، وذلك بموجب سلطتها التقديرية [٣].

والعبرة هنا ليست بوجود هذا التأمين بقدر ما هي بمدى قدرته على تغطية الخسائر التي قد تتعرض لها جهة الإدارة. ويعد التأمين النهائي ضمانا لجهة الإدارة، يقيها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر بتنفيذ العقد، ولا يكون هذا الضمان حقيقيا ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته، بطريقة التنفيذ المباشر من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص على ذلك في شروط العقد [٤].

ثالثا: تقديم المناقص لبيانات غير حقيقية وبطرق غير مشروعة:

تنص القوانين المتعلقة بالمناقصات العامة على مجموعة من البيانات التي يجب على المناقص تقديمها للإدارة من اجل الاشتراك في المناقصة والفوز بها، فضلا عن البيانات الخاصة التي تتعلق بكل مناقصة حسب طبيعة العقد المراد ابرامه. وتتعدد البيانات التي يلتزم المناقص بتقديمها للإدارة

---

[١]- عماد محمد شاطي هندي، النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢١، ص٨٥.

[٢]- "ضمان تنفيذ، ضمان نهائي، تأمين الإدارة، كفالة حسن التنفيذ" جميع هذه المصطلحات تعني التأمين النهائي الذي يقدم من قبل المورد أو المقاول الذي تم الإرساء على عطائه كضمان لجهة الإدارة على حسن تنفيذه.

[٣]- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٧٢-٢٩ (١٩٨٥/٢/٥) ٥٥٩/٨٧/٣٠ أشار إليه الدكتور محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٧١٣.

[٤]- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، بيروت, ٢٠٠٧، ص٨٣.

حسب المراحل التي تمر فيها المناقصة، فمنها ما يكون ضروري لتقديمه مع العطاء، كتقديم هوية مقاولين أو شهادة تأسيس الشركة أو خطاب الضمان بالنسبة للتأمينات الاولية أو أية بيانات ضرورية، ومنها ما يلزم تقديمه في مرحلة ابرام العقد كخطاب الضمان الخاص بالتأمينات النهائية أو التفويض بالتعاقد وغيرها من البيانات التي يجب ان تكون صحيحة.

والبيانات التي يقدمها المناقص لا يمكن أن تحصر بشكل محدد، وذلك لاختلافها حسب طبيعة ونوع التعاقد، لذلك يمكن القول بان البيانات المطلوب تقديمها من قبل المناقص هي كل بيان اوجبه القانون على المناقص لغرض الاشتراك بالمناقصة، سواء تمثل بالشروط العامة للمتعاقد او الشروط الخاصة بحيث يكون ضرورياً لاختيار المتعاقد الافضل من الناحيتين الفنية والمالية، ويتطلب في هذه البيانات أن تكون صحيحة لا يشوبها الغش أو الاحتيال أو الفساد أو غير ذلك من الممارسات التي تخل بمبدأ المنافسة.

الفرع الثاني: الاثار القانونية للنكول: The Legal implications OF Abuse

إن عدم قيام صاحب العطاء بالوفاء بالتزاماته، عندما يبلغ بقبول الإدارة لعطائه، سوف يعرضه إلى جملة من الجزاءات التي تفرضها عليه الإدارة في حالة نكوله، وهذه الجزاءات التي تفرض لا يشترط فيها حصول ضرر وقع على الإدارة جراء عدم ايفاء صاحب العطاء بالتزاماته، وانما الضرر فيها مفترض، إذ انه يعرض سير انتظام المرفق العام إلى التلكؤ والإرباك، واذا كانت معظم هذه الجزاءات مالية، فان بعضها لا يكون له هذه الميزة بصورة مباشرة، إذ تأخذ الإدارة مثلا جزاء احترازي بحق الشخص الناكل تمنعه مستقبل من الاشتراك في المناقصات التي تجريها.

وحسب ما تقدم فان الجهة الإدارية بمقدورها فرض أنواع متعددة من الجزاءات وحسب النظام القانوني الذي يخولها ذلك، عليه سنتناول الموضوع على النحو الاتي:

اولا: مصادرة التأمينات الاولية:

هو عبارة عن جزاء يحمل في طياته اتفاقا سابقا على التعويض وإذا كان، للإدارة حق توقيع جزاء التعويض المستحق عن الإضرار التي ترتبت على إخلال المتعاقد بالتزاماته، فيما لا شك فيه ان للإدارة حق مصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته بطريقة التنفيذ المباشر سواء نص أو لم ينص في شروط المناقصة[1].

[1]- هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص٢٦٨.

والتأمين الأولي هو مبلغ مالي يتم تحديده برقم محدد، أو بنسبة محددة من قيمة العطاء المقدم أو من القيمة التقديرية للمناقصة، ويهمل كل عطاء غير مصحوب بالتامين الأولي، ومن حق الجهة صاحبة المناقصة مصادرة هذا التأمين، إذا سحب صاحب العطاء عطائه قبل ميعاد الاحالة، وذلك من دون اللجوء إلى القضاء، فهو يضمن ملاءة صاحب العطاء، وكذلك الدليل على وجود الوفرة المالية لدى المورد أو المقاول، ويضمن جديته في عدم انسحابه بعد تقديمه العطاء[١].

ثانيا: الاحالة على المناقص الثاني:

فضلا عن مصادرة التأمينات الأولية المودعة لدى جهة الإدارة من دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات، مثل الإنذار أو اللجوء إلى القضاء استنادا إلى ما تملكه الإدارة من سلطة التنفيذ المباشر لقراراتها، نتيجة عدوله عن المناقصة، فللإدارة الحق في إحالة المناقصة على المرشح الثاني، ويتحمل المناقص الناكل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد، فإذا كانت قيمة التأمينات غير كافية لسداد فرق البدلين, يتم أخذها من أمواله الأخرى، وفي حالة نكول المرشحين الأول والثاني عن توقيع العقد أو تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ، فلجهة التعاقد ترسيه المناقصة على المناقص الثالث، ويتحمل الناكلان الأول والثاني فرق البدلين بالتضامن وحسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما مع مصادرة التأمينات الاولية[٢].

وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في احد إحكامها بالقول: " إذا نكل المقاول عن تنفيذ العقد واحيل العقد ذاته إلى مقاول آخر فيتحمل المقاول الناكل فرق الزيادة تنفيذا للعقد وبحكم القانون"[٣]

ثالثا: وضع الناكل على القائمة السوداء [٤]:

من المبادئ الأساسية التي تحكم المناقصات العامة هي حرية المنافسة، إذ يحق لكل فرد أن يتقدم للاشتراك فيها من دون منع الإدارة له، أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إحالتها على صاحب أفضل عطاء سعرا وشروطا فنية، ولكن الإدارة لها أن

---

[١]- د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ط١، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩، ص٥٥-٥٤.

[٢]- المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

[٣]- حكم رقم ٥٢٣/١٣/٧٣ و/٢١٥م/١٧٤ في ١٣/٥/١٩٧٤ ينظر إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، منشورات وزارة العدل / بغداد، ١٩٨٨، ص٦٤٨.

[٤]- يقصد بالقائمة السوداء ذلك السجل الذي يدون فيه أسماء الأشخاص والشركات من قبل الجهات المختصة يعد رفع توصية بذلك من الجهات المتعاقدة معهم عند تحقق حالات معينة لمدة معينة .نقلا عن: نجدت صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الأجنبية لمشاريع التنمية في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٨٣، ص٦٤.

تتخذ من الإجراءات وهي بصدد تنظيم المناقصة لحرمان بعض الافراد، الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء التزاماتهم، قاصده من ذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحين والقادرين منهم، وقرارها هذا يعد قرارا إداريا منفصلا يخضع لرقابة القضاء، ويجوز الطعن فيه أمامها بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كانت أسبابه غير مشروعة[١].

وجزاء الوضع في القائمة السوداء الذي تملكه الإدارة، فهي تصدره بإرادتها المنفردة ومن دون حاجة للجوء إلى القضاء لإصدار قرار بذلك، ولكن نبغي ألا تتعسف باستعمال سلطتها في فرض ذلك الجزاء [٢]. وفي العراق، فانه لا يجوز للإدارة التعاقد مع الشخص (أفرادا أو شركات) الذين تقرر إدراج أسمائهم في القائمة السوداء، لإخلالهم في احد العقود العامة، فان سلطة الإدارة مقيدة في هذه الحالة، ولذلك تمنع دخول هؤلاء الأشخاص من الاشتراك في المناقصات لإدراج أسمائهم في قائمة معدة استنادا إلى صلاحية وزير التخطيط والتعاون الإنمائي، بسبب إخلالهم بتنفيذ عقود مبرمة مع الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة [٣].

[١]- هاتف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص٢٧٢.
[٢]- د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص١٨٤.
[٣]- المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

الخاتمة

١. إن للسلطة المختصة بالإحالة دورا مهما في إتمام عملية التعاقد، إذ تحدد صاحب العطاء الأفضل وترشحه للتعاقد، وان قرار اللجنة بالإحالة يرتب نتيجة مهمة تتمثل بالتزام سلطة التصديق إذا ما أرادت إتمام التعاقد بالا تتعاقد إلا مع من عينته لجنة البت.

٢. في بعض الأحيان قد تستجد ظروف ترى معها الإدارة انها لم تعد تحتاج إلى إتمام هذا التعاقد إذا رأت في ذلك مصلحة، ووجدنا أن التشريعات المقارنة حددت للإدارة الحالات التي تبرر لها - إن وجدت - إلغاء المناقصة مع ذكر أسبابه يان يكون الإلغاء لدواعي المصلحة العامة أو بسبب الاستغناء عنها نهائيا.

٣. لعل أول ما يقوم به صاحب العطاء الفائز هو تقديمه التأمين النهائي بعد قبول عطائه، وذلك خلال مدة محددة، وهذا التأمين لا يخرج أن يكون ضمان لجهة الإدارة، تتوقى من خلاله الإخطار التي قد يقوم بها المتعاقد معها، فضلا عن انه يضمن ملاءة هذا المتعاقد عند مواجهته للمسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

٤. يعد التأمين الأولي من أبرز مرافقات العطاء، إذ تضمنت اغلب التشريعات نصوصا توجب ضرورة إرفاق التامين الأولي مع العطاء، ذلك انه مقرر لمصلحة جهة الإدارة، ومن ثم للمصلحة العامة، لضمان الجدية والالتزام بما جاء في العطاء، وسلامة قصد صاحب العطاء.

٥. إن النكول هو اخلال صاحب العطاء أو العرض الفائز بما يلزمه به القانون بالبقاء على ايجابه واتمام اجراءات التعاقد بعد قبول عطائه من السلطة المختصة وتبليغه به، سواء كان ذلك بعدم التوقيع في المناقصات العامة، الامر الذي يترتب عليه جزاءات تفرض من قبل الادارة.

٦. يترتب على النكول جزاءات تفرضها الادارة على المناقص الناكل، إذ تتنوع بين جزاءات ذات طابع مالي وجزاءات غير مالية، كما انها تختلف عن الجزاءات التي تفرض على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية مثل سحب العمل أو فسخ العقد أو التنفيذ على الحساب.

التوصيات

١ـ ضرورة أن يقوم المشرع العراقي بإصدار قانون منظم وموحد وخاص للمناقصات والمزايدات فضلا عن الأنظمة والتعليمات الموجودة حاليا، ويقوم بمعالجة جميع ما تعلق بنظام المناقصات بشكل وافي ومفصل، وتلافي النقص التشريعي الموجود والذي يحيط بالتشريع العراقي وان يكون شانه شان باقي الدول.

٢ـ تأهيل القائمين على إبرام العقود الإدارية، وذلك بإحاطتهم بجميع النصوص التشريعية التي لها علاقة بالعطاءات، واقامة الدورات المتخصصة لهم، بسبب قلة خبرتهم وعدم تلقيهم دورات تطورية بهذا الشأن.

٣ـ تعد القرارات الادارية المنفصلة عن العقد هي قرارات إدارية وجب الطعن بها أمام محكمة القضاء الإداري.

المصادر

١. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، منشورات وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨.

٢. د. جورجي شفيق، القرارات القابلة للانفصال في القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٣. د. حسن محمد هند ومحمد حسن علي، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى،٢٠٠٤.

٤. د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، جامعة القاهر، ٢٠٠٢.

٥. د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشاة المعارف، ١٩٨٧.

٦. د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ط١، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩.

٧. د. زكي محمد النجار، مدى سلطة القضاء في تعديل العقد، مجلة المحاماة، سنة ١٩٨٤.

سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨.

٨. د. شابا منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط٢، ج٦، مطبعة سليمان الاعظمي، بغداد، ١٩٧٥-١٩٧٦.

٩. د. عادل سيد فهيم، القوة التنفيذية للقرار الاداري، الدار القومية، القاهرة، بدون سنة نشر.

١٠.د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، بدون دار نشر، ٢٠٠٥.

١١.د. عبد الغني بسيوني، وقف تنفيذ القرار الإداري، منشورات الحلبي، بيروت, ٢٠٠٧.

١٢.د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧.

١٣.د. مال الله جعفر، ضمانات العقد الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.

١٤.المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، ج٢، ط١، مطبعة الداودي، دمشق،٢٠٠٠.

١٥.د. محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة, ١٩٩٤.

١٦.د. محمد باهي أبو يونس، احكام القانون الاداري، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ١٩٩٦.

١٧.د. محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات العامة في تشريعات الدول العربية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

١٨.د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

١٩.د. محمود خلف الجبوري النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.

٢٠.د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥.

٢١. هاتف جاسم كاظم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

الرسائل الجامعية

١ـ عبد المطلب الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

٢ـ نجدت صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الأجنبية لمشاريع التنمية في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣,.

التشريعات

١ـ قانون المناقصات الحكومية العماني رقم (٨٤/٨٦) لسنة ١٩٨٤.

٢ـ قانون المناقصات العامة الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤.

٣ـ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

٤ـ اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

٥ـ ضوابط رقم (٣) الصادرة من وزارة التخطيط.

المصادر الأجنبية

-١Brechen-Moulenes, Droit de marche publics,T١, Moniteur paris, ١٩٩٩.

-٢Quancard, M, l´adjudication des marches public de travaux et de fournitures, siry, ١٩٤٥.