

((السلطة التقديرية للإدارة في المناقصات في القانون العراقي (دراسة مقارنة))

آمنة عباس حسين الجابري ا.د. علي يوسف عبد النبي الشكري

(الخلاصة)

أن سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا لم يمل عليها القانون أن تتصرف في موضوع ما على نحو معين ، وترك لها حرية اتخاذ الأجراء المناسب واختيار الوقت المناسب لذلك وبالشكل الذي تريده . وفي المناقصات فإن للإدارة سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم أتمام العقد بأن تلغي المناقصة و أن لا تتعاقد مع أي شخص إذا ارتأت ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة . ولها في بعض الحالات حرمان بعض الأشخاص أو إستبعاد بعض العطاءات من المشاركة في المناقصة أو أحالة المناقصة على مناقص آخر . وقد تبين لنا من خلال البحث أن الحرمان أجراء منصب على شخص معين وهو نوعان جزائي ووقائي ، بينما يرد الإستبعاد على عطاء معين في مناقصة ما . وتبين لنا كذلك أن التشريعات المقارنة حددت للإدارة الحالات التي تبرر لها إلغاء المناقصة وهي قبل البت وذلك في حالتين : أ_ إذا استغنى عن المناقصة نهائياً ، ب_ إذا أقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة . وقد يكون الإلغاء بعد البت وذلك في حالات : أ_ العطاء الوحيد ب_ اقتران كل العطاءات أو أكثرها بتحفظات ج_ زيادة أسعار العطاء الأقل على القيمة التقديرية ، إلا أن المشرع العراقي لم يحدد تلك الحالات . وننتهي باقتراح وجوب تدخل المشرع في العراق أسوة بالمشرع في القانون المقارن لتحديد الحالات التي يجوز فيها للإدارة إلغاء المناقصات أو إحالتها على مناقص آخر وعدم ترك ذلك لتقديرات الإدارة ، حفاظاً على مبدأ حرية المنافسة في المناقصات ، ولنزاهة أجراءات المناقصة ، وكذلك أوصي بتنفيذ دور القضاء الإداري في العراق لكي تكون الرقابة القضائية خير ضمانة ضد تعسف الإدارة . كما أضف صوتي إلى من سبقني و أوصي أن يضع المشرع قانون خاص بتنظيم المناقصات والمزايدات .

(Abstract)

Administrative authority is estimated if law does not cover it. It can thus conduct in a particular subject in a certain manner. Law grants it the right to take convenient measures and select the suitable time for it and the way it decides. Pertaining to tenders, administration has an estimated authority which gives it the right not to complete a contract; the tender is cancelled and it may not contract any person if it so wills, for public behalf reasons. It can also in some cases deprive some persons or exclude some bids from participation in the tender or even refer the tender to another party.

We have discerned, through the research, that deprivation is a measure taken against a certain person. It falls on two kinds: penal and protective, whereas elimination concerns a certain bid in a tender. We have also observed that the comparative legislations specify the cases, when it can cancel a tender before it is settled, in two cases: a. If the tender is entirely dispensed with. b. If the public behalf requires the cancellation of the tender.

Cancellation may be after it was settled in the following cases:

a. It is the sole bid. b. All or most of the bids take precautions. c. When the least bid ascends the estimating value.

But the Iraqi Legislature has not specified these cases.

We end up to recommend that the Iraqi Legislature give their opinion as it is the case with the Comparative Law to determine the conditions in which

administration can abolish tenders or refer them to another party and not to leave it to administration to decide in order to conserve the principle of freedom of discussion at tenders and to keep the integrity of tender procedures. I also recommend reactivating the role of administrative jurisdiction in Iraq so that the judicial surveillance may be the best guarantee against administrative totalitarianism. And I may add my vote to those who have preceded me by recommending that Legislature pass a special act to organize tenders and outbidding

(المقدمة)

أهمية الموضوع :

أن عملية التعاقد عن طريق المناقصة تمر بعدة مراحل ، والإعلان هو المرحلة الأولى من مراحل التعاقد ، يأتي بعده فتح العطاءات ، ثم تحليل العطاءات ، يليها أحالة المناقصة والتصديق على قرار الإحالة من الجهة الإدارية المختصة وبعد ذلك تأتي مرحلة أبرام العقد .

ولما كانت المشاريع الكبرى وبناء البنى التحتية في الدولة يجري تنفيذها عن طريق المناقصات ، لذا فإن على الإدارة أن تحسن إختيار المتعاقد معها لضمان حسن التنفيذ ، وسرعة الإنجاز . ولتحقيق ذلك فلا بد وأن يُترك للإدارة حيز من الحرية تتحرك فيه ، ومن هنا تنبع أهمية الموضوع للأهمية التي تحيط بموضوع السلطة التقديرية لأنها هي الوسيلة الفعالة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ، حيث تستطيع بمقتضاها إختيار أنسب الوسائل ، وأفضل الأوقات لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عن القيام به ، وعن طريقها تستطيع الإدارة مواجهة ما يستجد من ملابسات في العمل الإداري ووضع الحلول لها ، خصوصاً وأن المشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره القانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبلاً.

مشكلة البحث :

مناقشة القرارات التي تتخذها الإدارة في موضوع إحالة العطاءات بناءً على سلطتها التقديرية ، ومدى خضوع تلك القرارات لرقابة قضاء الإلغاء ، كما يوضح البحث النقص والقصور اللذان يعتريان التشريعات العراقية المنظمة لموضوع المناقصات قياساً بالقانون المقارن .

منهج البحث :

سنعتمد في بحثنا هذا على المنهج المقارن متناولين _ قدر الإمكان _ ما جاء في التشريع العراقي والتشريعين الفرنسي والمصري معززين دراستنا بقرارات قضائية فرنسية ومصرية وعراقية وسنشير إلى بعض الحالات العملية التي تخص موضوعنا .

تقسيم البحث :

سنقسم البحث إلى مبحث واحد نقسمه إلى مطلبين ، في المطلب الأول سنبحث سلطة الإدارة التقديرية في الحرمان والإستبعاد ، في الفرع الأول سنناقش سلطتها في الحرمان ، وفي الفرع الثاني سنلقي الضوء على سلطتها في الإستبعاد ، أما المطلب الثاني فسيكون فرعين ، نبحث في الفرع الأول سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء المناقصة ، وفي الفرع الثاني سلطتها بالإحالة على مناقص آخر ، ثم ننتهي إلى خاتمة نضمنها ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات .

المبحث الأول

تعريف السلطة التقديرية .

إن الجهة الإدارية المختصة لا تستطيع تجاوز من أوصت لجنة تحليل وتقويم العطاءات بالإحالة عليه بان تحيل على غيره ، لأن في ذلك خروجاً على قواعد الاختصاص في إصدار القرارات الإدارية ، لكن في مقابل هذه السلطة المقيدة ، فإن السلطة المختصة تتمتع بسلطة تقديرية في رفض إعتماد المناقصة ، وهذا ما إستقر عليه

القضاء الإداري فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي (إن الوزير برفضه اعتماد إرساء المناقصة لم يفعل إلا مباشرة سلطاته المستمدة من القوانين واللوائح)(1) .

كما أيدت المحكمة الإدارية العليا في مصر ذلك في حكم لها جاء فيه (إن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد ، بل هو إجراء تمهيدي في عملية العقد الإداري المركبة ، ثم بعد ذلك يأتي دور الجهة المختصة بإبرام العقد ، فإذا رأت أن تبرمه فأنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد إذ تلتزم بالإمتناع عن التعاقد مع غير هذا المناقص ولا تستبدل غيره به إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة)(2) .

أما في العراق فان سلطة المصادقة على قرار الإحالة تخضع للاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة وهي سلطة تقديرية للوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله، ومن ثم فلا يجوز إلزامه بالمصادقة على قرار الإحالة(3).

والى ذلك أشارت محكمة القضاء الإداري في العراق في قرار لها جاء فيه (بأنها لا تختص بإلزام المختص بالمصادقة على الإحالة نتيجة المزايدة ، لأن ذلك يخضع لسلطته التقديرية)(4). وتكون سلطة الإدارة تقديرية :

(إذا ترك لها القانون الذي يمنحها هذه السلطة الحرية في أن تتدخل أو أن تمتنع وترك لها أيضا الحرية بالنسبة لزمّن وكيفية وفحوى القرار الذي تقرره فالسلطة التقديرية تنحصر إذا في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله ، وما يصح تركه)(5)

ويرى الفقه الفرنسي (أن سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا كان لها تقدير ملائمة اتخاذ قرار ، أو إتخاذ في صوره معينة وفي وقت معين) (6)

ويعرف الفقه المصري (7) السلطة التقديرية بأنها (نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث ولأختيار وقت تدخلها ولتقرير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة. ففي هذا المجال هي حرة ولكنها محاطة دائما بفكرة المصلحة العامة التي تشرف على جميع أعمالها وتهيمن على كل تصرفاتها . وفي نطاق فكرة المصلحة العامة قد يلزمها المشرع بمراعاة هدف محدد ومعين من أهداف المصلحة العامة . فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل ووسيلة مواجهة الحالة).

وعرفها آخر (8) بقوله (تكون سلطة الإدارة تقديرية إذا ما ترك المشرع للإدارة قدراً من الحرية في التصرف تستعمله وفقاً للظروف دون معقب عليها ، وتترخص في ذلك إذ يكون لها الكلمة الأخيرة دون منازع).

إذا (9) (يمكن أن يقال أن هناك سلطة تقديرية إذا كانت الإدارة في مواجهة ظروف معينة غير مقيدة بان يكون مسلكها في اتجاه أو آخر ، وهذا يأتي من أن المشرع لم يمل عليها – إذا ما وجدت إمام تلك الظروف – أن تتصرف على نحو معين . وما دام لا توجد قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة فمعنى هذا إننا بعيديون عن السلطة المقيدة وعلى الإدارة إذا أن تقرر وحدها أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم أي أن لها وحدها أن تزن ملائمة قراراتها للظروف الواقعية).

وعرفها آخر (10) ((ان السلطة التقديرية تكون عندما يترك القانون للإدارة حرية التصرف في أمر من الأمور)).

إذا فالسلطة التقديرية تكون إذا ترك المشرع للإدارة قدراً من حرية الأختيار بين أن تتخذ الإجراء أو التصرف أو لا تتخذه ، أو حرية أختيار الوقت المناسب لإتخاذ ، أو أختيار شكله مع مراعاة تحقيق الصالح العام في اتخاذ ذلك الإجراء أو التصرف(11).

ونستطيع أن نعرف السلطة التقديرية بأنها ((تلك المساحة من الحرية التي يمنحها القانون للإدارة في اتخاذ أمر معين وفي الشكل الذي تحدده وفي الوقت الذي تختاره لكن يجب عليها أن تبتغي من وراءه الصالح العام و إلا تنحرف عن ذلك و إلا كان عملها مشوباً بعيب إساءة إستعمال السلطة)).

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول سلطة الإدارة التقديرية في الحرمان و الإستبعاد ، وفي الآخر سنوضح سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء المناقصة والإحالة على مناقص آخر.

المطلب الأول

سلطة الإدارة التقديرية في الحرمان والاستبعاد

الأصل هو حرية المنافسة لجميع الأشخاص في المناقصات إلا أن هذه القاعدة يرد عليها إستثناء يعطي للإدارة سلطة تقديرية في منع بعض الأشخاص أو إستبعاد بعض العطاءات من المشاركة في المناقصة. وإذا ما قررت الإدارة حرمان شخص ما من دخول المناقصة فإن ذلك يؤدي أكيداً إلى إستبعاد عطاءه ، وفي هذا المطلب نتناول بالبحث الحرمان في الفرع الأول ، والإستبعاد في الفرع الثاني .

الفرع الأول

سلطة الإدارة التقديرية في الحرمان.

الحرمان هو إجراء ينصب على شخص مقاول أو مورد معين – طبيعياً كان أم معنوياً تصدره الإدارة تمنع بموجب ذلك الشخص من التقدم إلى المناقصات العامة مدة محددة أو غير محددة ويترتب على إصدار قرار الحرمان إستبعاد العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم من المناقصات (12) .
أو (هو إجراء شخصي ينصب على شخص معين طبيعياً أو معنوياً ، وفي الوقت ذاته إجراء عام يسري على كافة المناقصات سواء تعلق بجهة معينة أو قد ينصرف إلى كل الجهات ، وقد يكون لمدة معينة أو بدون تحديد مدة، كما قد يكون في حدود مالية معينة أو بغير حدود) (13).
أو (هو إجراء تتخذه الإدارة بقرار إداري بمقتضاه يستبعد أحد المقاولين أو المتعهدين أو الشركات من التقدم للمناقصات لأعتبارات معينة تقوم على أساس العمل والمصلحة العامة لمدة محددة أو غير محددة كجزاء للتنفيذ المعيب لإلتزام سابق أو وقائي للمصلحة العامة عندما ينبغي تهيئة جو صالح للمناقصة) (14).
والحرمان نوعان:-

أولاً - الحرمان الجزائي :

وفيه تقرر الإدارة حرمان شخص معين طبيعياً كان أو معنوياً ، من دخول المناقصات العامة التي تدعو إليها وهو بمثابة جزاء يوقع على هذا الشخص . وهذا النوع من الحرمان يكون سنده نص القانون كعقوبة أصلية أو تبعية توقع على صاحب العطاء و أما لأخطاء ارتكبها الشخص الطبيعي أو المعنوي في تعاقدات سابقة مع الإدارة كما لو اخل بالتزاماته التعاقدية .

ففي حالة الإخلال بالإلتزام السابق مع الإدارة يعد الحرمان الجزائي تطبيقاً من تطبيقات نظرية الجزاءات في العقود الإدارية فهو جزاء تعاقدية وسلطة الإدارة في إيقاعه مقيدة وتخضع لرقابة القضاء عليها (15) ، فقد منعت (م49م59) من قانون العقود العامة الفرنسي الأشخاص الذين يتعرضون لإحكام قضائية معينة من الاشتراك للحصول على عقد إداري وكذلك نصت م (25) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 (المعدل) عام 1973 على أنه كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا...
ونصت م (100) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل ((للمحكمة عند الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بالحبس لمدة تزيد على السنة أن تقرر حرمان المحكوم عليه من حق أو أكثر من الحقوق المبينة أدناه لمدة لا تزيد على سنتين ابتداءً من تاريخ تنفيذ العقوبة أو من تاريخ إنقضائها لأي سبب كان)) .
1. تولي بعض الوظائف والخدمات العامة ، على أن يحدد ما هو محرم عليه منها بقرار الحكم وأن يكون القرار مسبباً تسببياً كافياً .

2. حمل أوسمة وطنية أو أجنبية .

3. حمل السلاح.

4. الحقوق والمزايا الواردة في الفقرة (ثانياً) من هذا القرار كلا أو بعضها.

وقد يكون الحرمان جزءاً لإستعمال المناقص الرشوة أو الغش في تعاملاته مع الإدارة مع توافر سوء القصد لديه ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الحرمان الصادر كجزاء تبعية ، نظراً لأنه لم يثبت استعمال أي غش من جانب المتعاقد (16) .

وإلى ذلك أشار نص المادة (24) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم 89 لسنة 1998 (المعدل) إذ نصت (فضلاً عن فسخ العقد على شطب أسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين مع إخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية ، وذلك في حالة إذا تبث أن

المتعاقد يستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد).

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها جاء فيه (يتعين لو صم المتعاقد مع الإدارة بالغش في تنفيذ التزاماته وتوقيع الجزاء المنصوص عليه في المادة (8) من اللائحة أن تثبت سوء نيته أي علمه...) (17) ونصت (المادة 336) من قانون العقوبات في العراق رقم (111) لسنة 1969 المعدل على أن (يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أخل بطريق الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة بحرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تسهم الحكومة بمالها بنصيب أو التي تجريها الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية .

1. ويعاقب بالعقوبة ذاتها من ارتكب الفعل المنصوص عليه في الفقرة المتقدمة من غير الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة) .

وجاء في قرار للهيئة الموسعة في محكمة التمييز في العراق (إن الغش في سير المزايدة والتواطؤ مع المزايديين يؤثر تأثيراً جوهرياً في صحة الإجراءات ويجعل المزايدة باطلة) (18) .

ثانياً_ الحرمان الوقائي :

في هذه الحالة يصدر قرار الحرمان من الإدارة بمالها من سلطة تقديرية ، وبما يجتمع لديها من تقدير عام عن عدم كفاية بعض الأشخاص وقدرتهم ، ودون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع الإدارة في عمل ما ، وذلك كإجراء وقائي يملية حرص الإدارة توكيلاً للمصلحة العامة ، وبذلك فإنها تقرر حرمان هؤلاء الأشخاص من الاشتراك في المناقصات لأسباب تتصل بالمصلحة العامة .

وقد إستقر القضاء في فرنسا على أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدار قرار الحرمان الوقائي وإنه لا يجوز للقاضي في هذه الحالة التعقيب على قرار الحرمان إلا إذا كان مشوباً بعيب أساء إستعمال السلطة أو إنعدام الأسباب (19).

وقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر (أن للإدارة حق أصيل في إستبعاد من ترى إستبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة ذلك الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة إستعمال السلطة) (20) .

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري في العراق أكدت فيه أنه يجب أن لا تتعسف الإدارة في إصدار قرار الحرمان إذ جاء في الحكم (وحيث إن هذه المحكمة تجد أن من حق المواطن ممارسة العمل التجاري بكل السبل القانونية ولا يمكن لأي جهة إدارية منعه ، لذا فإن قيام دائرة المدعي عليه بمنع المدعي من الاشتراك بالمزايدة تعد متعسفة فيه ويكون قرارها مشوباً بعيب التعسف الأمر الذي يوجب إلغائه) (21) .

وقد يكون قرار الحرمان الوقائي مؤقتاً أو دائماً (22) ، والحرمان الوقائي قد يكون بنص القانون في حالة ما إذا قدر القانون ضرورة منع أشخاص محددين بصفاتهم من دخول المناقصات العامة وذلك لحماية المصلحة العامة من ذلك المادة (8) من المرسوم رقم (244) الصادر في 4 فبراير 1959 في فرنسا فقد حظرت تلك المادة على الموظف العام بالذات أو بالواسطة من الدخول في المناقصات والمزايدات التي تحصل في دائرة اختصاصهم (23) .

ونصت المادة (39) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998 إلى أنه (يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات...)

وتنص المادة (5) من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 (المعدل) على أن (يحظر على الموظف ما يأتي ... ثالثاً : الاشتراك في المناقصات ...)

كذلك تنص م(5/ثانياً/ف) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم(1) لسنة 2008 (المعدلة) (على أنه لا يجوز لمنسوبي الدولة والقطاع العام الاشتراك في المناقصات بصورة مباشرة أو غير مباشرة) .

الفرع الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في الإستبعاد

الإستبعاد : هو قرار تصدره الإدارة يتضمن إستبعاد أحد العطاءات التي قدمت في المناقصة العامة لأسباب تحددها (24).

أو هو) قرار تصدره الإدارة يوجه إلى العطاء ذاته لا إلى صاحب العطاء نفسه ، يؤدي إلى عدم إدراج العطاء في قائمة العطاءات المقبولة للمناقصة ، لذلك فإن قرار الإستبعاد يعد قراراً فردياً تنفيذاً ينطبق على حالة واحدة دون غيرها. أي يوجه إلى العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط التي يحددها القانون أو التي ترد بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات) (25) وقد يكون إستبعاد العطاء لعدم استيفاء الشروط المعلن عنها و الواجب توافرها فيه من ذلك مثلاً ورود العطاء متأخراً (26)

أو إذا لم يودع مقدم العطاء التأمين المؤقت كاملاً (27) أو خالف أحكام التأمينات (28)، أو إذا كان العطاء غير مستوفٍ للمواصفات الفنية المطلوبة (29)

ففي محافظة بغداد أوصت لجنة تدقيق المناقصات مع لجنة الدراسة والإحالة* في المديرية العامة لتوزيع كهرباء الكرخ باستبعاد عطاء شركة (م.ش) رغم إنها صاحبة أوطأ عطاء وذلك لأن ،المواصفات الفنية المعلنة في المخططات وضمن شروط المناقصة أشارت في (ف 2-2) منها إلى وجوب إستعمال خباطة مركزية (كونكريت جاهز) بينما جاء عرض الشركة (م.ش) غير مطابق للشروط والمواصفات الفنية المعلن عنها مما يبرر إستبعادها إستناداً للمادة (7/عاشراً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) . وقد يكون إستبعاد العطاءات تنفيذاً لقرارات الحرمان فإذا ما صدر قرار بحرمان شخص سواء حرماناً جزائياً أو وقائياً من الإشتراك في مناقصة ما فإنه يترتب على ذلك إستبعاد العطاء المقدم منه أي أن الإستبعاد في هذه الحالة إنما يكون فقط مجرد تنفيذ لقرار سابق بالحرمان (30). أو قد يكون الإستبعاد لعدم توافر الكفاية الفنية أو المالية (31) . أو لعدم توافر شرط حسن التنفيذ في مقدم العطاء لأنه شرط وجود وإستمرار (32) إذ تستبعد كثيراً من الدول المقاولين الذين تنكروا لواجباتهم الوطنية إثناء الحرب وكذلك المفلسين أو الموضوعين تحت الرقابة القضائية أو الذين ارتكبوا جريمة أو جنحة وعوقبوا بعقوبة مقيدة للحرية (33) .

ويتفق القضاء الإداري في العراق مع نظيره الفرنسي والمصري على أن سلطة الإدارة في الإستبعاد يجب أن لا تنطوي على التعسف في إستعمال تلك السلطة. وإلا كان قرار الإدارة واجب الإلغاء من ذلك حكم (34). محكمة القضاء الإداري في العراق في (1991/12/31) إذ قررت المحكمة (إلغاء قرار الإدارة بمنع أحد الأشخاص من الإشتراك في المزايمة ، لأنها لم تجد ما يبرر ذلك فعدت الإدارة متعسفة وألغت قرارها). هذا وإن مجلس الدولة الفرنسي مستقر على أن قرار إستبعاد العطاءات يكون قبل فتح المظاريف ، حتى لا تكون لجنة البت متأثرة فيما يرد في العطاء المستبعد من شروط وأسعار ، إلا أن القضاء المصري يجيز إصدار قرار الإستبعاد من قبل اللجنة بعد فتح المظاريف (35)

فقد نصت م (16) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998 على أنه (يجب إستبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية . على أن يشتمل قرار الإستبعاد وإرساء المناقصة على الأسباب التي بني عليها).

وفي العراق فإن عملية إستبعاد العطاءات تتم بعد فتح العطاءات ،وتقوم بها لجان تحليل (36)وتقويم العطاءات وأن المعيار المتبع في الإحالة هو العطاء الأفضل من ناحية كفاءة صاحبه و إستيفاءه للمواصفات الفنية والمالية ومدى قدرة مقدمه على الإيفاء بالتزامه أي أنه هنا لا يعول على أوطأ العطاءات وإنما أفضلها.

هذا وأن أوجه الاختلاف بين الحرمان و الإستبعاد تتضح من خلال أن:

1. الحرمان قرار إداري يحول دون تقدم شخص ما للمنافسة من أجل التعاقد مع الإدارة ، فهو إجراء شخصي يتوجه صوب شخص معين، أما الإستبعاد فهو قرار إداري يوجه إلى العطاء ذاته ويحول دون إدراجه ضمن

العطاءات المقبولة للوصول إلى المناقصة ، فهو إجراء موضوعي يلحق بعطاء معين في مناقصة ما (37)

2_الحرمان إجراء عام ينطبق على عدد غير محدد من المناقصات طوال مدة سريانه وبحسب القرار الصادر بإعماله ، أي بحسب ما إذا كان حرماناً شاملاً مؤبداً أم حرماناً محدوداً مؤقتاً ، ويلزم لتنفيذ قرار الحرمان أن يصدر قرار باستبعاد عطاءات ، لشخص المحروم في كل مناقصة ، أما الإستبعاد فهو إجراءً فردي يصدر في كل مناقصة على حده ويكون محله إستبعاد العطاء المقدم أما لمخالفته للشروط المقررة قانوناً لصحة تقديمه أو تنفيذاً لقرار بالحرمان (38) .

المطلب الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في

إلغاء المناقصة أو الإحالة على مناقص آخر

يترتب على رسو المناقصة على شخص معين نتيجة رئيسة تنحصر في منع الإدارة من التعاقد مع غير من رست عليه المناقصة، ولكن تستطيع الإدارة وطبقاً لسلطاتها التقديرية أن تلغي المناقصة وإلا تتعاقد إطلاقاً مع أي شخص إذا أرتأت ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة (39)

إذا فإلغاء المناقصة هو عملية تنظيمية سابقة على إبرام العقد حتى يتم التعاقد على أساس سليم بغية حفظ المال العام من العبث وتوفير الضمانات المتكافئة للمشاركين في المناقصة فيتم البت في عطاءاتهم في جو لا يشوبه ميل أو هوى أو شك في سلامة الإجراءات المالية والإدارية والقانونية المتبعة . فإلغاء المناقصة هو ذلك الحق الذي يمكن جهة التعاقد من عدم إتمام التعاقد والعدول عنه وذلك لكي لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله، أو إذا تبين ملائمة إتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة (40) وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لما جاء فيه (... هذا و يقابل هذا الأختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد والعدول عنه بإلغاء المناقصة حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله أو إذا تبين ملائمة إتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة المالية أو المصلحة الإدارية) (41)

وفي حالات أخرى يكون للإدارة أن تحيل المناقصة على مناقص آخر ، أي إنها لا تكون مقيدة بقبول أو طأ العطاءات . ونظراً لأهمية التمييز بين إلغاء المناقصة و الإحالة على مناقص آخر ، سنبحث هذا الموضوع في فرعين ، نخصص الأول لإلغاء المناقصة ، ونفرد الآخر للإحالة على مناقص آخر .

الفرع الأول

سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء المناقصة

أن موضوع عدول الإدارة عن الإرساء (الإحالة) وإلغاء المناقصة معترف به للإدارة منذ زمن بعيد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري ، وقد نص عليه المشرع الفرنسي في المادة (287) ف2 من تقنين العقود العامة الفرنسي فقد نصت تلك المادة على حق سلطة الاعتماد المختصة في رفض اعتماد نتيجة المناقصة . وقد أخذ به مجلس الدولة الفرنسي ليوافق به مبدأ آلية الإرساء ، فإذا كانت الإدارة لا تملك إلا أن تتعاقد مع من رست عليه المناقصة ، فإنها تملك ألا تتعاقد إطلاقاً حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله (42) . وقد بررت تلك السلطة بأن الإدارة لا تستطيع أن تتحمل فرض متعاقد عليها، خصوصاً وأن المتعاقد يعد معاوناً لها في إدارة المرفق العام ، ولذلك خولت حق الاعتراض على شخص المتعاقد ، كما خولت حق الاعتراض على مدى ملائمة العقد ذاته ، إذ قد تتغير مقتضيات المرفق العام مع الزمن ويصير التعاقد غير متفق مع مصلحة المرفق أو مع المصلحة المالية للإدارة (43)

والى ذلك أشارت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها جاء فيه (ومن ثم فهي (الإدارة) تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقتضي بذلك إلغاء المناقصة ، والعدول عنها ، دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عن عدم إبرامه) (44)

ومن مؤدى نص المادة (15) يتبين أن الإلغاء قد يكون قبل البت أو بعد البت:

أولاً - حالة الإلغاء قبل البت:

وتكون في حالتين حددتها م(15) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم(89) لسنة 1998 بأنها (45)

1. إذا استغنى (46) عن المناقصة نهائياً فمن المعلوم أن جهة الإدارة تلجأ إلى المناقصة لكي توفر حاجة المرفق سواء تمثلت في توريدات أو إنشاءات أو غير ذلك فإذا أعلنت الإدارة عن حاجتها للمنافسة وبعد ذلك رأت الاستغناء عنها ، فإن القانون يعطي لها الحق في إلغاء هذه المناقصة. وقد ينصرف الاستغناء عن الحاجة إلى المواد أو الأعمال محل المناقصة ، أو إلى المناقصة كوسيلة للحصول عليها، لأنه قد يكون غيرها انجح منها في الوفاء بالغرض.

2. إذا أقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة ، وهو أمر تقدره الإدارة فقد تؤدي المناقصة إلى تآكل الإعتمادات المالية المخصصة للإدارة ومن ثم ترى الإدارة إلغاء المناقصة ، أو تقدر أن اللجوء إلى أسلوب آخر للتعاقد قد يمكنها من تحقيق هدفها وتحقيق المصلحة العامة أكثر من المناقصة.

هذا ولم تشر تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم(1) لسنة 2008 (المعدلة) إلى موضوع إلغاء المناقصة قبل البت فيها .

ثانياً_إلغاء المناقصة بعد البت فيها:

تلغى المناقصة بعد البت فيها في حالات وهي (47)

1_ العطاء الوحيد:

ويكون العطاء وحيداً إذا لم تقدم عطاءات أخرى أو لم يبق غيره بسبب إستبعاد العطاءات غير المستوفية للشروط القانونية (48) فهنا يكون الأصل إلغاء المناقصة والاستثناء قبول ذلك العطاء ولكن بشرطين مجتمعين أولهما : أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أولاً تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها .

والشرط الآخر أن يكون ذلك العطاء الوحيد مطابقاً للشروط وهذا أمر طبيعي ، لأنه لو كان مخالفاً ، لتعين إستبعاده بداهة ، وأن يكون مناسباً من حيث السعر (49) علماً إلى المشرع المصري في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 قد عول على القيمة التقديرية في تحديد مناسبة سعر العطاء الوحيد ، على أنه يجب مراعاة أن هذا العطاء الوحيد إذا كانت قيمته تزيد على القيمة التقديرية ، فإنه بذلك يتوافر حالة أخرى من الحالات التي تجيز الإلغاء (50)

هذا وقد عالج المشرع العراقي موضوع العطاء الوحيد في م (5 / خامساً / أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) فنص على إعادة الإعلان في المناقصات في حالة تقديم عطاء واحد خلال مدة الإعلان الأول أي أنه لم يأخذ هنا بإلغاء المناقصة خلافاً للمشرع المصري الذي أخذ بالإلغاء، ونص إستثناء على قبول ذلك العطاء إذا توافرت شروطه، من ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر إذ ذهبت إلى القول ((إنه إذا أسفرت إجراءات المناقصة عن عطاء وحيد فإن إلغائها أمر جوازي لرئيس المصلحة ، وفي حالة عدم الإلغاء لا يوجد ثمة مانع من قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط الذي تطلبها المشرع لذلك، وأن قبول العطاء الوحيد في حد ذاته لا يكون مخالفة تستوجب المساءلة) (51)

2_ اقتران كل العطاءات أو أكثرها بتحفظات:

التحفظات هي(شروط خاصة تختلف عن الشروط التي وضعتها جهة الإدارة وتُعد تعديلاً من المناقص لشروط العطاء) (52)

أو هي(تلك الأشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العطاء بعطائه ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلنة أو حتى الخروج عليها) (53)

هذا وإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم(1) لسنة 2008 (المعدلة) لم تبين معنى التحفظ بل أشارت في (م6/البند خامساً/د) على أنه يجب على لجان فتح العطاءات الإشارة في المحضر إلى الملاحظات أو التحفظات المدونة في العطاء والملاحق الخاصة به.

وفي حكم لمحكمة التمييز في العراق أشارت فيه إلى شروط صحة التحفظات إذ تقول (ولا عبرة بالتحفظ الوارد في إستمارة تقديم العطاء إذا لم يدرج ضمن شروط العقد المبرم بين الطرفين بعد الإحالة) إذاً يجب وطبقاً لهذا الحكم أن يكون التحفظ وارداً في استمارة تقديم العطاء وأن يدرج ضمن شروط العقد. والتحفظات نوعان:

أولهما- التحفظات المالية :وهي تلك التي تتعلق بطريقة الأداء المالي في العقد الذي سيبرم بين مقدم العطاء وجهة الإدارة في حالة قبول عطائه.

وثانيهما - التحفظات غير المالية :وهي التي تتعلق غالباً بظروف العمل مثل اشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع كما في عقود الإنشاءات (54)

هذا ويشترط لصحة التحفظات ما يأتي:- (55)

1. أن تكون ملحقة بالعطاء الأصلي بكتاب مستقل ويجب أن يتضمنها المظروف الفني .

2. يجب أن تكون هذه التحفظات ثانوية أي إنها تحفظات لا تنال من الشروط الجوهرية للمناقصة ، فان كانت كذلك فإنها تصبح تعديلاً لشروطها ومواصفاتها الفنية وهو أمر يتناقض مع آلية المناقصة العامة والتي تقضي بضرورة إستبعاد العطاء الذي لا يلتزم بشروط المناقصة ويخرج على مواصفاتها إلا إذا كان هذا الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي لا تؤثر في الشروط الجوهرية للمناقصة (56)

هذا ويمكن للجنة تحليل العطاءات أن تجري تفاوضاً مع صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظات ،بغية نزوله عن كل أو بعض تحفظاته ،وبما يجعل من عطائه متفقاً مع شروط المناقصة قدر الإمكان وبما لا يدع مجالاً للشك في

أنه أصلح من غيره من العطاءات ، فإذا رفض صاحب العطاء ذلك جاز التفاوض مع من يليه إذا كانت هناك تحفظات لدى أصحاب العطاءات الأخرى ، وهكذا بحيث لا تجري مفاوضات للتعديل مع صاحب عطاء إلا إذا رفض هذا التعديل جميع مقدمي العطاءات الأقل مئة (57)

والمفاوضة تعرف (بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد ، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك أي جواب بالعقد يمكن قبوله ، وإنما هناك فحص عروض وعروض مضادة (58) أو هي (الاتصالات ، أو قد تعني مناقشة أو ترتيب علاقات الأعمال ، أو هي ما يحدث بين طرفين ويؤدي إلى الوصول لاتفاقية) (59)

أو هي (تلك المرحلة التحضيرية التي تجري فيها المباحثات والمناقشات بين السلطة الإدارية والطرف الآخر الراغب بالتعاقد بشأن قضية من القضايا تتعلق بالعقد الإداري يتم بموجبها التقريب من وجهات النظر المختلفة لأطراف العلاقة التعاقدية عن طريق وضع مقترحات محددة وواضحة بهدف التوصل إلى اتفاق لإبرام العقد) (60)

هذا ولم يعر المشرع الفرنسي في قانون العقود العامة موضوع المفاوضة اهتماماً يذكر فيما يخص المناقصات وسائره في ذلك مجلس الدولة الفرنسي إذ لم تتعرض أحكامه إلى تنظيم المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة ، ويمكن تفسير ذلك بما أطرده عليه في أحكامه من رفض إدخال أي تحفظات من جانب مقدمي العطاءات فكل عطاء يتضمن تحفظات يجب إستيعاده فيما عدا التحفظات التي تتعلق بالشروط غير القانونية أو التحفظات الشكلية التي لا تتعلق بمضمون العطاء ذاته (61)

رغم أن مجلس الدولة أصدر أحكاماً أكد فيها أهمية التفاوض في العقود الإدارية (62) من هذا يتضح أن المشرع الفرنسي يرجح أسلوب إلغاء المناقصة على إجراء المفاوضات مع أصحاب العطاءات المقترنة بتحفظات.

أما المشرع المصري فإنه وفي القانون رقم (89) لسنة 1998 الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية لم يضمه نصاً يجيز المفاوضة على النحو الذي كان معول به في القانون الملغي (63) الأمر الذي يستفاد منه إلغاء المفاوضة .

لكن يرى البعض (64) إجازة التفاوض مع مقدمي العطاءات المقترنة بتحفظات لغرض النزول عن كل هذه التحفظات أو بالأقل عن بعضها في ظل القانون رقم (89) لسنة 1998 وذلك على أساس الأتي :-

أ_ إن التفاوض أمر طبيعي وليس قانوني وإنه تفرضه طبيعة التعاقد .

ب_ إن أحكام القضاء الإداري الفرنسي تؤكد أهمية التفاوض في العقود الإدارية إذ يضع القاضي نصب عينيه حين بحثه عن القصد المشترك للمتعاقدين المفاوضات التي أجراها المتعاقدان .

ويرد على ذلك بالقول أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي سار على رفض إدخال التحفظات من جانب مقدمي العطاءات (65)

ج_ إن الأصل العام هو أن المنع والحظر لا يكون إلا بنص ، وما دام لم يرد في قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 نص يمنع أو يحظر اللجوء إلى التفاوض ، فإن التفاوض يكون مسموحاً به .

د_ إن المصلحة العامة والمنطق يمليان ضرورة اللجوء إلى التفاوض بمعنى الوجوب القانوني ، إذ إنه دون ذلك يكون هناك تعمد للأضرار بالمصلحة المالية للإدارة .

ويرد البعض (66) على ذلك بالقول إن المشرع لم يدرج نص في القانون الحالي يقضي بجواز إجراء المفاوضة على نحو ما كان مقررراً في القانون الملغي م (16) فإن ذلك يقطع بجلاء بعدم جواز المفاوضة في القانون الحالي ، كما إن مبدأ إن الأصل في الأشياء الإباحة لا يسري في ظل إلغاء المشرع إمكانية التفاوض وعدوله عن أمر كان مقررراً في ظل القانون الملغي .

كما إنه إزاء هذا التعديل التشريعي بإلغاء المفاوضة فإنه لا مناص من الاعتداد بهذا التعديل وإعمال مقتضاه ، هذا وقد قام القانون الحالي على أساس تحقيق مبادئ الشفافية والعلانية وتكافؤ الفرص والمساواة ، وإن في إجراء المفاوضة مع صاحب العطاء المقترن بتحفظات ما يخالف هذا المبادئ صراحة .

ومهما يكن الخلاف عن موضوع المفاوضات فنحن نرى هو أن إلغاء المناقصة هنا هو أمر جوازي و ذلك بصريح نص م15 من قانون رقم (89) لسنة 1998 (.... كما يجوز إلغاء المناقصة في أي من الحالات الآتية:

ب_ إذا أقررت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات ...) ، أي أن المشرع أجاز المفاوضة ضمناً (67)

وفي العراق فعلى الرغم من أن أمر سلطة الائتلاف (المنحلة) المرقم (87) الصادر في 16/5/2004 في القسم الخامس الفقرة (2/ث) منها أجاز للحكومة الحق في التدخل بالمفاوضات المباشرة مع مقدمي العطاءات بعد الحصول على موافقتهم الخطية بالأشتراك في المناقصة لغرض توضيح إجراءات المناقصة والرد على الأسئلة ومناقشة الأسعار وأثناء المفاوضات (بعد طرح المناقصة) لا يجوز مناقشة المعلومات بما فيها الأسعار أو التصريح بها بناء على اقتراح بعض المنافسين إلا بعد أن ترسي المناقصة على أحد المتنافسين .

إلا أن التعليمات الصادرة لتنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) و التي صدرت إستناداً إلى أحكام الفقرة (1) من القسم (14) من أمر سلطة الائتلاف (المنحلة) رقم 87 لسنة 2004 وفي (م7 البند الخامس عشر) منها جاءت بالنص (على أن يمنع إجراء التفاوض على الأسعار مع المرشحين بإستثناء أسلوب العطاء الواحد).

فقد حصرت تلك المادة التفاوض فقط في أسلوب العطاء الواحد وحددته بأن يكون على الأسعار دون الشروط الفنية والمواصفات او غيرها . ولم تبين فيما إذا كان من الممكن التفاوض على الأسعار في أساليب التعاقد الأخرى

3- زيادة أسعار العطاء الأقل على القيمة التقديرية .

أخذ المشرع المصري بالقيمة التقديرية وليس القيمة السوقية في قانون رقم (89) لسنة 1998 الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات خلافاً لما كان عليه العمل في قانون رقم (9) لسنة 1983 (الملغى) ولذا فان إذا كانت قيمة اقل العطاءات تزيد على القيمة التقديرية الموضوعة بمعرفة الإدارة ففي هذه الحالة أجاز المشروع إلغاء المناقصة بينما القانون الملغى كان يجيز مفاوضة كان صاحب العطاء الأقل في هذه الحالة . وحسنا فعل المشرع إذ انه في ظل الوضع القديم كان المتقدم للمنافسة يعطي أسعاره واضعاً في الحسبان دخوله في مفاوضات لاحقة بشأن سعره ، و من ثم كان يحدد سعره بصورة غير واقعية ويتوقف الأمر في النهاية على مدى نجاح المفاوضة التي تتم معه لدرجة قد يصل بالسعر إلى حد لا يمكنه من القيام بأعباء العقد (68)

ورغم أن المشرع العراقي لم ينص صراحة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) إلى هذا الموضوع إلا أن البعض يرى أنه أخذ بالقيمة السوقية وليس التقديرية على أساس أن التعليمات أشارت إلى إلغاء المناقصة في حالة عدم الملائمة السعرية بين قيمة العطاء أو القيمة السوقية. إذ أن النص ورد مطلق وغير متوازن، فالقيمة السوقية دائماً في تغير وعدم ثبات والملائمة السعرية تعني قبول الإدارة للأسعار وفقاً لتقديراتها وإذا كانت تقديرات الإدارة متماشية مع تقديرات السوق فإن هذا يعني أن الملائمة السعرية هي القيمة السوقية وبذلك فإن النص لم يأتي بشيء جديد (69)

هذا و أن المشرع العراقي لم يتفرع في حالات إلغاء المناقصة كما فعل نظيره المصري فقد جاءت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة 2008 (المعدلة) مشيرة إلى إلغاء المناقصة بنص مطلق وهو أن لجهة التعاقد الحكومية إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط (70)

وكان على المشرع العراقي إسباغ اهتمام أكثر على هذا الموضوع وتحديد بعض الحالات ولو على سبيل المثال لإلغاء المناقصة.

وهناك حالات أخرى تقوم فيها الإدارة بإلغاء المناقصة حتى ولو لم ينص القانون أو التعليمات صراحة عليها ، ومن أمثلة ذلك ما أستقر عليه إفتاء مجلس الدولة الفرنسي و المصري من أنه بعض الإجراءات الخاصة بنشر الإعلان عن المناقصة تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الإدارة والأفراد معا وقصد منها كفالة احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة وهي العلانية وتكافؤ الفرص و المساواة وحرية المنافسة بين المتنافسين ، إذ يترتب على إغفال جهة الإدارة لهذه الشكليات الجوهرية بطلان الإعلان دون حاجة إلى نص صريح يقضي بذلك منها النشر في الصحف المحلية ، ولعدد معين من المرات وتحديد مهلة كافية لتقديم العطاءات . (71)

ومن ذلك إذا رأت الإدارة تأجيل إنعقاد لجنة فتح المظاريف عن الميعاد المحدد في الإعلان المنشور عن المناقصة و أقتصرت على إخطار من قام بشراء كراسة الشروط والمواصفات وقت الإرجاء دون إعادة الإعلان عن تأجيل ميعاد فتح المظاريف (72)

الفرع الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في الإحالة على مناقص آخر

أن الإدارة وطبقاً لسلطتها المقيدة لا تستطيع مخالفة قرار لجنة تحليل وتقويم العطاءات (لجنة البت) بالإحالة على مناقص غير الذي عينته اللجنة ، لأن اللجنة بحكم تشكيلها الفني والمالي والقانوني أعرف من غيرها في مسألة الإحالة ، ولو كان الأمر خلافاً لذلك لما نص في القوانين والتعليمات على وجودها . وإذا ما خالفت الإدارة قرار الإحالة الأولية وأحالت المناقصة على مناقص آخر فإن ذلك يوجب عليها ذكر الأسباب التي يجب أن تكون مشروعة لكي تسوغ للإدارة هذه المخالفة .

على أن للإدارة سلطة تقديرية تجيز لها العدول عن الإحالة وإحالة المناقصة على مناقص آخر إذا كان هناك تعامل سابق مع صاحب العطاء ولم ينفذ إلزامه على نحو صحيح أو ظهر للإدارة أن صاحب العطاء الفائز ليست له أعمال مماثلة أو قليل الخبرة من ذلك ما قرره المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية العامة في العراق في قرار لها جاء فيه (من حيث أن عطاء الشركات المدعية غير مستوف للمواصفات الفنية لموضوع المناقصة فضلاً عن عدم وجود تأييد بالأعمال المنجزة أو المماثلة الصادر عن الجهات الحكومية و توفر المهارات والقدرات الفنية كالملاكات الهندسية والفنية والمعدات التخصصية لتنفيذ موضوع المناقصة وأن تقديم عقود مبرمة مع جهات تعاقدية حكومية أخرى لا يقوم مقام تقديم الشركات المدعية لأعمالها المماثلة مؤيدة من جهات حكومية كل ذلك يجعل توصيات اللجنة بإحالة المناقصة إلى شركة (م،ن العامة) التابعة لوزارة الأعمار والإسكان له سند من القانون ، لذا قررت المحكمة رد دعوى المدعيان ...) (73)

أو إذا كانت لديه مشاريع أخرى متلكئة أو قد صدر بحقه حكم جنائي أو وضع في القائمة السوداء (74) وإلى ذلك أشارت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود العامة الحكومية في العراق (أن ما قرره وزارة التخطيط بأدراج الشركة المدعية في القائمة السوداء مانع من قبول العطاء لذا قررت المحكمة برد دعوى المدعية ...) (75) وفي بعض الأحيان قد تتضمن شروط المناقصة بنداً ينص على أن جهة التعاقد غير ملزمة بقبول أوطاً العطاءات (76)

وإلى ذلك أشار حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في (1956/6/25) والذي جاء فيه (إذا تضمنت شروط المناقصة بنداً ينص على أن الوزارة ليست مقيدة بقبول أوطاً عطاء أو أي عطاء آخر، فأنها تحتفظ لنفسها بالحق في قبول أي عطاء تعده في مصلحتها أو إلغاء المناقصة كلياً أو جزئياً دون إبداء الأسباب فإن هذا الشرط من الشروط المشروعة والجائزة والواجبة الاحترام) (77)

وقد يكون السبب في الإحالة على مناقص آخر هو إستعمال الشخص الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة ويستوي أن يقع الغش والتلاعب منه أو ممن يستعين بهم في تنفيذ إلتزاماته (78)، وإلى ذلك أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (ويمنع بعض الأشخاص من الاشتراك في المناقصات في عدة أحوال أهمها : سبق التعاقد مع المتقدم وإخلاله إخلالاً جسيماً بإلتزاماته التعاقدية بأن يكون مثلاً قد إستعمل الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة أو إذا تبين إنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في رشوة أحد موظفي الحكومة أو عمالها أو سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية وذلك كعقوبة تبعية ... فيجوز إستبعادهم بما يتجمع لدى الإدارة من تقرير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم وذلك كإجراء وقائي توخياً للمصلحة العامة وحدها) (79) .

(الخاتمة)

أولاً: النتائج (الاستنتاجات)

1_ أن الجهة الإدارية المختصة لا تستطيع تجاوز من أوصت لجنة تحليل وتقويم العطاءات بالإحالة عليه ، بأن تحيل على غيره ، لكن في مقابل هذه السلطة المقيدة فإن لها سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد بأن تلغي المناقصة و أن لا تتعاقد مع أي شخص ، إذا أرتأت ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، ولها في بعض الحالات حرمان بعض الأشخاص أو إستبعاد بعض العطاءات من الاشتراك في المناقصة أو إحالة المناقصة على مناقص آخر .

2_ أستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن يكون قرار إستبعاد العطاءات قبل فتح المظاريف ، ويجيز القضاء المصري إصدار قرار الإستبعاد بعد فتح المظاريف ، أما في العراق فإن إستبعاد العطاءات تقوم بها لجان تحليل وتقويم العطاءات .

- 3_ أن إلغاء المناقصة أما أن يكون قبل البت فيها وذلك في حالتين : أ_ إذا إستغنى عن المناقصة نهائياً ، ب_ إذا أقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة وقد يكون الإلغاء بعد البت وذلك في حالات : أ_ العطاء الوحيد ب_ أقتران كل العطاءات أو أكثرها بتحفظات ج_ زيادة أسعار العطاء الأقل على القيمة التقديرية .
- 4_ نص المشرع العراقي في (م/5 خامساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) على إعادة الإعلان في المناقصة في حالة تقديم عطاء واحد خلال مدة الإعلان الأول أي أنه لم يأخذ هنا بإلغاء المناقصة خلافاً للمشرع المصري الذي أخذ بالإلغاء ، ونص إستثناء على قبول ذلك العطاء إذا توافرت شروطه.
- 5_ أن المشرع الفرنسي يرحب إلغاء المناقصة على أجراء المفاوضات مع أصحاب العطاءات المقترنة بتحفظات ، أما المشرع المصري فلم يدرج نص في القانون الحالي رقم (89) لسنة 1998 يقضي بجواز أجراء المفاوضات على نحو ما كان مقرر في القانون الملغى ، وتوصلنا إلى أن إلغاء المناقصة هو أمر جوازي في مصر وذلك بصريح نص المادة (15) من قانون رقم (89) لعام 1998 ، وفي العراق فقد حصر المشرع في (م/ 7 / 15) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) التفاوض في أسلوب العطاء الواحد فقط وحدده بأن يكون على الأسعار دون الشروط الفنية أو غيرها .
- 6_ لم يورد المشرع العراقي تفاصيل الحالات التي يجري فيها إلغاء المناقصة العامة على عكس القانون المقارن ، بل أورد نص عام في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) أجاز فيه للإدارة إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات مع إعادة ثمن وثائق المناقصة فقط .

ثانياً : التوصيات (المقترحات)

- 1_ إن ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها تستهدف تمكينها من القيام بدورها في تسبير المرفق العام بإنتظام وإطراد ولتحقيق التوازن بين مصلحتي الإدارة والمتعاقد معها نقترح تفعيل دور القضاء الإداري وخصوصاً في العراق ليكون ضماناً حقيقية لحقوق الأفراد ضد تسلط الإدارة.
- 2_ نقترح تشكيل لجان خاصة تتولى مهمة التفاوض مع أصحاب العطاءات المقترنة بتحفظات ، مع ضرورة تأهيل أعضاء تلك اللجان ، من خلال إقامة الدورات التدريبية الخاصة في هذا المجال سواء في داخل القطر أم خارجه ، مع ضرورة الأخذ بالحسبان الأسس الموضوعية والذاتية في إختيارهم ومؤهلاتهم الأكاديمية والوظيفية.
- 3_ إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) يشوبها النقص والقصور إضافة إلى عدم وضوح كثير من موادها ، الأمر الذي جعلها عرضة للتفسير والتأويل ، لذا نقترح إعادة صياغتها بدقة أكثر ، كأجراء مؤقت إلى حين وضع قانون متكامل يخصص للمناقصات والمزايدات على نحو ما هو موجود في دول القانون المقارن .
- 4_ نقترح أن يسمح المشرع بأجراء التفاوض في الحالات الأخرى وأن لا يجعله مقتصرأ على أسلوب العطاء الواحد ، لأن التفاوض أفضل من إعادة إجراءات المناقصة من جديد الأمر الذي يكلف الخزينة العامة مصاريف باهظة أضافه لأضاعه الكثير من الوقت .
- 5_ نقترح أن يتدخل المشرع في العراق أسوة بالمشرع في القانون المقارن لتحديد الحالات التي يجوز فيها للإدارة إلغاء المناقصات أو إحالتها على مناقص آخر أو إستبعاد العطاءات أو حرمان الأشخاص من الاشتراك في المناقصة وعدم ترك ذلك لتقديرات الإدارة ، حفاظاً على مبدأ حرية المنافسة في المناقصات ، ولنزاهة إجراءات المناقصة .

المراجع :

1. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1973 ، ص 176.
2. جلسة 1997/11/25 ، الطعن رقم 3596 لسنة 36 ق.ع غير منشور .
3. د. عصمت عبد المجيد ، أحكام بيع وإيجار أموال الدولة ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، 2000 ، ص 65.
4. قرار محكمة القضاء الإداري رقم (90 / ف أ / 92) في (1992/6/6) .
5. المستشار حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 2010 ، ص 1374.
6. تعريف الأستاذ فالين أشار إليه حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها ، ط 1 ، الرياض ، 2003 ، ص 97.
7. د. سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) ، (دراسة مقارنة) ، ط 3 ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر ، 1978 ، ص 63.
8. المستشار حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 1374.
9. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، قضاء الإلغاء ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، 2005 ، ص 332 .
10. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1970.
11. د. ماهر جبر نضر ، الأصول العامة للقضاء الإداري - قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية - القاهرة ، 1996 ، ص 110 وما بعدها.
12. د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن ، 1977 ، ص 67.
13. د. حمدي حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري ، ط 1 ، دار الكتب ، مصر ، 2002 ، ص 147 وما بعدها.
14. د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، المرشد العملي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية ، ط 2 ، بغداد ، 2009 ، ص 62.
15. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط 1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، عابدين ، مصر ، 2008 ، ص 176.
16. د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، هامش ص 151 .
17. حكم المحكمة الإدارية العليا في جلسة (1966/5/14) ، الطعن رقم 95 ، لسنة 9 ق ، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في (15 عام) ج 2 ، ص 1950
18. قرار الهيئة الموسعة الأولى لمحكمة التمييز رقم (263 / موسعة أولى / 88) في (1988/4/30) .
19. المستشار الدكتور حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 158 ، كذلك ينظر د. نواف كنعان ، القانون الإداري الأردني ، الكتاب الثاني ، ط 1 ، بدون ذكر مكان الطبع ، 1996 ، ص 338.
20. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في (1972/4/9) ، الطعن رقم 600 لسنة 16 ق ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في مجال العقود الإدارية في 15 عام ، ص 248
21. حكم محكمة القضاء الإداري في العراق في الدعوى رقم (81 / قضاء إداري) في (1991/12/31) غير منشور.
22. د. إبراهيم طه الفياض ، مرجع سابق ، ص 70.
23. د. جابر جار نصار ، العقود الإدارية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص 144.
24. د. جابر جار نصار ، المناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 111.
25. د. أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص 149 و 161.
26. نصت المادة (63) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998 على أن (يجب أن تصل العطاءات الى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة في ميعاد غايته الساعة

الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية ولا يعتد بأي عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور ...) بينما نصت المادة (5/خامساً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) إلى أنه (يتم إعادة الإعلان عن المناقصات إذا لم تقدم العطاءات خلال مدة الإعلان) .

27. المادة (17) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998 نصت على أنه (يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان لا يجاوز (2%) من القيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ) ونصت المادة (7/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة (2008) (المعدلة) على (إستبعاد العطاءات التي لم ترفق بها التأمينات الأولية المطلوبة بموجب مستندات المناقصة) ونص البند ثانياً من المادة أعلاه على (وجب إستبعاد العطاءات المبنية على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع من أي من العطاءات الأخرى المقدمة في المناقصة) .

28. المادة (70) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة (1998) و(م16/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) .

29م (16) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998. والمادة (7/عاشراً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة).

(*) كان من المفروض على المديرية أعلاه الإلتزام بالمصطلحات الواردة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) بالنسبة للجان فتح العطاءات ولجان تحليل وتقويم العطاءات .

30. د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص163.

31. نصت م (10) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم 89 لسنة 1998 على ان (تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين احدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي بينتها اللائحة التنفيذية) أي أنه القانون الحالي أهتم بالناحية الفنية أكثر من الناحية المالية . وأشارت (م7/عاشراً/ب و ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) إلى وجوب توافر شرط الكفاءة الفنية والكفاءة المالية.

32. أحمد منصور ، المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ، مجلد (1) 1996. ، ص300.

33. الأستاذ موريس أندريه أفلام ، عقود الأشغال العامة الإدارية ، تقرير منشور في مجلة العلوم الإدارية ، عدد 11 ، 1959 ، القاهرة ، ص207.

34. حكم محكمة القضاء الإداري في العراق في الدعوى رقم (81/قضاء إداري) في (1991/12/31)، غير منشور.

35. د. إبراهيم طه الفياض ، مرجع سابق ، ص67.

36. م (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم 1 لسنة 2008 (المعدلة) جعلت إستبعاد العطاءات من ضمن الإجراءات التي يجب على لجنة تحليل وتقويم العطاءات مراعاتها .

37. د. أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص151 وما بعدها. وكذلك ينظر عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ص41 ، 45.

38. د. إبراهيم طه الفياض ، مرجع سابق ، 67. كذلك ينظر د: حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص148.

39. د. محي الدين القيسي ، القانون الإداري العام ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 ، ص137.

40. د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، ط2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1977 ، ص175 وما بعدها.

41. حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ (18/10/1956) ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في (15) عام ، (1946 _ 1961) ج2 ، المكتب الفني لمجلس الدولة ، ص1906.

42. د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، ط5 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008 ، ص287 وما بعدها .

- 43)Quancard (michel) L'adjudication de marches publiques paris sirey,1945,p,175.
- 44.حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في (1960/1/5) لسنة 14 ق المجموعة ، ص 182 نقلاً عن د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، 186.
- 45.د. جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 59 كذلك ينظر د:حمدي حسن حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 189 .
- 46.قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر (بأن عبارة الإستغناء لا تنصرف فقط إلى الإستغناء عن المواد المطروحة في المناقصة العامة ، إذ قد يكون المقصود بالإستغناء أما ثبوت عدم الحاجة الى المواد أو الإستغناء عن المناقصة العامة كوسيلة للحصول عليها ، لان غير هذه الوسيلة قد يكون أصلح من وجهة المصلحة العامة) طعن رقم 313 لسنة 4ق ، جلسة (1960/12/13) ، أشار إليه المستشار علي الدين زيدان والأستاذ محمد السيد ، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري ، الجزء الرابع ، المكتب الفني للإصدارات القانونية إمام شملا ، بدون سنة نشر ، ص 98 .
- 47.د. عبد الغني عبد الله بسيوني ، القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2005 ، ص 551 وما بعدها.
- 48.د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية الإدارية في مجال العقد، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 56.
- 49.ينظر (م 29) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998.
- 50.د.حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق، ص 193.
- 51.إدارية عليا جلسة (1986/3/1) ، الطعن رقم 556 لسنة 31 ق. ع. مجموعة مبادئها لسنة 31 ، ج 2 /مبدأ رقم 166 ، ص 1221 نقلاً عن د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص 193.
- 52.شكري حبيب جيد ، التعاقد والشراء ، دار الكتاب العربي ، بدون سنة نشر ، ص 226.
- 53.د. جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 177.
- 54.د.محمود محمد علي صبره ، أعداد وصياغة العقود الحكومية ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2010 ، ص 67.
- 55.(ف 3 من م 55) من اللائحة تنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر .
- 56.د. عبد العزيز عبد المنعم ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 139
- 57.د.محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، بيت الحكمة ، بغداد، 1989 ، ص 62.
- 58) J,carbonnier, Droit civil, 4Les obligation s, 20ed, paf1996. N28- b p72 .
- 59.د. عبد الرؤوف جابر ، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود ، ط 1، دار النهضة العربية ، بيروت ، 2003، ص 70.
- 60.عبد اللطيف نايف عبد اللطيف ، النظام القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد، 2006، ص 132.
- 61)Ander.de laubader ,f.moderne,p.delvolve traite-decontrat Administratifes ,T.1 ,2ed .l.G.D 1983,p.612.
62. من ذلك ما جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي من (إن القاضي الإداري يضع نصب عينه حين بحثه عن القصد المشترك للمتعاقدين المفاوضات التي أجراها المتعاقدان) .
- ((le juge administrative prend en consideration les termes de l'accord que les parties))
ont forme par lanegociation lorsqueil cherche adegage lacommune intention de
celles ci de laconclusion du contrat ou lacte additionnel)
- ينظر د. صلاح الدين فوزي ، قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000 ، ص 101 .
- 63.نصت المادة (16) من القانون رقم (9) لسنة 1983 على أنه (لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطاءه ، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل أو بعض تحفظاته بما يجعل عطاءه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان ، كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول

بسعره إلى مستوى أسعار السوق ، وتجري المفاوضة في الحالتين المشار اليهما بقرار من السلطة المختصة)

64.د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص101.

65.د.محمد أحمد عبد ،مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002،ص108.

66.د:حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص195 ، كذلك ينظر المستشار فتحي عطية السيد مصطفى ، الحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون (89) لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ، بدون مكان وسنة نشر ، ص293.

67.م (55) و م (57) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر لسنة 1998 أشارت إلى إمكان مقدمي العطاءات أبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية على إن تثبت في كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفني . و (م21) اللائحة التنفيذية نصت على (أحقية أصحاب العروض في أرفاق ما يرونه من ملاحظات و اشتراطات خلال مدة سريان العطاء) ، و (م29) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998 نصت على (أن تتولى لجنة المقارنة والمفاضلة بين العروض مفاوضة مقدمي العروض التي تلائم واحتياجات الجهة طالبة التعاقد للوصول إلى أفضلها شروط واقلها سعرا) كل هذا يؤكد أجازة المشرع المصري للمفاوضة .

68.د. حمدي حسن ، مرجع سابق ، ص196.

69.د.ياسين كريم الحلفي ، تعليمات المناقصة في عقود الإدارة ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد 24 لسنة 2009، ص24. كذلك ينظر د.محمود خلف الجبوري ، مرجع سابق ص63. كذلك ينظر هاتف كاظم جاسم ، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة (دراسة مقارنة) ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009، ص223.

70.م (5/ثانيا /ل) من تعليمات عام 2008 (المعدلة) .

71.م (3 /ثالثا /أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008(المعدلة) و م (2) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89) لسنة 1998 .

72.د . حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص204 كذلك ينظر د:عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007، ص57.

73.قرارها ذي العدد (35/إدارية _ تخطيط/2011) في (2011/10/5) .

74.إلى ذلك أشارت المادة (18) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 .

75.قرارها ذي العدد (31/إدارية _ تخطيط/2011) في (2011/10/5) .

76.من ذلك ما أشارت له م (5 / ثانيا / ك) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008.

77.حكم محكمة القضاء الإداري في 25 ديسمبر 1956 السنة العاشرة ، وحكمها في 17 يونيو 1956 السنة العاشرة ، نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص295.

78.د. حمدي القبيلات ، القانون الإداري ، الجزء الثاني، ط1، دار وائل ، عمان ، الأردن ، 2010، ص123.

79.الطعن رقم 67 السنة السابعة بتاريخ (1962/2/17) البند28، ص334، أشار له د. عبد المطلب الهاشمي ، مرجع سابق ، ص162 .