



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم قانون العام

السلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

بحث علمي قانوني أحمد لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية

إعداد الطالب

عمار محمود السالم

إشراف الدكتور

باسم عزو

المدرس في قسم القانون العام

٢٠١٧/١٤٣٨ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَأْبَىٰ أُسْتَجَرُّهُ ^صإِنْ خَيْرَ مَنْ أُسْتَجَرَّتْ

الْقَوَى الْأَمِينُ﴾

صدق الله العظيم

[سورة القصص، الآية ٢٦]

إهداء

- إلى من علمني أن الحياة كفاح وعمل مستمر
- إلى من ساندني وكان عوناً لي في السراء والضراء
- إلى من كان سبباً فيما وصلت إليه
- أطال الله في عمره وأدام له الصحة والعافية والدي الغالي
- إلى من تعجز الكلمات عن وصف مشاعري تجاهها
- إلى من أعطت دون مقابل
- إلى ينبوع الحنان والحب والتضحية
- إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها والدي الحبيبة
- إلى من يشاركونني أفراحى وأتراجى
- إلى من أكبر بهم ويكبرون بي إخوتي
- إلى رفاق الدرب الذين عشت وما أزال أعيش معهم
- أجمل لحظات عمري رفاقي

أهدي هذا الجهد العلمي المتواضع راجياً الجبار السميع العليم

التوفيق في الدنيا والآخرة

شكر وتقدير

أتوجه بالشكر لله تعالى الذي يسر لي سبيل العلم، وهياً لي أسبابه وأمدني بالمعونة لإنجاز هذا العمل، كما أسأله تعالى الإخلاص في القول والعمل. وامتثالاً لهدي النبي الأعظم محمد صلى الله عليه وسلم القائل «لا يشكر الله من لا يشكر الناس»، واعتزافاً بالفضل والجميل فإنني أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم عرفاني وامتناني إلى أستاذي الفاضل العظيم في تواضعه، العالم في فكره الكبير وتفرغه الدكتور أحمد إسماعيل الأستاذ المساعد في قسم القانون العام الذي كان لي الشرف أن تتلمذت على يديه في المرحلة الجامعية الأولى و الدراسات العليا، وإنني إذ أذكر حميد خصاله وجميل سجايه، فإنني أقدر بشكر وامتنان، لمقامه العالي قبوله رئاسة لجنة الحكم على هذا العمل المتواضع، جزاه الله عني خير الجزاء وأدام الله في عمره ومتعه بالصحة والعافية.

وكذلك أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم امتناني إلى أستاذي الدكتور باسم عزو المدرس في قسم القانون العام على تفضله بالموافقة بالأشراف على هذه الرسالة والذي أسرنني بتواضعه وسعه أفقه ورعاية صدره وطيبه تعامله، وتعمدني بتقديم النص والمشورة طوال فترة إعداد هذه الرسالة، فله مني جزيل الشكر وبالغ الامتنان وجزاه الله تعالى عني وعن طلابه خير الجزاء ومتعه بموفقور الصحة والعافية.

كما أتقدم أيضاً بخالص شكري وعظيم امتناني وتقديري إلى الدكتور عيّد قريطم المدرس في قسم القانون العام، الذي كان لي الشرف أيضاً بقبوله الاشتراك في الحكم على هذه الرسالة له مني كل الشكر والتقدير والامتنان

وجزاه الله عني خير الجزاء ونفع الله بعلمه رواد العلم والمعرفة ومتعه الله بالصحة والعافية.

كما أنني أتوجه بجزيل شكري إلى رئيس قسم القانون العام الأستاذ الدكتور محمد الحلاق جزاه الله عني خير الجزاء ومتعه الله بالصحة والعافية وكافة أعضاء الهيئة التدريسية في كلية الحقوق وأخص أعضاء الهيئة التدريسية في قسم القانون العام، ومعظم امتناني إلى كل من ساهم في إتمام هذا العمل العلمي المتواضع، فكل التقدير لمن وقفوا بجانبني، وقدموا لي يد العون والمساعدة.

مقدمة:

تمارس الإدارة نشاطات متعددة، تتجلى في المرافق العامة والضابطة الإدارية، وتستخدم من أجل ذلك نوعان من الأعمال، هي الأعمال القانونية والأعمال المادية.

فالأعمال المادية هي كل ما تجريه الإدارة دون أن تنوي من ورائه إحداث أثر قانوني، سواء أكان ذلك التصرف إيجابياً أو سلبياً، كترتيب أثاثها ومستلزمات أعمالها اليومية، والأعمال التي تحدث عن خطأ موظفيها أو آلاتها. أما الأعمال القانونية فهي كل ما تجريه الإدارة بغية إحداث أثر قانوني تجاه الغير وتجاه نفسها، فالعمل القانوني يرتبط بإرادة متخذة، ويدور النظام القانوني الذي ينظمه حول قانونية أو عدم قانونية ذلك التصرف.

والتصرفات القانونية للإدارة عديدة، ويمكن إرجاعها إلى صنفين رئيسيين

هما:

أولاً: التصرفات التي تتخذها الإدارة من جانب واحد دون أن يشترك معها طرف آخر. ومثالها القرارات الإدارية.

ثانياً: التصرفات التي تجريها الإدارة بالاشتراك مع إرادة طرف آخر بطريقة توافق الإرادات التي تتجه سوية نحو إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديل التزام قائم أو إلغائه. ونعني بذلك العقد. وهنا ينبغي التمييز بين مصطلحين هما: عقود الإدارة والعقود الإدارية فليس كل عقد تجريه الإدارة هو عقد إداري فالعقد الإداري عمل قانوني اتفاقي شأنه شأن سائر العقود في القانون الخاص لا يتم إلا بتوافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث التزامات متقابلة بين أطرافه فالرضا والتراضي يُعد ركناً أساسياً حتى في العقد الإداري، إلا أن مضمون الالتزامات المتقابلة يختلف في العقد الإداري عنه في العقد المدني أو

التجاري، وبالتالي إن القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية تختلف عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص.

إذ تتميز الأولى بطابع خاص حيث تهدف الإدارة من التعاقد إلى إشباع حاجات عامة تعلو على مصالح الأفراد الخاصة. فبينما تكون مصالح الطرفين في عقود القانون الخاص متساوية ومتوازية فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة بسبب اختلاف الهدف الذي تسعى إليه الإدارة عن هدف المتعاقد معها والذي يكمن في تحقيق المصلحة العامة.

كما أن الإدارة في العقد الإداري تكون مقيدة بمراعاة إجراءات كثيرة، خاصة في المناقصات والمزايدات، في حين تكون حرية الأفراد واسعة في عقود القانون الخاص.

ويجمع الفقه على أن العقد لا يعتبر إدارياً، إلا إذا كانت الإدارة طرف فيه، وتوافرت فيه شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وكان موضوع العقد متعلقاً بمرفق عام، سواء كان هذا التعلق لتسيير مرفق عام أو إدارته. كما أن هناك إجراءات وشروط، يجب على الإدارة أن تراعيها في أثناء العملية التعاقدية برمتها في العقد الإداري، في حين يسيطر مبدأ حرية التعاقد ومبدأ البساطة في مجال العقود المدنية إلى حد بعيد، ما خلا بعض الشكليات التي قد بتطلبها القانون.

فالعقود الإدارية يحكمها نظام قانوني يضع على الإدارة التزامات وقيود صارمة أحياناً، تقتضيها فكرة المصلحة العامة التي تعلو بها على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة.

وتتضمن عملية إبرام العقد الإداري سلسلة من الإجراءات المعقدة التي يجب على الإدارة إتباعها وإلا يعتبر العقد باطلاً كلاً أو بعضاً حسب الأحوال، وتلاحظ هذه الإجراءات في العقد الإداري منذ التمهيد الأولي لإبرامه، ومن

لحظة اختيار وسيلة التعاقد والإعلان عن التعاقد، مروراً بقبول العروض، وصولاً إلى اختيار أحد المتعاقدين وإرساء العقد عليه، ومن ثم إبرام العقد بشكل نهائي.

بيد أن الإدارة ليست عبارة عن مكنة صناعية، ليس لها أي حق في عملية الإبرام، سيما وأن التطور التكنولوجي وطبيعة العقود الإدارية دفع المشرع إلى منح الإدارة سلطة تقديرية في عملية إبرام العقد الإداري.

ولا تظهر السلطة التقديرية للإدارة في نطاق العقود الإدارية إلا عند الدخول في تفاصيل عملية الإبرام من جهة، وتفاصيل تنفيذ العقد من جهة أخرى. فمثلاً عندما تلجأ الإدارة إلى المناقصة فتجربها وفق نصوص القانون. بيد أنه لا يحظر المشرع على الإدارة إلغاء المناقصة لأسباب مبررة خطياً تراها الإدارة متفقة مع المصلحة العامة، وهذا إن دل على شيء فيدل على امتلاك الإدارة سلطة تقديرية.

وكذلك الأمر بالنسبة للسلطات والحقوق التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد، فنرى الكثير من هذه السلطات تمارسها الإدارة وفق سلطتها التقديرية.

أولاً: التساؤلات التي يثيرها موضوع البحث:

إن العمل في ميدان العقود الإدارية يثير الكثير من المشاكل داخل الجهات الإدارية بصدد الإجراءات السابقة على التعاقد من لحظة الإعلان عن المناقصة إلى الإحالة (الإرساء) وحتى في مرحلة الإحالة القطعية، وما يثيره موضوع تصديق نتائج المناقصة أو رفض هذه النتائج من السلطة المختصة، ولا تقتصر تلك المشكلات على إجراءات تطبيقاتها العملية، وإنما تلك التي تثيرها السلطة المختصة، في تطبيق تلك الإجراءات فيما إذا كانت سلطة مقيدة يكون المتعاقد أو الراغب بالتعاقد عندها أكثر أمناً من تعسف الإدارة، أم سلطة

تقديرية تكون الإدارة فيها بعيداً عن رقابة القضاء، أو برقابة ضعيفة، ولعل جملة من هذه المشاكل هي أسئلة يثيرها البحث وتحتاج إلى إجابة ومنها:

- ما هي سلطة الإدارة في الإجراءات التمهيدية للتعاقد الإداري؟
- هل للإدارة سلطة في حرمان من تشاء من الاشتراك في المناقصة، أو تستبعد ما تشاء من العروض، وهل هناك ضوابط قانونية محددة أم لا؟
- ما هي سلطة الإدارة في تجاوز القيود السابقة عن الإعلان عن المناقصة وفي مرحلة الإعلان؟
- ما هي سلطة الإدارة في إحالة المناقصة على من تقدم بعرضه، وهل لها سلطة في اختيار من تراه مناسباً أم أنها مقيدة بصاحب السعر الأدنى؟
- ما هي سلطة الإدارة في تصديق قرار الإحالة الصادر عن لجنة المناقصة؟ وهل تملك الجهة الإدارية الأعلى سلطة استبدال من حددته اللجنة بآخر؟ وهل هي ملزمة بأن تختار من اختارته اللجنة، أم أن لها السلطة في ألا تحيل المناقصة، وما هي الآثار المترتبة على ذلك سواء للإدارة أم للمتعهد المرشح؟

- ما هي حدود سلطة الإدارة في كل من سوريا وفرنسا ومصر في المناقصة العامة باعتبار أنها التطبيق الرئيسي للعقود الإدارية؟ وهل يوفر القانون الحالي وحتى الاجتهادات القضائية والتعاميم الحكومية ما يحمي حقوق الإدارة ويحقق المبادئ الرئيسية. ويحفظ حقوق الراغب بالتعاقد.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

إن ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع هو رغبتنا في الإجابة على تلك الأسئلة مصحوبة بأسباب أخرى نوجزها بما يلي:

1- أسباب نظرية:

وتتمثل بندرة الأبحاث التي تتناول موضوع السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقود الإدارية وإذا ما وجد من إشارة حول هذا الموضوع في المكتبات السورية والعربية فإنها بسيطة، وخاصة في مجال الفقه العربي.

2- أسباب عملية:

إذ نجد في مجال التطبيق العملي والممارسة اليومية كثيراً من المشكلات الناجمة عن التطبيق العملي والتي لم نجد في النصوص القانونية النافذة إجابة حاسمة لها، أو حتى في الاجتهادات القضائية كما أن الإدارة تبتعد أحياناً عن تلك النصوص مع تطبيق لا يوفر الضمانة للعارض ولا يحقق صالح الخزينة والمصلحة العامة ولعل السلطة الواسعة التي تباشرها الجهات الإدارية في هذا الخصوص هي النقطة التي تحتاج إلى تعمق في الدراسة ودقة في البحث.

إن مبدأ المصلحة العامة يبقى الهدف الرئيس الذي تسعى الإدارة إلى تطبيقه، وأي خروج عن هذا المبدأ سيكون سبباً في إثارة مسؤوليتها، غير أنه من أجل بلوغ هذا الهدف فإن هناك عدد من القيود والاعتبارات تقع على عاتق الإدارة الراغبة في التعاقد والتي يجب مراعاتها منذ الخطوة الأولى والتي تبدأ منها عملية التعاقد، وهي عادة ما يجري النص عليها بموجب قواعد قانونية أو تنظيمية، والتي تشكل في مجموعها الأساس القانوني للعقود عامة، وبهذا الصدد اختلفت التشريعات التي تحكم ممارسة الإدارة لاختصاصاتها التعاقدية.

وإن ممارسة الإدارة لاختصاصاتها في نطاق السلطة التقديرية قد يصبح سلاح ذو حدين، فمن جانب فإن هذه السلطة تحقق متطلبات المصلحة العامة، عندما يتم السير بالخطوات التي تقود إلى إبرام العقود، أو بعكس ذلك قد تصبح سبباً في تحقيق الأضرار في المصلحة العامة عندما تتجه الإدارة إلى الإساءة في استعمال السلطة في عملية التعاقد بما تملكه من سلطة تقديرية.

وفي بحثنا هذا يظهر لدينا عدد من الأمور، ولا سيما كيفية إيجاد نوعية من التوازن الواجب على المشرع تحقيقه بين منح الإدارة قدرًا من الصلاحيات في مرحلة الإبرام، وبين تنفيذ صلاحياتها وذلك لتحقيق هدفين، الأول: حسن تنفيذ العقود بما يكفل تحقيق المصلحة العامة في مختلف أوجهها وأغراضها، والثاني: وضع ضمانات للمتعاقدين مع الإدارة من أجل تشجيعهم على إبرام العقود معها فضلاً عن الضمانات القضائية في التصدي لتصرفات الإدارة خلال مرحلة الإبرام إذا ما انطوت على حالة تعسف أو مخالفة بالقوانين والأنظمة.

ثالثاً: مشكلة البحث:

إن تنوع العقود التي تبرمها الإدارة سواء من حيث محل العقد والأساليب الفنية الواجب إتباعها، لإنجاز تلك العقود يجعل من الصعب وضع قواعد تشريعية تحكم جميع العقود، لذا تبادر الإدارة إلى اتباع إجراءات تحمل قدرًا من التشدد في اختيار المتعاقدين لضمان حسن تنفيذ العقود، لذلك فإن مشكلة البحث تنصب على إيجاد نقطة التوازن بين اتجاهات الإدارة لضمان المصلحة العامة وحسن تنفيذ العقد، وبين اتجاهات المشرع في كفالة مبدأ العدالة والمساواة وعدم المحاباة بين المتنافسين. وتظهر أهمية المشكلة بصورة أوضح عند غياب التشريعات المنظمة لإبرام العقود الإدارية، وبالتالي تصبح عملية التعاقد خاضعة بالكامل لسلطة الإدارة.

رابعاً: أهداف البحث:

يهدف البحث إلى معرفة حدود السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إبرام العقود الإدارية وفي وسيلة المناقصة العامة على وجه الخصوص، وتسليط الضوء على مظاهر هذه السلطة ومعرفة مداها سعةً وضيقاً، وأين تظهر هذه السلطة وأين تختفي؟ وهل هي كافية بما يلزم لتحقيق المصلحة العامة أم أنها لا تحقق

الهدف المنشود؟ وهل يفترض أن تتمتع الإدارة بقسط أكبر من هذه السلطة وذلك من أجل الوصول إلى نتائج من شأنها أن تتلافى النقص الوارد في قانون العقود في سوريا وإيجاد نصوص جديدة تهدف إلى حماية الإدارة والأفراد على حد السواء؟ وكذلك استخلاص نتائج عملية وواقعية تنطبق على العقود الإدارية وأخيراً إلى وضع القارئ أمام أهمية هذه المرحلة ودور المشرع في تنظيمها بشكل عام.

خامساً: أهمية البحث:

ترتبط أهمية موضوع السلطة التقديرية والمقيدة للإدارة في مجال إبرام العقود الإدارية بمبررات تهدف أولاً وأخيراً إلى تحقيق المصلحة العامة وذلك ضماناً لحصول جهة الإدارة المتعاقدة على عروض مناسبة، مما يضيق المجال ويغلق لو جزئياً الباب على وجود اتفاقات غير مشروعة بين الإدارة والمرشح للتعاقد، وذلك لتحقيق مبدأ العدالة والمساواة وتمنع المحاباة، وذلك إتاحة الفرصة أمام الإدارة في اختيار أفضل العروض من جانب الخبرة الفنية والكفاءات العلمية، كما أن إبرام العقد الإداري وفق الإجراءات القانونية والالتزام بجميع المبادئ التي تحكم عملية الإبرام - كمبدأ المساواة بين المتنافسين ومبدأ حرية المنافسة من أجل التعاقد - واستبعاد بعض الفئات من التعاقد، مما يجعل للمشرع الدور الأكبر في وضع القواعد المنظمة للإبرام العقود الإدارية بأسلوب المناقصة العامة.

سادساً: منهجية البحث:

اتباع الباحث أسلوب المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية ومدى مطابقتها للواقع العملي، كما أن الباحث اتبع المنهج المقارن من خلال مقارنة سلطة الإدارة التقديرية في إبرام العقود الإدارية، في كلاً من سوريا ومصر وفرنسا، ما أمكن للوصول إلى صيغة مشتركة ورؤيا محددة، لكي نأخذ

الإيجابيات من التشريعات المقارنة، ونقوم باقتراح تطبيقها في التشريع السوري
ضماناً لمصلحة الإدارة والأفراد على حد سواء، والابتعاد عن السلبيات
والثغرات القانونية قدر الإمكان.

خطة البحث

مقدمة

مبحث تمهيدي: السلطة التقديرية للإدارة ومجالاتها

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة

الفرع الأول: عناصر السلطة التقديرية للإدارة

الفرع الثاني: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الثاني: مجالات السلطة التقديرية للإدارة

الفرع الأول: ماهية العقود الإدارية وأنواعها.

الفرع الثاني: أساليب إبرام العقود الإدارية.

الفصل الأول: السلطة التقديرية للإدارة في نطاق الإجراءات التمهيدية للتعاقد

المبحث الأول: إجراءات التقدم إلى التعاقد مع الإدارة

المطلب الأول: إجراءات الإعلان عن التعاقد.

الفرع الأول: القيود السابقة على الإعلان في المناقصة.

الفرع الثاني: ماهية الإعلان وشروطه.

المطلب الثاني: الشروط القانونية المتعلقة بتقديم العروض.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الراغبين بالتعاقد

الفرع الثاني: شروط قبول العرض

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في إرساء العقد الإداري.

المطلب الأول: الإرساء وطبيعته القانونية

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للإرساء وآثاره القانونية

الفرع الثاني: مبادئ الإرساء

المطلب الثاني: السلطة المختصة بالإرساء

الفرع الأول: تشكيل لجنة المناقصة

الفرع الثاني: اختصاص لجنة المناقصة

الفصل الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في الإجراءات النهائية

في إبرام العقد الإداري

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لقرار الإبرام وآثاره القانونية

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقرار الإبرام والسلطة المختصة باتخاذ

الفرع الأول: التكييف القانوني لقرار الإبرام

الفرع الثاني: السلطة المختصة باتخاذ قرار الإبرام

المطلب الثاني: الطبيعة التقديرية لقرار الإبرام والنتائج المترتبة عليه

الفرع الأول: الطبيعة التقديرية لقرار الإبرام

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على صدور قرار الإبرام

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة وآثارها القانونية

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المناقصة وحالات الإلغاء

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المناقصة

الفرع الثاني: حالات إلغاء المناقصة

المطلب الثاني: الآثار القانونية لإلغاء المناقصة

الفرع الأول: آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للإدارة

الفرع الثاني: آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للمتعهد المرشح

خاتمة

مبحث تمهيدي
السلطة التقديرية للإدارة ومجالاتها

مبحث تمهيدي

السلطة التقديرية للإدارة ومجالاتها

إن البحث في مجال السلطة التقديرية يقتضي بداية التعرف على مضمون هذه السلطة والحالات التي تتمتع بها الإدارة. إذ يعد موضوع السلطة التقديرية واحداً من أهم المواضيع التي برزت وتطورت في نطاق القانون الإداري بالدرجة الأولى، ويرافق السلطة التقديرية اعتباران أحدهما يؤيده وهو الكفاءة الإدارية، والثاني يعارضه وهو الحقوق الفردية، إذ أن قيام الإدارة بوظيفتها على الوجه المطلوب يستوجب تمتعها بقدر من السلطة التقديرية⁽¹⁾، يسمح لها بتطبيق القانون بما يتفق والواقع الذي تحتك به، إذ إن من الصعب على المشرع الاحاطة بكل شيء، كذلك فإن تطبيق القانون على الحالات الفردية يقتضي دراسة وتمعن وبالتالي تقييد حرية الإدارة وجمودها وتقليل فعاليتها هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن ضمان حقوق وحريات الأفراد يستلزم تقييد سلطة الإدارة وخضوعها للقانون، وحمايةً للأفراد من تعسفها وسوء استعمالها لسلطاتها، وأن التوفيق بين هذين الاعتبارين يكون من خلال إعطاء الإدارة سلطة تقديرية تختلف زيادة أو نقصاً من مجال لآخر، وإخضاع هذه السلطة لرقابة القضاء وكذلك إلزام الإدارة باحترام القواعد القانونية المتعلقة بنشاطها حماية لحقوق وحريات الأفراد ولهذا فإن إعطاء الإدارة حرية التصرف في ممارسة اختصاصاتها يعد ضرورة لا بد منها بغية تمكّنها من إدارة واجباتها وممارسة سلطاتها على أفضل وجه ولكن بالمقابل ينبغي تأمين الحماية الكاملة لحقوق الأفراد وحرياتهم ومن ثم سنقوم من خلال المطلب الأول بدراسة ماهية السلطة

(1) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الأول، دار أبو

التقديرية للإدارة ومن خلال المطلب الثاني سنقوم بدراسة مجالات السلطة التقديرية.

المطلب الأول

ماهية السلطة التقديرية للإدارة

للقوف على ما تتضمنه السلطة التقديرية للإدارة، يتوجب علينا أن نبين ماهيتها وتعريفها لغة واصطلاحاً.

فالسلطة لغةً هي من التسلط وتعني السيطرة وإطلاق القدرة، فمن يعطي السلطة في أمر إنما يقدر عليه ويتمكن منه ويحكم فيه⁽¹⁾.

أما التقديرية فهي من التقدير مصدر الفعل قدر ويعني قاس الشيء بالشيء وجعله على مقداره⁽²⁾، وبعبارة أخرى فإن التقدير يعني تسوية أمر ما وتهيئته أو جعل الشيء على قدر شيء آخر والمساواة معه من دون زيادة أو نقصان.

وفي الاصطلاح فقد أورد الفقه تعريفات عديدة للسلطة التقديرية⁽³⁾ وهي لا تخرج في الغالب عن معنى واحد هو: "أنها تلك الحرية الممنوحة للإدارة في التدخل لإجراء تصرف ما واختيار وقت التدخل وتحديد ذلك التصرف".⁽⁴⁾

(1) أحمد حسن الزيان، وحامد عبد القادر، ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، مطبعة مصر، 1960، ص379، 445.

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، الجزء الأول، ط2، مطبعة المصطفى الحلبي وأولاده بمصر، سنة 1952، ص118.

(3) Charles Eiermann- Coursed drink administrative. Lomcl. 1982. P.429. Veene 2ia.Le Pouvoir descriptif. Paris. 1989. P53.

(4) تعريف العميد بونار وقد أورد د. سليمان الطماوي، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية القانون، جامعة فاروق الاول سنة الرابعة، العددان الاول والثاني، الإسكندرية، 1950، ص98-99.

وأيضاً يعرفها بعض الفقه بأنها (الاختيار بين عدد من الحلول المشروعة أو بين سلسلة من الإجراءات المنظمة لحالة معينة) ويرى الأستاذ (Benoit)⁽¹⁾ بأن (صلاحية الإدارة أن تكون تقديرية إذا كانت الجهة صاحبة الاختصاص حرة في تقدير مدى ممارستها لاختصاصاتها وفق الشروط المقررة قانوناً) غير أن اتفاق الفقه هذا لم يحل دون الاختلاف في تحديد مصدر التقدير وفيما إذا كان يكمن في إرادة المشرع وعندئذ يأخذ تعريف السلطة التقديرية مدى واسعاً يكمن في إرادة القاضي فيأخذ التعريف مدى ضيقاً فالتعريف الواسع للسلطة التقديرية يذهب فيه أنصار هذا الاتجاه إلى عد السلطة تقديرية متى ما كان مصدر التقدير كامناً في إرادة المشرع الذي له القول الفصل في تجديد مدى وجود قدر من الحرية للإدارة في تصرفها من عدمه، ولما كان التشريع هو مصدر التقدير فإن السلطة التقديرية تشكل بذلك حقاً لسلطة الإدارة معترفاً به من قبل المشرع وعليه فإن هذا الاتجاه يربط بين السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية الذي يحكم النشاط الإداري⁽²⁾ حيث ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن السلطة التقديرية تتحقق عندما تكون لها امكانية بين طرق التعاقد الإداري أو يكون لها الحرية في اختيار أسلوب المناقصات العامة في إبرام عقودها. أما أنصار الاتجاه الضيق فيرون أن مصدر التقدير هو القضاء مقيماً بذلك وزناً له في تحديد مدى التقيد في تصرفات الإدارة. ولبيان ماهية السلطة التقديرية يقتضي الأمر دراسة عناصرها ومبررات الاعتراف بها من خلال الفرعين الآتيين:

(1) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، الجامعة الأردنية، عمان، سنة 1995، ص 73.

(2) ومن أنصاره الفقهاء لون بونار، فالين، هامسون، ونيكولاس، انظر د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1976، ص 61.

الفرع الأول: عناصر السلطة التقديرية للإدارة
الفرع الثاني: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الأول

عناصر السلطة التقديرية للإدارة

إذا كانت أعمال الإدارة تخضع لمبدأ المشروعية، فيتعين أن تكون تلك الأعمال متفقة مع هذا المبدأ، الذي يشكل الأساس الجوهري لدولة القانون، بيد أن الإدارة تتمتع بقدر معين من حرية التصرف والتي تتمثل أساساً في صلاحية أو امكانية تقدير مدى اتخاذ القرار الإداري، أو اتخاذه على هذا النحو أو ذاك⁽¹⁾.

فإذا كان منح السلطة التقديرية للإدارة يتضمن توسيعاً لدائرة ونطاق مبدأ المشروعية دون تجاوز، فإنها في الوقت ذاته تعد سلطة خطيرة باعتبارها لا تخضع إلى رقابة الملائمة، ولكن رغم خطورة هذه السلطة إذا ما أسيء استخدامها فإن وجودها يبدو أمراً لا مناص منه، إذ لا يمكن بحال من الأحوال تقييد نشاط الإدارة بصفة مطلقة وفرض سلوك محدد يتعين عليها أن تتبعه في جميع أوجه نشاطها⁽²⁾.

فعندما تمارس الإدارة السلطات التي أنيطت بها قانوناً فلا بد من السماح لها بقدر من حرية التصرف، على أن يكون هذا التصرف منسجماً مع متطلبات عملها الذي يمتاز بالتنوع والتشعب، وافساح المجال أمامها في تقدير مدى أخذ القرار الإداري على نحو ما تراه مناسباً، إذا ما توافرت شروطه القانونية، أو

(1) د. علي خنجر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 61.

M. Hauriou: précis élémentaire de droit administrative, Paris, 1943, P227.

(2) د. محمد علي جواد. القضاء الإداري، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، سنة 2000،

الحالات الواقعية المبررة لإصداره.⁽¹⁾ وتظهر عناصر السلطة التقديرية من خلال ما يلي:

1- تقدير ملائمة التصرف:

وهذا يعني أن الإدارة تملك الحق في اختيار الحل، أو الخيار الذي تراه ملائماً ومناسباً، أي أنها صاحبة الاختصاص في تقدير الملائمة ابتداءً، وتبدو سلطة الإدارة في تقدير ملائمة التصرف في الحالات الآتية:

أ- **الحالة الأولى:** وهي الحالة التي يصل فيها مدى تقدير ملائمة التصرف حده الأعلى، حينما لا يتطلب توافر شروط معينة لتحقيقها، بل يترك ذلك لتقدير الإدارة، كما هو الحال عند تقدير عد فعل الموظف مخالفة تأديبية من عدمه⁽²⁾.

ب- **الحالة الثانية:** وهي الحالة التي يضيق فيها مدى تقدير ملائمة التصرف الإداري عندما يحدد القانون الشروط الموضوعية ويفرضها على الإدارة دون أن يلزمها بالتصرف إذا توافرت تلك الشروط، وبهذا لم تعد السلطة التقديرية في تقدير الحالة الواقعية، بل يجب أن تتطابق مع الشروط القانونية المطلوبة في التصرف، إلا أنها تتمتع في هذه الحالة بسلطة تقدير الملائمة من خلال الاختيار بين التصرف وعدم التصرف، والمثال على ذلك أما إحالة

(1) د. غازي فيصل مهدي، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام، ط1، جامعة بغداد، بغداد. 2004، ص21.

(2) **محكمة القضاء الإداري المصري** بقرارها الصادر بتاريخ 1990/6/30 بقولها ((إن الإدارة حق تقدير كفاية موظفيها من عدمه بل إن ذلك مستلزمات حسن سير المرفق العام المناط بها، إلا أن هذا التقدير يجب أن يستند إلى وقائع مادية مثبتة في الإضارة الشخصية للموظف خلال خدمته الوظيفية ولا يجوز أن يستند هذا التقدير إلى مواقف مفاجئة لا سند لها في ذلك)) (قرار غير منشور). أشار اليه الدكتور علي خطر شطناوي في موسوعة القضاء الإداري، ص 49.

الموظف للتحقيق من خلال لجنة التحقيق أو من خلال استجواب الوزير أو رئيس الدائرة للموظف مباشرة وفرض العقوبة بحقه منهما⁽¹⁾.

ج- الحالة الثالثة: وهي الحالة التي تخفي فيها السلطة التقديرية تقريباً لدرجة أن تكون الإدارة ملزمة قانوناً بالتصرف على نحو معين، إذ يتعين عليها التدخل عند توفر الشروط الموضوعية التي حددها القانون مسبقاً وتكون مفروضة على الإدارة بصفة إلزامية، فهنا لم تعد هنا الإدارة تملك تقدير ملائمة التصرف، كما هو الحال في إحالة الموظف إلى المحاكمة الجزائية. وبعبارة أخرى تتحول سلطة الإدارة من سلطة تقديرية إلى سلطة مقيدة أي تصبح سلطة الإدارة التقديرية صفر.

2- سلطة تحديد مضمون التصرف:

والتي بموجبها تتمتع السلطة المختصة في تحديد مضمون التصرف، ويتمثل هذا العنصر في حرية الإدارة في تقدير الوسائل والأساليب التي يتعين استعمالها وإتباعها لتحقيق الأهداف، فإذا كان للإدارة حرية تقدير الوقائع وتحديد مضمون التصرف، فإنها تملك اختيار الحل الذي تراه ملائماً ومناسباً للظروف الواقعية، أي مطابقة القرار للأسباب التي يقوم عليها والغايات التي يتوخاها⁽²⁾.

ويتجلى ذلك عند اختيار اللجنة التحقيقية إحدى العقوبات التأديبية المنصوص عليها قانوناً مع مراعاة التناسب بين جسامة المخالفة وحجم الضرر الحاصل بالمال العام.

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 65.

(2) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 190.

الفرع الثاني

مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة

تعترف التشريعات الإدارية في أغلب دول العالم للإدارة بسلطة تقديرية ولاسيما في مجال انضباط الموظفين الذين يأتون بسلوك يتنافى وواجباتهم الوظيفية، أو أفعلاً تؤدي إلى الإخلال بسير المرفق العام بانتظام وإطراد، وبالتالي يؤدي إلى آثارة المسؤولية التأديبية، وأن هذا الاعتراف لم يكن من قبيل المصادفة وإنما جاء نتيجة مبررات أساسية أدت إلى هذا الاعتراف، وبعضها من جانب المشرع تجعله يعمل على منح الإدارة جزءاً من حرية التقدير، وبعضها الآخر من جانب القضاء وضعت للغرض نفسه وعليه سوف نبين مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة:

أولاً: المبررات العملية:

من البديهي أن المشرع لا يتمكن من تحديد مسار معين تلزم الإدارة في اتباعه عند ممارسة نشاطها الإداري أو أن يرسم لها الموقف الذي يجب عليها أن تتخذه، والقرار الواجب عليها إصداره لمواجهة ما يحدث من وقائع واحداث في المستقبل وفي الوقت ذاته لا يستطيع مقدماً أن يحل كل الإشكالات التي سوف تثور عند تطبيق القانون⁽¹⁾، لذلك كان لابد من منح الإدارة سلطة تقديرية لمواجهة بعض الحالات التي تنشأ والتي لا يكون المشرع قد تنبأ بها، وأن تضع لها الحلول المناسبة، هذا من ناحية المشرع، أم من ناحية القاضي الإداري فإنه لا يستطيع من الناحية العملية أن يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية بطريقة كاملة كونه بعيداً عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة، ولا يستطيع وهو يصدر حكمه أن يرسم صورة مماثلة عن الحادث وقت

(1) توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية 1955،

حدوثه ذلك لأنه يصدر حكمه عادة بعد مضي فترة زمن من وقوع الحادث، فضلاً عن عدم امتلاكه الخبرة الكافية في مواجهة الحالات التي تتعرض لها الإدارة، ولا يكون ملماً بالوسائل التي تتخذها الإدارة لدرء هذه الحالات⁽¹⁾.

ثانياً: المبررات الفنية:

لا ريب أن إطلاق حرية الإدارة في ممارسة نشاطها يؤدي إلى حسن أداء الوظيفة وانتظام سير المرفق العام، ويساعد على غرس روح الابتكار والابداع في ميدان عملها، وفي حالة عدم تخويلها ذلك يجعل الإدارة صماء وتقوم بالتنفيذ حرفياً دون مراعاة ظروف التنفيذ، ومن شأن ذلك أن يصيب نشاط الإدارة بالجمود والركود، وعلى هذا الأساس أصبح من واجب المشرع أن يفسح المجال أمام الإدارة في بعض الحالات، لاستخدام سلطاتها التقديرية وتحريرها من مجرد تنفيذ القوانين ولوائحها مراعاة لحسن مقتضيات العمل، وما تطلبه الحياة الإدارية من ضرورات، فضلاً عن مصالح الأفراد مؤكدة في أن تبقى آلة صماء عمياء، بل لها مصلحة جدية في أن تراها مزودة بقدر من الحرية تواجه بها كل حالة بما يلائمها تحقيقاً لإشباع الحاجات ولزيادة الانتاج والمصلحة العامة، في ذات الوقت من واجب القاضي أيضاً أن لا يضيق عليها الخناق داخل هذا الإطار التقديري.

وبناء على ما تقدم نجد أن، المشرع والقضاء حرصا على الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة، إلا بالقدر اللازم والضروري لتحقيق أهدافها ودون أي إخلال بحقوق الأفراد وحياتهم

(1) محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النشر، القاهرة، 1985، ص 83.

ثالثاً: المبررات القانونية:

من الملاحظ أن المشرع حينما يخاطب الإدارة بقواعد عامة مجردة، فإنه يلجأ إلى وضع الإطار العام أو النطاق الخارجي الذي تكون أفعال الإدارة مشروعة طالما بقيت داخل هذا الإطار، أي أنه يترك لها حرية الاختيار داخل هذا الإطار العام، فإذا ما خرجت سلطتها التقديرية عنه كان عملها غير مشروع، ومن هذا نستدل على أن القانون هو الذي يحدد مدى الحرية التي تتمتع بها الإدارة في ممارسة نشاطها، وهو الذي يجعل سلطتها مقيدة حينما يلزمها بالتصرف على نحو معين أو يمنحها سلطة تقديرية عندما يكون هناك قسطاً من الحرية في اتخاذ التصرف أو الامتناع عنه، كذلك هي حرة في اختيار الوقت الذي تراه مناسباً، طالما أن الباعث هو ابتغاء مصلحة عامة لم يشوبه عيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون، ومثال ذلك: سلطة الإدارة في إيقاع الجزاءات التأديبية، وسلطتها في ترقية بعض فئات الموظفين على أساس الكفاءة. والمبرر القانوني لعدم تدخل القاضي في شؤون الإدارة عندما تكون سلطتها تقديرية يتجلى في احترام مبدأ فصل السلطات وما ينجم عنه من قواعد تتجلى في أن القاضي يحكم ولا يدير.

فلو أعطى القاضي لنفسه سلطة التعقيب على ملائمة الإدارة، لنصب نفسه رئيساً إدارياً أعلى وهذا غير جائز فالقاضي الإداري، هو قاضي مشروعية فلا يكون له سلطة التصدي لمدى ملائمة التصرفات الإدارية، إلا أن القضاء قد قرر امكانية بحث عنصر الملائمة عندما يتعلق الأمر بقرارات مقيدة للحرية، كذلك في ميدان تناسب الجزاء مع خطأ الموظف أي حالة الخطأ الواضح⁽¹⁾.

(1) د. محمد علي جواد. القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 10.

المطلب الثاني

مجالات السلطة التقديرية للإدارة

تلعب السلطة التقديرية دوراً كبيراً في ميدان الإدارة وفي تصرفات الإدارة سواء الفردية منها، كالقرار أو الاتفاقية كالعقود الإدارية، ويعتبر القرار الإداري هو المجال الأكبر للسلطة التقديرية للإدارة إضافة إلى العقد الإداري والذي هو موضوع بحثنا سيما أن العقد الإداري هو بالأصل عبارة عن سلسلة متعاقبة من القرارات الإدارية وللإحاطة الكاملة بهذه الجزئية يقتضي الأمر من الناحية العلمية بداية البحث في تحديد ماهية العقود الإدارية، بيد أن ذلك لا يغني عن دراسة تفاصيل أساليب إبرام العقود الإدارية إذ أن السلطة التقديرية تبدو جلية في نطاق دراسة أساليب الإبرام وعليه سنقوم بدراسة الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: ماهية العقود الإدارية وأنواعها.

الفرع الثاني: أساليب إبرام العقود الإدارية.

الفرع الأول

ماهية العقود الإدارية وأنواعها

أولاً: ماهية العقود الإدارية:

تعتبر نظرية العقود الإدارية من النظريات الحديثة نسبياً في القانون الإداري انشأتها الأحكام القضائية التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي ويعتبر حكم (تربييه) الصادر عام 1903 الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها ثم أخذت تشق طريقها في أحكام القضاء الفرنسي حتى تأكدت بشكل واضح ونهائي، في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1912، في قضية شركة الغرانيت⁽¹⁾، وقد عرف القضاء الإداري في سورية العقود الإدارية

(1) د. أحمد عثمان عياد. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية،

القاهرة، 1973، ص14.

بأنها (تلك العقود الي يبرمها الشخص المعنوي بقصد تسيير مرفق عام وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام) ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام وعلى ذلك فقد استقر القضاء الإداري السوري على انه لا بد من توافر ثلاثة عناصر ليكون العقد إدارياً حيث يجب أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتضمن شروط غير مألوفة في نطاق العقود العادية وان يتصل بتسيير مرفق عام.

ثانياً: أنواع العقود الإدارية:

وفق الاتجاهات الحديثة في تقسيم العقود الإدارية يمكن القول أن هذه العقود تقسم إلى نوعين:

عقود الشراء العام وعقود تفويض المرفق العام وسنتحدث عن ذلك بشيء من التفصيل وفقاً لما يلي:

1- عقود الشراء العام:

وهي تلك العقود التي يكون محلها الشراء العام أي محلها يكون تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن محدد تدفعه الإدارة وتسمى الإدارة هنا كونها طرف في العقد مشترياً عاماً، ومن أبرز هذه العقود، عقود الأشغال العامة والتوريدات والخدمات والدراسات وقد يكون محل هذه العقود عبارة عن إنشاء مشيدات عامة أو صيانتها أو إصلاحها كما هو الحال في عقد الاشغال العامة⁽¹⁾، وقد يكون محلها عبارة عن منقولات تقدم للإدارة من جانب متعاقدتها ونكون هنا أمام عقد التوريد وقد يكون العقد متعلقاً بأداء خدمة معينة للإدارة فيكون العقد عندئذٍ عقد خدمة عامة.

(1) د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 1999، ص194، ص165.

2- عقود تفويض المرفق العام:

يقصد بعقود تفويض المرفق العام، تلك العقود التي تقوم الإدارة بموجبها بتفويض شخص من أشخاص القانون سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً بإدارة وتسيير مرفق عام، لقاء الترخيص له وتحصيل رسوم من المنتفعين من خدمات الملتزم، بما يغطي تكلفة إدارة المرفق العام⁽¹⁾، ومن أبرز هذه العقود عقد الالتزام والامتياز وعقد مشاطرة الاستغلال والتزام الأشغال العامة ويلاحظ أن محل هذه العقود يكون دوماً مرفق عام، لا تود الإدارة لسبب أو لآخر إدارته إدارة مباشرة، بل تريد تفويض إدارته إلى القطاع الخاص لتحقيق عدة أهداف سواء كانت أهداف إدارية أو اقتصادية.

الفرع الثاني

أساليب إبرام العقود الإدارية

إن أساليب إبرام العقود الإدارية هي مجموعة من القواعد القانونية التي وضعها المشرع من أجل إبرام العقد الإداري⁽²⁾، وهذه الأساليب أما أن تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة في معرض إبرام العقد كما هو الحال في المناقصة العامة وقد تكون سلطة الإدارة تتطوي على بعض العناصر التقديرية تختلف سعة وضيقاً حسب أسلوب الإبرام المتبع في التعاقد كما هو الحال في طلب العروض وعلى هذا الأساس سندرس الأسلوبين المشار إليهما بشيء من التفصيل وفق الآتي:

(1) د. عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص442.

(2) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، القاهرة، طبعة أولى، دار الفكر العربي، 2015، ص110.

أولاً: أسلوب التعاقد على أساس السلطة المقيدة:

يظهر هذا الأسلوب في تقنية المناقصة العامة في كافة صورها وصيغها، فالمناقصة هي التقنية الإجرائية التي يجب اتباعها من جانب الإدارة عند اقدمها على الشراء وهي إطار إجرائي مرسوم ومحدد من قبل المشرع لتبادل الإيجاب والقبول وتقوم على مبدأ المنافسة المفتوحة والعلانية والإرساء التلقائي على أقل سعر وتنهض بعينها سلطة مختصة هي لجنة المناقصة، على أن تبقى النتائج التي توصلت إليها اللجنة موقوفةً على اعتماد أو توقيع السلطة المختصة بإبرام العقد وتأخذ المناقصة عادة عدة صور فهناك المناقصة العامة المفتوحة والمناقصة المحدودة والمناقصة الخارجية والمناقصة الداخلية، ونظراً لاختلاف صور هذه المناقصات في بعض الجزئيات عن بعضها البعض وجدنا من الضروري الدخول بتفاصيل صور المناقصة على النحو التالي

1- **المناقصة العامة المفتوحة:** وهي الطريقة السائدة في اختيار المتعاقدين مع الإدارة والأصل أن تكون المناقصة عامة ومفتوحة لكل من يريد الاشتراك فيها، بينما الاستثناء هو تقييد المناقصة وجعلها مقصورة على بعض التنافسين⁽¹⁾.

2- **المناقصة المحدودة أو المحصورة:** وبموجب هذه الصورة من المناقصات تمتلك الإدارة سلطة تقديرية في تحديد الأفراد والشركات للاشتراك في المناقصة، وتسري على هذه المناقصة ذات القواعد والإجراءات المنصوص عليها بالنسبة للمناقصة العامة⁽²⁾، بحسبان أن المناقصة المحصورة سميت بهذا الاسم فقط لجهة المشاركين في التقدم إليها، وليس لجهة اختيار المتعهد المرشح

(1) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق،

ص120.

(2) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

إذ تبقى الإدارة ملزمة لنهاية المناقصة المحصورة باختيار العرض الأفضل مالياً وفقاً لمبدأ آلية الإرساء⁽¹⁾.

3- المناقصة المحلية: وفي هذه الصورة من المناقصة يقتصر الاشتراك على الموردين والمقاولين المحليين المقيدة أسماؤهم في السجل التجاري، الذي يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي بدائرتها تنفيذ العقد⁽²⁾.

ثانياً: أساليب إبرام العقد الإداري على أساس السلطة التقديرية:

توجد أساليب أخرى تقوم بها الإدارة بإبرام عقودها على أساس السلطة التقديرية ومن هذه الأساليب ما يعطي مجالاً للإدارة في اختيار العرض الأفضل على أساس عدة معايير موضوعية مسبقاً، كما هو الحال في طلب العروض، ومنها ما يترك للإدارة إمكانية التفاوض مع الأفراد العاديين، كما هو الحال في القطاع الخاص شريطة توخي المصلحة العامة⁽³⁾. والمثال العملي لهذا الأسلوب يطلق عليه أسلوب العقد بالتراضي.

وتتبلور السلطة التقديرية للإدارة عند اتباعها أسلوب طلب العروض أو أسلوب العقد بالتراضي من خلال دراسة العروض التي تأتيها من خلال لجان فنية وقانونية بيد أن هذه السلطة ليست مجردة من أي قيد بل خاضعة لرقابة القضاء الإداري لجهة التأكد من مجموعة من المعايير الموضوعية التي ينبغي على الإدارة الالتزام بها⁽⁴⁾، وهذا ما أكدته المشرع السوري في نظام العقود

(1) سعيد نحيلي، د عبسي الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، الدراسات القانونية، 2007، ص76.

(2) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص160.

(3) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص110.

(4) د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، 2007، ص79.

السوري رقم 51 لعام 2004 عندما حدد للإدارة الحالات التي لا تستطيع من خلالها اللجوء إلى هاتين الطريقتين، وبعبارة أخرى إن المشرع السوري اعتبر المناقصة، هي المبدأ الأصيل في إبرام العقود الإدارية، وأما باقي الطرق فهي أساليب استثنائية لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا توافرت الشروط القانونية.

هذا وبعد هذه الملحة الموجزة عن ماهية السلطة التقديرية للإدارة وبعد الحديث عن ماهية العقود الإدارية وأساليب إبرامها ننتقل للشروع في الفصل الأول من هذه الدراسة والموسوم بعنوان السلطة التقديرية للإدارة في نطاق الإجراءات التمهيدية للتعاقد.

الفصل الأول
السلطة التقديرية للإدارة
في نطاق الإجراءات التمهيدية للتعاقد

الفصل الأول

السلطة التقديرية للإدارة

في نطاق الإجراءات التمهيدية للتعاقد

تقوم المرحلة التمهيدية في إبرام العقد الإداري على مجموعة من الإجراءات الواجب مراعاتها من قبل السلطة المختصة بإجراء العقد الإداري ويتولى المشرع عادة تحديد هذه الإجراءات والمبادئ التي تحكمها بدقة ويرتب جزاءات متفاوتة على اختراقها وتجاوزها⁽¹⁾، وهذه القواعد والإجراءات وضعت من أجل تحقيق أكبر منافسة وشفافية ممكنة.

ومن أهم تلك القواعد تلك التي تحكم مرحلة الإعلان في المناقصة مروراً بتقديم الراغبين في التعاقد عروضهم إلى الجهة الراغبة بالتعاقد وصولاً إلى قرار إرساء العقد على أحد العارضين، غير أن هذه الخطوات السابقة على التعاقد لا تجعل الإدارة سلطة تنفيذ ليس لها أي سلطة تقديرية بصورة تحرمها من أية قدرة على التصرف وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة والظروف المحيطة بكل عقد⁽²⁾، بل أنها تتمتع وبشكل دائم بقدر لا بأس به من السلطة التقديرية قد يقل أو يزداد حسب الحال تجاه تصرفاتها القانونية شريطة أن لا تخرج الإدارة عن قواعد المشروعية والمصلحة العامة⁽³⁾. ولتسليط الضوء على سلطات الإدارة في المرحلة التمهيدية للتعاقد الإداري سوف نتناول الموضوع في المبحثين الآتين وفق ما يلي:

(1) د. أحمد سلامة البدر، العقود الإدارية وعقود الـ b.o.t، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص56.

(2) د. جابر نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص123.

(3) سعيد نحيلي، د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص76.

المبحث الأول: إجراءات التقدم إلى التعاقد مع الإدارة.
المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في إرساء العقد الإداري.

المبحث الأول

إجراءات التقدم إلى التعاقد مع الإدارة

تخضع مرحلة التقدم للتعاقد الإداري لعدد من المبادئ تمثل بمجموعها ضمانات لسلامة إجراءاتها من شأنها أن تحول دون التلاعب في نتائجها، وصولاً إلى التعاقد مع صاحب العرض الأفضل شروطاً وتحقيق المصلحة العامة على وجه الخصوص ويتم ذلك من خلال علانية الإجراءات وكفالة مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة.

ففي المناقصة العامة ووسائل التعاقد الأخرى يعتبر الإعلان إجراء أساسياً وجوهرياً⁽¹⁾، إذ من شأنه أن يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة الواجب توافرها في إجراءات المناقصة أو في طلب العروض على خلاف التعاقد بالتراضي والذي تكون الإدارة حرة في اختيار الطريق الذي تراه مناسباً للوصول إلى أفضل المتعاقدين شريطة توخي المصلحة العامة⁽²⁾، إذ حين يتوافر العلم برغبة الإدارة بالتعاقد يبدى الأفراد رغبتهم في التقدم بعروضهم من خلال تقديم العروض وفقاً للشروط المطلوبة والمعلنة وحينها تتمكن الإدارة من اختيار الأفضل من المتقدمين من قبل السلطة المختصة بالإرساء على صاحب العرض الأفضل، وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وفق ما يلي:

المطلب الأول: إجراءات الإعلان عن التعاقد.

المطلب الثاني: الشروط القانونية المتعلقة بتقديم العروض.

(1) د. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003، ص 28-71.

(2) د. محمد سعيد أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992، ص 245.

المطلب الأول

إجراءات الإعلان عن التعاقد

إن الإدارة ملزمة في المناقصات العامة بالإعلان عن رغبتها بالتعاقد بنص القانون، حتى تقسح المجال لاشتراك جميع أفراد الطائفة أو المهنة التي يتصل عملها بموضوع التعاقد وليس لها أي سلطة تقديرية في تجاوز الإعلان والتغاضي عنه في أي حال من الأحوال وأن كان لها بعض التقدير في بعض شروطه ومدته وإجراءاته⁽¹⁾، لكن ليس لها بأي حال من الأحوال أن تتعاقد بأسلوب المناقصة أو طلب العروض دون الإعلان وفق الشروط التي يضعها القانون الناظم وذلك على خلاف التعاقد المباشر والتي تكون الإدارة فيه بحل من الإعلان إذ لها الحق بأن تصل إلى المتعاقد الأفضل بالطريق التي ترغب به مراعيةً بذلك المصلحة العامة فقط، إلا أن هذه الطريقة في التعاقد ذات طابع استثنائي لا يلجأ إليها إلا في حالات محددة تماماً كما هو الحال في سورية وفرنسا، إذ تعبر المناقصة هي الطريقة الأساسية والعامة في التعاقد الإداري على خلاف ما هو عليه الأمر حالياً في مصر بعد صدور القانون رقم 89 لعام 1998، الذي جعل تقنية التعاقد المباشر تقنية أصلية وأساسية إلى جانب المناقصة وطلب العروض.

أما في فرنسا فتقسم الحالات التي يجوز للإدارة فيها القيام بالتعاقد المباشر إلى قسمين، حيث يضم القسم الأول كل الحالات التي يجوز للإدارة اللجوء إلى أسلوب التعاقد بالتراضي شريطة أن تلتزم بمراعاة واجبات العلانية

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1975،

والمنافسة ويضم القسم الثاني، الحالات التي يمكن للإدارة أن تلجأ فيه إلى هذه التقنية دون أن يقع على عاتقها أية التزامات⁽¹⁾.

ولتسليط الضوء أكثر على الشروط المتبعة في إجراءات الإعلان في المناقصة العامة ولضرورات المنهجية العلمية سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وفق الآتي:

الفرع الأول: القيود السابقة على الإعلان في المناقصة.

الفرع الثاني: ماهية الإعلان وشروطه.

الفرع الثالث: مدة الإعلان ووسائل نشره.

الفرع الأول

القيود السابقة على الإعلان في المناقصة

إن الإدارة وقبل أن تشرع بإعداد الإعلان عن التعاقد فإنها ملزمة بمراعاة بعض القيود والتي يتحتم على الإدارة إتباعها وليس لها بأي حال من الأحوال تجاوز هذه القواعد فهي تكون بمثابة اشتراطات واجبة التوفر قبل الإعلان⁽²⁾، وإذا كانت هذه الشروط تشكل قيداً على حرية الإدارة في إبرام ما تشاء من عقود إدارية⁽³⁾ إلا أنها تهدف في مجملها إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال تعاقد إداري سليم لا تشوبه شائبة إذ أن عدم احترامها قد يعيب المناقصة بعيب الشكل وما يجره من آثار أخرى قد تصل إلى حد بطلان المناقصة برمتها وتتمثل هذه القيود بوجود توافر الاعتماد المالي لدى الإدارة وحصول الإدارة على إذن بالتعاقد والاستشارات السابقة على التعاقد بشقيها.

(1) د. محمد أنور الحمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص33.

(2) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، سلسلة المعارف، القاهرة 1988، ص250.

(3) د. أحمد عثمان عياد. مظاهر السلطة العامة في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص150.

أولاً: توافر الاعتماد المالي لدى الإدارة:

إن توافر الأموال يعد أحد الركائز المؤثرة في أداء وظائف الإدارة بصفة عامة وفي إبرام عقودها وتنفيذها بصفة خاصة فالإدارة مقيدة في تصرفاتها بضرورة توافر الاعتماد المالي اللازم لهذه التصرفات وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر: (أن الإدارة نفسها مقيدة بالاعتمادات المالية التي لا سلطان لها في تقريرها بل مرجع الأمر فيه إلى جهة أخرى هي السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص وحدها في ذلك⁽¹⁾)، وترجع أهمية توافر الاعتماد المالي أيضاً إلى أن توافره يعد سبباً هاماً يؤدي إلى إزالة العراقيل والصعوبات⁽²⁾، أمام تحقيق التنمية الاقتصادية والتي تمثل الهدف الأساسي للإدارة، وذلك لأن توافر الاعتماد المالي يؤدي إلى وفاء الإدارة بالتزاماتها مما يعمل على القضاء على الديون، بينما تفاقم تلك الديون تعد أبرز عائق أمام الإدارة يهدد التنمية الاقتصادية وهذه المشكلة كانت من أهم المشكلات التي أدت إلى تعثر وفشل الكثير من الشركات بشكل عام وحتى شركات القطاع العام عن سداد ديونها مما أدى إلى تضخم أرصدها الدائنة، وبالتالي يؤدي ذلك إلى انزلاق الإدارة إلى كل ما يعد سلوكاً معوقاً لسير المرافق العامة عن طريق تراكم ديون الإدارة وعدم قدرتها على التخلص من الأعباء المالية المتركمة⁽³⁾، فوجود الاعتماد المالي للإدارة يعني إجازة السلطة التشريعية وإقرارها منها بالنفقات التي تعتزم الإدارة إنفاقها في مشاريعها، كما أن وجود الاعتماد وتحديده لفقرات محددة فانه

(1) د. جمال فاخر كناس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد. مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الأول، 1996، ص6.

(2) د. عبد الله حنفي، العقود الإدارية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص190.

(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. 2005، ص252.

يدل على عدم السماح للإدارة من الإنفاق على فقرات لم يتم إدراجها في الموازنة أو تحقيق غاية غير الغاية التي من أجلها تم منحها الاعتماد حيث يلاحظ وفقاً للقانون المالي الأساسي في سورية أن النفقة يجب أن تعقد على الاعتمادات المخصصة لها في الموازنة وفي حدودها⁽¹⁾، كما يجب أن لا يرتب عقد النفقة هذا التزامات على السنوات المالية المقبلة ويجب أن تكتسي تأشيرة المحاسب المختص المشعرة بتوافر الشروط المطلوبة قانوناً لعقدها⁽²⁾، ويجري العمل في سورية على أن طلب رصد الاعتماد المالي اللازم من قبل المحاسب إنما يعتبر من الخطوات الأولى للتعاقد، فلا يجوز أن تقدم الجهة الإدارية على السير في إجراءات التعاقد إلا في حدود توافر الاعتماد المالي اللازم بشكل أصولي ووفقاً لما هو وارد في موازنة الجهة العامة صاحبة العلاقة وخطتها⁽³⁾.

كما لا يكفي أن تستخدم الاعتمادات المالية في الغرض الذي خصصت لتحقيقه، بل لابد أن يكون استخدامها بأداة قانونية صحيحة هذه الأداة هي التي تضمن سلامة كافة الإجراءات والشكليات التي يجب على الإدارة اتباعها لاستخدام الاعتماد المالي والإجراءات والوسائل التي ينص عليها القانون، وبذلك يتضح أن على الإدارة التقيد بما ورد في الموازنة والصرف في حدودها وعدم تجاوزها خلال السنة المالية ولكن هذا الأمر يثير مسألتين:

المسألة الأولى: إذا كانت الموازنة تمثل تقديراً لنفقات الدولة لسنة مقبلة فإن التساؤل المطروح هنا: ما هو سلطة الإدارة عندما تجد أن الكلفة الحقيقية للمشروع تزيد عن الكلفة للتقديرية له في الموازنة؟ وكذلك هل يمكن للإدارة أن

(1) الفقرة 3 من المادة 9 من القانون المالي الأساسي السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 92 تاريخ 1967/7/19. الجريدة الرسمية.

(2) الفقرة 11 من المادة 11 من القانون المالي الأساسي، مرجع سابق.

(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون، مرجع سابق، ص 255.

تتعاهد مع مشاريع استجبت لها خلال السنة، أي لم تكن في الحساب إبان إعداد الموازنة وبالتالي ليس لها اعتماد؟

المسألة الثانية: هناك بعض المشاريع الكبيرة ذات المدة الطويلة مما يتطلب تعاقد الإدارة لمدة تتجاوز السنة المالية المحددة في الموازنة، على الرغم من أن الاعتمادات تحدد التعاقد لمدة سنة فما هي سلطة الإدارة للتعامل مع هكذا مشاريع؟

فيما يخص **المسألة الأولى:** كثيراً ما تواجه الدولة هكذا مشاريع خلال السنة التي تم إقرار الموازنة فيها، ونظراً لعدم إمكانية الإدارة من إنفاق أموال عليها إلا بموجب قانون صادر من السلطة التشريعية لذلك تلجأ الدول إلى حل هذه المشكلة من خلال رصد أموال خاصة تعالج هذه المشكلة، ففي لبنان على سبيل المثال فإن قانون المحاسبة العمومية⁽¹⁾، عالج هذه المشكلة من خلال الاعتمادات الإضافية والتي تكون على نوعين:

1- **الاعتمادات التكميلية:** وهي التي تكمل اعتمادات موجودة أصلاً في الموازنة ولكنها غير كافية للمشاريع التي تنوي الإدارة إبرامها.

2- **الاعتمادات الاستثنائية:** والتي تفتح في الموازنة لتلبية حاجات معينة لم تكن بالحسبان عند إعداد الموازنة وغير متوقعة وهذه وسيلة بديلة تسمح بإعطاء الإدارة قدراً من المرونة في تأمين نفقات المشاريع الضرورية والعاجلة.

أما فيما يخص **المسألة الثانية** هناك اتجاهين لمعالجتها:

الاتجاه الأول: عالج هذه المسألة من خلال أساليب متعددة (الموازنة لمدة سنتين، الاعتمادات المفتوحة لبضع سنوات، الاعتمادات المدورة).

(1) قانون المحاسبة اللبناني الصادر بالمرسوم 149 لعام 1963. أشار إليه الدكتور حسان عبد السميع هاشم في كتابه الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002

أما الاتجاه الثاني: عالج هذه المسألة من خلال قوانين البرامج.

إن هذا الاتجاه قد ظهر بسبب توسع أعمال الدولة لإنشاء مشاريع كبيرة ولغرض استحصال موافقة السلطة التشريعية من خلال رصد الأموال اللازمة لها والانفاق عليها خلال السنة المقبلة والتي يتطلب الانفاق عليها بمبالغ ضخمة ولسنوات عديدة مثل مشاريع الطرق والكهرباء فقامت الدول بوضع قوانين برامج خاصة لتنفيذ هذه المشاريع والمشرع المصري أجاز للسلطة التنفيذية في إبرام العقود الإدارية المتعلقة بالتوريدات والخدمات الضرورية لمدة تتجاوز السنة المالية التي يتم فيها التعاقد⁽¹⁾، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو حكم العقد المراد إبرامه من قبل الإدارة دون توافر الاعتماد المالي؟ وفقاً للنظرية الفرنسية والتي تسري بمصر⁽²⁾، فإن القانون المالي مستقل عن القانون الإداري ويترتب على ذلك هو أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالي ويرتب القضاء الفرنسي على الفصل بين مجالي كل من القانون المالي والإداري نتيجتين:

النتيجة الأولى: إن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب بطلان التصرف الإداري ومن ثم فإن الإدارة إن تعاقدت بالرغم من عدم وجود اعتمادات مالية فإن العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد سواء أكان الاعتماد غير موجود كلياً، أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبالغ المسموح به.

النتيجة الثانية: إن اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد في الحالات التي يجب على جهة الإدارة المتعاقدة الحصول على هذا الاعتماد لا يلزم الإدارة بالتعاقد

(1) انظر اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لعام 1998.

(2) د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص122.

وذلك سواء أكان الاعتماد يصدر بصورة قانون من السلطة التشريعية أو قرار من أي جهة أعلى، ففتح الاعتماد ليس إلا أذن غير ملزم للصرف.

وفي فرنسا فإن مخالفة القانون المالي ليس لها من نتائج أو جزاءات إلا ضمن القانون المالي فقط⁽¹⁾، وبالتالي فإن المخالفات المالية لا تسبب للأفراد المتعاملين مع الإدارة عدم مشروعية القواعد المستوجبة للنفقات وأن الدين المتولد عن العقد يظل مشروعاً، ولا يعتبر عدم وجود أو عدم كفاية الاعتماد من الأسباب المؤثرة على المشروعية القانونية للعقد لأنه وكما قال الأستاذ جيز بأنه له لو أيدت مخالفة القواعد المالية ببطان العقد لأدى ذلك إلى احجام الغير عن التعاقد مع الإدارة، الأمر الذي سيؤثر سلباً على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد بيد أن محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة السوري قد سارت باتجاه مختلف في هذه إذ قضت بما يلي: ((إن سلطة الإدارة في قراراتها المتعلقة بالأمور المالية سلطة مقيدة لا تقديرية فإذا اخطأت أو خالفت القانون لم ينشئ هذا الخطأ حقاً مكتسباً للأفراد))⁽²⁾، ونحن بدورنا لا نؤيد ما سارت عليه محكمة القضاء الإداري فيما يتعلق بعدم نشوء حق مكتسب للأفراد نتيجة خطأ الإدارة ومخالفتها للقانون لأنه ليس من السهل على الأفراد اكتشاف هذه الأمور مهما كانت درة تيقظهم في تتبع المشروعية المالية للعقد.

ثانياً: حصول الإدارة على إذن بالتعاقد:

عندما تتخذ الإدارة قراراً بالإعلان عن التعاقد فإن لصدور هذا القرار شروطاً أوجب المشرع على الإدارة التقيد بها ولا تملك سلطة تقديرية في تجاوزها حرصاً

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص 356.

(2) قرار محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة السوري رقم 303 تاريخ 1973، مجلة المحامون، العدد الأول، 1973.

على تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، ويرى الفقه والقضاء المقارن بأن الإذن بالتعاقد هو شرط لازم لقيام الرابطة العقدية، ومن ثم غياب هذا الشرط يؤدي إلى عدم نشوء الرابطة العقدية، ويضحي العقد المبرم بدونه باطلاً بطلان مطلقاً، بحسبان أن القواعد الخاصة بضرورة الإذن المسبق هي قواعد متعلقة بالنظام العام لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً ولا يحق للإدارة أن تتعاقد من دون هذا الإذن⁽²⁾، وأن تعاقدتها بدون الإذن يشكل من جانبها خطأً يثير مسؤوليتها التقصيرية وللمتعاقد حق الرجوع على الإدارة بالتعويض، إما على أساس المسؤولية التقصيرية، أو على أساس قاعدة الاتراء بلا سبب والاذن يأخذ إحدى صورتين في الواقع:

1- إذن بالتعاقد من السلطة التشريعية:

إذ أن هناك عقود لا يمكن للإدارة أن تبرمها إلا بعد موافقة السلطة التشريعية، وغالباً ما ترد هذه العقود بالدستور وذلك لأهميتها وتعلقها بثروة البلاد أو تأثيرها المباشر على اقتصاد البلاد وهذا ما نلاحظه في الدستور المصري والسوري⁽³⁾. مثال عقود الامتياز التي تمنح لشركات اجنبية فإنها تحتاج وفقاً للدستور السوري لموافقة من مجلس الشعب.

2- إذن بالتعاقد من السلطة التنفيذية:

يلزم لإبرام العقود الإدارية الرجوع إلى سلطة إدارية أعلى من السلطة المكلفة بهذا النوع من العقود⁽⁴⁾ وذلك كما هو مقرر في العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارة اللامركزية، حيث تتمتع الإدارة اللامركزية بالشخصية الاعتبارية سواء

(1) نجيب خلف الجبوري، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقدين معها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد. 1984، ص82.

(2) سعيد نحيلي، د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، 2007، ص52.

(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص513.

(4) د. سعاد الشراقوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص122.

أكانت هيئات لامركزية إقليمية أو مصلحة وهذه الهيئات تدار بواسطة مجلس شعب إذا كانت هيئة لامركزية إقليمية وبواسطة مجلس إدارة إذا كانت هيئة لامركزية مصلحة فلا يستطيع رئيس مجلس الإدارة في الهيئة اللامركزية المصلحية أن يتعاقد إلا إذا صدر قرار من السلطة التقريرية. وعلى هذا قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في شباط عام 1981⁽¹⁾، (أن المجلس البلدي لم يصرح للعمدة بالتعاقد كما أنه لم يصدق على إجراءات التعاقد التي قام بها وبالتالي لا يوجد عقد سليم فلا تكون هنالك أي رابطة عقدية تسمح للسيد ((Broisin))، أن يتمسك بها) وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في أحكام أخرى إلى عدم قيام الرابطة العقدية لغياب الاذن بالتعاقد حتى ولو قامت سلطة الوصاية بالتصديق اللاحق على العقد كما أن الجهة الإدارية لا تستطيع إبرام بعض العقود إلا بعد الاستحصال على إذن مسبق يجيز التعاقد بيد أن الأذن وأن حصل فإنه لا يلزم الإدارة بالتعاقد، أي تملك الإدارة سلطة تقديرية بالتعاقد من عدمه⁽²⁾.

والسؤال هنا: ما هو الأثر القانوني إذا تعاقدت الإدارة بدون الحصول على الاذن المسبق بالتعاقد؟

إن القوانين تستلزم ضرورة حصول الجهة الإدارية المنفذة للمشروع أو الأعمال على تصريح بالتعاقد من جهات إدارية عليا يحددها القانون الأمر الذي يجعل الجهة الإدارية المنفذة ليست أهلاً للتعاقد من غير ذلك التصريح ومن ثم فإن قيام الجهة الإدارية بالتعاقد من غير الحصول على الأذن المسبق من الجهات الإدارية العليا، يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، لأن القواعد

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 22.

(2) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 255.

الخاصة بالحصول على تصريح بالتعاقد تعد من النظام العام، ومن ثم لا يجوز للإدارة مخالفتها وليس لها أي سلطة تقديرية فيها.

وفي فرنسا، تعتبر القواعد الخاصة بالتصريح هي قواعد متعلقة بالنظام العام لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً، وهذا أيضاً ما ذهب إليه قسم الرأي في مجلس الدولة المصري حيث يقول (أن تعاقد الإدارة على استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية بلا إذن مسبق من البرلمان يجعل التعاقد باطلاً بطلاناً مطلقاً)⁽¹⁾.

وفي سورية فإن الدستور الحالي يشترط موافقة مجلس الشعب بالنسبة لبعض أنواع العقود التي ترغب الدولة بإبرامها مع الشركات الأجنبية⁽²⁾.

ثالثاً: الاستشارات السابقة على التعاقد:

ألزم المشرع في بعض الحالات السلطة المتعاقدة القيام باستشارة بعض الجهات وذلك قبل إقدامها على التعاقد، ويمكن رد الاستشارات السابقة باعتبارها إجراء من الإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة إلى عدة اعتبارات:

1- اعتبارات قانونية: وذلك لتلافي المخاطر القانونية التي تتعرض لها الإدارة نتيجة وجود بعض الأخطاء القانونية التي قد تتعلق ببند العقد والتي قد تؤدي إلى إثارة المسؤولية التعاقدية للإدارة، فالاستشارات السابقة في بعض الأحيان تهدف إلى سلامة صياغة العقود بما يحقق المصلحة العامة للإدارة وعدم تعرضها للمسؤولية الأمر الذي يؤدي إلى تنوير السلطة المتعاقدة بالنقاط القانونية التي تمس العقد قبل الاقدام على التعاقد⁽³⁾.

(1) مشار إليه في د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، نفس المرجع، ص266.

(2) المادة 75 من الدستور السوري الحالي الصادر بتاريخ 2012/2/12، الجريدة الرسمية.

(3) Chapus.R.Droit administraif.TI.Delta.paris ed9.1995.p.1094

2- اعتبارات فنية: وذلك لضمان كفاءة المنتجات التي يتم التعاقد عليها خاصة إذا كانت هذه المنتجات من الآلات فتهدف الاستشارات السابقة إلى التأكد من عمل هذه الآلات على أكبر قدر من الإنتاجية والتأكد من سلامتها من الناحية الفنية⁽¹⁾.

3- اعتبارات اقتصادية: تهدف إلى تفادي قيام السلطة المتعاقدة بإبرام عقود قد تؤثر على الاقتصاد القومي أو قد تكون مخالفة للخطة العامة للدولة⁽²⁾.

4- اعتبارات مالية: التأكد من ضمان توافر الاعتمادات المالية اللازمة للتعاقد والتأكد من إدراجها في الموازنة العامة وفقاً للقوانين المالية المقررة حيث أن السلطة الإدارية تلجأ إلى الاستشارة لغرض توسيع آفاقها من جهة متخصصة قبل اتخاذ القرار أو الحاجة إلى أفكار جديدة مبتكرة.

وقد درج الفقه على تقسيم الاستشارات السابقة على التعاقد من حيث قوتها الإلزامية إلى:

1- الاستشارات السابقة غير الملزمة:

حيث يلزم المشرع السلطة المتعاقدة اللجوء إلى طلب استشارة من دون أن تتقيد بمضمونها وعليه يمكن التمييز بين ضرورة تقديم طلب للحصول على الاستشارة، وهو أمر واجب على الإدارة، وبينما عدم الالتزام بالاستشارة على الإدارة ليس واجباً أي أن سلطتها مقيدة باللجوء إلى الاستشارة ولكن سلطتها تقديرية في الالتزام بالاستشارة وهذا هو الأصل.

ومن ثم فإن الاستشارة غير الملزمة هي الأصل في كل حالة لم ينص فيها المشرع على غير ذلك. وبالتالي إذا فرض المشرع على الجهة الإدارية

(1) Brechon-Moulenes, Droit des marches publiques, TI.Monitor. paris. 1999.p.1.

(2) Chapus. R. Droit administratif.TI.Deltap.p.1098

(2) Brechon-Moulenes, Droit des marches publiques TI.p.2

الاستشارة ولم تقم بهذا الإجراء فإن القرار الصادر بالتعاقد يعد باطلاً، وقد قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري أنه: (لما كانت مراجعة العقود لمجلس الدولة إنما أراد بها المشرع مجرد طلب الرأي في تجربة الجهة الإدارية من العقود دون أن تكون ملزمة بمخالفتها لم يقرن المشرع هذا بجزاء ولم يرتب البطلان على مخالفته وبالتالي لم يجعل منه ركناً أو شرطاً لانعقاد العقد أو صحته، فلا تؤثر هذه المخالفة على صحة العقد خاصة وقد تعلق به حقوق الغير المتعاقد مع جهة الإدارة وهو غير مسؤول عن مخالفتها لأحكام القوانين النازمة لعملها)⁽¹⁾.

2- الاستشارات السابقة الملزمة:

إن هذا النوع من الاستشارات يختلف عن النوع السابق في وجوب طلبها وفي وجوب اتباعها وهذه الاستشارة تعد من النظام العام بحيث يستطيع القاضي الإداري أن يثير هذه الناحية من تلقاء نفسه عند النظر في الدعوى فالالتزام هنا قائم شكلاً ومضموناً، والإدارة في هذه النوع من الاستشارة ملزمة من الناحيتين العضوية والموضوعية بمعنى أن الإدارة المختصة ملزمة بطلبه من الجهة التي حددها القانون وملزمة بالأخذ بمضمون الرأي الذي تقدمه الجهة أي أن سلطة الإدارة هنا مقيدة وليس لها أي سلطة تقديرية بخصوص هذا النوع من الاستشارات⁽²⁾، إذ أن المشرع عند إلزامه للسلطة المتعاقدة اللجوء إلى طلب استشارة الجهات المعنية، وإلزامها في ذات الوقت بالتقيد بمضمون الاستشارة، أراد أن يلزم الإدارة باحترام مبدأ المشروعية⁽³⁾.

(1) قرار الجمعية العمومية المصرية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (360/1/54) جلسة 9-12-1998. أشار اليه الدكتور محمد ماهر أبو العينين في كتابه العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 390.

(2) د. ماهر علاوي، القانون الإداري، جامعة الموصل، 1989، ص 78.

(3) د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة وتطبيقية في الاردن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، عمان، 1998، ص 34.

الفرع الثاني

ماهية الإعلان ومضمونه

أولاً: ماهية الإعلان:

الإعلان هو الأداة التنفيذية التي تقوم عليها مبادئ المناقصة فبواسطته تتحقق العلانية وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة والمساواة، والإعلان هو الوسيلة التي تعبر بها جهة الإدارة عن رغبتها في التعاقد، فهو وسيلة الجهة الإدارية لتحقيق أهدافها وتحقيق المصلحة العامة، وهو الذي يفتح الباب أمام عدد كبير من المتنافسين للتقدم بعروضهم إلى الجهة الإدارية صاحبة الشأن، فهو الذي يسمح بإفساح المجال لمن يرغب بالمشاركة وفق الشروط القانونية المطلوبة والاطلاع عليها وتقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وصفاتها.

فالإعلان بهذا المعنى ضروري جداً كي يكون هنالك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد الإداري⁽¹⁾، مع الإدارة لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى ذلك والشروط التي بتطلبها ذاك التعاقد فالإعلان عن المناقصة إجراء جوهري وأساسي فهو بداية الدخول في عملية مركبة من حيث الإعداد للتعاقد وهو يبعد الشبهة والريبة عن الإدارة فالتشريعات القانونية ألزمت الإدارة احترام أوضاع الإعلان من حيث المدة القانونية للإعلان وعدد مرات النشر ووسائل نشره ورتب على عدم التزامها بذلك عدد من الأمور قد تصل أحياناً إلى بطلان العملية التعاقدية.

ثانياً: التكيف القانوني للإعلان:

السؤال الذي يطرح نفسه دوماً: هل الإعلان عملاً تحضيرياً أم قراراً إدارياً؟

(1) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 147.

الرأي الغالب في فقه القانون العام يرى أن الإعلان عن المناقصة هو قراراً إدارياً بالمعنى الدقيق⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر⁽²⁾، إذ عدت فيه القرار الصادر من محافظة المنوفية بطرح عملية ترميم برج المنوفية في مناقصة عامة. قراراً إدارياً يدخل في اختصاص محاكم مجلس الدولة المصري⁽³⁾، حيث قالت: ((إن الإعلان يعتبر قراراً إدارياً قد صدر من جهة إدارية أعمالاً للسلطة المخولة لها وفقاً للقوانين واللوائح استهدفت بإصداره إحداث مركز قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً وكانت غايتها من إصداره تحقيق المصلحة العامة، فإنه بهذه المثابة يعد عملاً قانونياً توافرت له خصائص القرارات الإدارية ومقوماتها)).

والسؤال الذي يثور أيضاً في خضم الحديث عن التكييف القانوني للإعلان: هل الإعلان يعد إيجاباً صادراً من الإدارة أم لا؟

في الحقيقة صحيح إن الإعلان قراراً إدارياً مستكمل كافة أركانه وهو إجراء أساسياً وجوهرياً ويمثل تطبيقاً عملياً لمبدأي المنافسة والمساواة بين المتنافسين وبواسطته تدعو الإدارة المتنافسين للتعاقد وفق شروطها، إلا أنه لا يعد إيجاباً صادراً من الإدارة، بل اجمع الفقه والقضاء على أنه دعوة للتعاقد يصدر من جانب الإدارة، والعرض الذي يتقدم به العارض هو الإيجاب الذي يصادفه قبول الإدارة بالمصادقة على نتائج محضر المناقصة لينعقد العقد وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر في جلسة 1996/12/31 جاء فيه: ((المقرر أن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة، عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد وان التقدم بالعطاء، وفقاً

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص326.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا. رقم 2234، جلسة 1994/12/17. أشار إليه د. محمد ماهر أبو

العينين، العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص326.

(3) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص300.

للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد⁽¹⁾.

ثالثاً: مضمون الإعلان:

يقصد بمضمون الإعلان جملة المعلومات التي ترغب الإدارة بأن توصلها إلى الراغبين بالتعاقد إذ إنه من النادر عملياً أن يتضمن الإعلان كافة المعلومات والشروط التي تحددها الإدارة لإجراء التعاقد، حيث يتضمن الإعلان الحد الأدنى من المعلومات من أجل تكوين فكرة عامة ومبدئية عن العقد المزمع التعاقد من أجله وعن محل التعاقد ومواعيد تسليم العروض ووقت إجراءه، إذ غالباً ما يحيل الإعلان معظم البيانات إلى دفتر الشروط التي تعدّها الإدارة بوجه الخصوص⁽²⁾، إذا أن هناك بيانات على درجة من الأهمية لا غنى عنها في مجال حسن سير العملية التعاقدية وقد نص القانون بصورة وجوبية على ذكرها، فمثلاً يذكر في الإعلان الجهة التي يتقدم إليها تلك العروض والمواعيد التي يجب أن يلتزم به الراغب بالتعاقد، من أجل تقديم عرضه والمدة التي يجب أن يبقى العارض خلالها ملتزماً بعرضه، والحكمة من ذلك أن يكون العارض على بينة من أمره بالمدة التي سيبقى ملتزماً خلالها بإيجابه وهذا

(1) د. محمد ماهر أبو العينين العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 362.

(2) ينص قانون العقود السوري رقم 51 لعام 2004 في المادة 7 إلى أن المناقصة تستند الي دفتر شروط عامة وتصدر بمرسوم بناء على اقتراح وزير المالية وكذلك دفتر شروط خاصة يتضمن المصورات والمواصفات الكاملة للاحتياجات المطلوبة وموعد إجراء المناقصة. وفي نفس الاتجاه يذهب دكتور محمود خلف الجبوري، بأن المناقصات تقسم إلى مناقصات عامة ومفتوحة، ففي المناقصات العامة تقوم الإدارة بالإعلان عن المناقصة بشكل عام ويكون الاشتراك فيها مفتوحاً لكل من يرغب في التعاقد من المقاولين أو الموردين أو التجار أو الناقلين، أما المناقصات المحدودة وهي المناقصات التي تدعو فيها الإدارة عدد محدد من الأفراد أو الشركات للاشتراك فيها ممن لديهم خبرة ومستوى معين في تنفيذ الأعمال.

انظر: د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مرجع سابق، ص 68.

يتعلق بشكل كبير بالجدوى الاقتصادية للتعهد بمجمله، إذ كل شخص معنوي كان أم طبيعي يحرص على معرفة الفترة التي سيبقى جزءاً هاماً من رأسماله مجمداً لصالح المشروع المرتقب سواء بشكل تأمينات أولية أو كنوع من الترقب لكي ترسو المناقصة عليه في كل لحظة، ومن ثم المباشرة بالتنفيذ إضافة إلى مقدار التأمينات الأولية والنهائية وسعر الإضبارة ومدة إنجاز التعهد بالإضافة إلى أي شروط أخرى ترى الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية إضافتها إلى الإعلان. فمثلاً في فرنسا قد نص قانون عقود الشراء العام على أنه يجب أن يتضمن الإعلان بالحد الأدنى ما يلي⁽¹⁾:

- 1- تحديد الإدارة صاحبة العلاقة.
 - 2- محل العقد وخصائصه الأساسية.
 - 3- إجراء الإبرام الذي سيتم إبراء العقد عن طريقه (مناقصة عامة - مناقصة مقيدة - طلب عروض - أو غير ذلك...).
 - 4- الوثائق التي تثبت الأهلية التقنية للمرشح وفقاً لما ينص عليه القانون.
 - 5- التاريخ المحدد لتلقي العروض أو الترشيحات (في حالة المناقصة المقيدة).
 - 6- المكان واليوم والساعة المحددة للبدء بإجراءات المناقصات.
 - 7- المكان الذي يسلم فيه الملف المحتوي على وثائق العقد المنوي إبرامه.
 - 8- مدة ارتباط العارض بعرضه.
 - 9- تاريخ إرسال الإعلان للنشر.
- وفي مصر⁽²⁾، فقد حددت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المعلومات التي ينبغي أن يتضمنها الإعلان وفقاً لنص المادة 11 من اللائحة ينبغي أن يبين في الإعلان البيانات الآتية:

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 390.

(2) المادة 122 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

- 1- الجهة التي تقدم إليها العطاءات.
 - 2- وآخر موعد لتقديمها.
 - 3- والصنف المطلوب أو العمل المطلوب.
 - 4- ومبلغ التأمين المؤقت.
 - 5- نسبة التأمين النهائي.
- وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد أجاز للإدارة تشكيل لجنة خاصة تسمى لجنة الاستفسارات ومهمة هذه اللجنة تتضمن تلقي كافة الاستفسارات التي تقدم إليها بشأن موضوع إعلان المناقصة وتملك الإدارة أيضاً السلطة تقديرية بإضافة أي بيانات أخرى تراها ضرورية للصالح العام⁽¹⁾.
- وفي سورية فإن قانون العقود رقم 15 لعام 2004 حدد البيانات التي ينبغي أن يتضمنها الإعلان عن المناقصة بما يلي:
- 1- موضوع المناقصة.
 - 2- مكان وزمان تقديم العروض وجلسة المناقصة.
 - 3- التأمينات النهائية والمؤقتة.
 - 4- الجهة التي يمكن شراء إضبارة المناقصة منها والحصول على جميع المعلومات والشروط المتعلقة بها.
 - 5- مدة إنجاز التعهد.
 - 6- سعر الإضبارة.
 - 7- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه⁽²⁾.

(1) د سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 255.

(2) الفقرة أ من المادة 10/ من القانون رقم 51 لعام 2004. الخاص بنظام العقود في الجهات العامة.

ونحن نرى أن يسير المشرع السوري على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي في وجوب تضمين البيانات التي بتطلبها قانون عقود الشراء العام كونها تمكن الراغب بالتعاقد بالاطلاع بطريقة أكثر وضوح ودقة ودراية، بتفاصيل الأمور إضافة لما اتبعه المشرع المصري، من منح الإدارة بأن تضيف أي بيانات أخرى تراها ضرورية وضرورة وجود لجنة تتوكل إليها مهمة تلقي الاستفسارات خلال فترة الإعلان.

الفرع الثالث

مدة الإعلان ووسائل نشره

أولاً: مدة الإعلان:

المقصود بمدة الإعلان الفترة الزمنية التي يمكن للراغبين بالتعاقد تقديم عروضهم أو ترشيحاتهم خلالها ولا شك أن هذه المدة ينبغي أن تكون كافية لتمكين ذوي الشأن من دراسة أوضاعهم وموضوع العقد الأمر الذي يسمح لهم بتقديم عروضهم على درجة عالية من الدقة والوضوح⁽¹⁾.

ففي فرنسا مثلاً توجد مدتان لابد للإعلان أن يستوفيهما، الأولى تتعلق بالمدة التي يجب على الإدارة المختصة أن تنفذ التزامها بهذا النشر والمدة الثانية هي تلك التي تتعلق بالمواعيد التي يمكن للراغبين بالتعاقد أن يتقدموا بعروضهم خلالها ففي حالة المناقصة المفتوحة، ينص قانون عقود الشراء العام على أن لا تقل المدة عن ستة وثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إرسال الإعلان للنشر⁽²⁾، ومنح القانون الإدارة سلطة تقديرية أن تقوم بتخفيض هذه المدة إلى خمسة عشر يوماً في حالة الاستعجال بيد أن المشرع الفرنسي قد جعل من

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق ص 447.

(2) المرجع أعلاه، ص 451.

تاريخ إرسال الإعلان إلى الجهة المختصة للنشر نقطة بداية المدة التي يمكن أن يسلم الراغبين بالتعاقد عروضهم.

ويرى الباحث أن ذلك يسبب إرباكاً لذوي الشأن، كون المشرع يمنح الجهة المختصة سلطة تقديرية بأن تقرر متى شاءت نشر الإعلان ولا يخفى على أحد أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى الانتقاص من المدة التي حددها القانون بلا مبرر.

وفي مصر قد نص القانون رقم 89 لسنة 1998 على أن يتم الإعلان في الوقت المناسب وأن يبين فيه مدة كافية يمكن تلقي خلالها العروض، حيث لا تقل المدة لتقديم العطاءات من تاريخ الإعلان في الصحف اليومية ويسمح للإدارة تبعاً لسلطتها التقديرية بتخفيض هذه المدة عن أن لا تقل عن عشرة أيام، ولكن المشرع المصري لم يراع موضوع المناقصات الخارجية بزيادة مدتها⁽¹⁾، كما فعل التشريع الفرنسي.

أما في سورية قد حدد القانون رقم 51 لعام 2004 مدة الإعلان بحيث تعلن عن المناقصة قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً بالنسبة للمناقصات الداخلية وخمسين يوماً بالنسبة للمناقصات الخارجية⁽²⁾، ومنح الإدارة سلطة تقديرية بإنقاص المدة إلى خمسة أيام بالنسبة للمناقصات الداخلية وربط هذا التخفيض بيد أمر الصرف المختص في حالة الضرورة الملحة⁽³⁾، واشترط المشرع هنا أن يتضمن إعلان المناقصة⁽⁴⁾، في حالة السرعة - عبارة السرعة الكلية - بيد أن لجوء الإدارة إلى السرعة الكلية الذي هو بالأصل طريق استثنائي يجب أن يكون بناء على مذكرة تبريرية من قبل أمر الصرف تتضمن حالات محددة

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 265.

(2) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق ص 449.

(3) المرجع أعلاه، ص 447.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص 512.

بذاتها أما ينبغي عند لجوء الإدارة إلى السرعة الكلية أن تتم إجراءات دراسة العروض بدقة ووضوح وعلى مسؤولية اللجان بما يحقق الغاية من الإعلان بالسرعة الكلية⁽¹⁾.

كما أن يوم الإعلان لا يدخل في مدة المناقصة كما لا يدخل يوم إجرائها ضمن المهل المذكورة⁽²⁾. وهنا يمكن القول أن هذه السلطة التقديرية للإدارة بتقدير حالة الضرورة، من شأنه أن يدفع الإدارة إلى التوسع في تفسير هذه النص. لذا نرى أن من الأفضل لو حدد المشرع حالة الضرورة بشكل واضح ودقيق تقادياً لانحراف الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية. كما حدد المشرع السوري في المادة 9 من قانون العقود 51 لعام 2004 مدة تقديم العروض بحيث تكون نهاية هذه المدة متصلة بالتاريخ الذي يجب أن تتم فيه المناقصة وألزم جهة الإدارة أن تتم المناقصة في اليوم التالي لانتهاء مدة تقديم العروض⁽³⁾. وقد أحسن المشرع في ذلك صنعاً، لأن في ذلك تعزيز واضح للنزاهة في العملية التعاقدية. فلا ينبغي أن تبقى المغلفات التي تحتوي على العروض في حوزة الإدارة طويلاً.

ثانياً: وسائل نشر الإعلان:

يجب أن يتم نشر الإعلان بكافة السبل المتاحة من أجل اعلام ذوي الشأن بأمر العقد المزمع إبرامه، ويتم ذلك عن طريق الصحف الرسمية أو الإعلانات

(1) بلاغ وزارة المالية رقم 1/ب ع 9 تاريخ 2005/1/2. أشار اليه المحامي صبحي سلوم في

موسوعة العقود. الجزء الأول، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 2006، ص 204

(2) الفقرة [د] من المادة [9] من القانون رقم [51] لعام 2004.

(3) الفقرة [هـ] من المادة [9] من القانون رقم [51] لعام 2004.

الرسمية أو الإذاعة والتلفزيون أو جميعها سوية وحديثاً يمكن أن يتم نشر الإعلان عن طريق الشبكة العنكبوتية (الانترنت)⁽¹⁾.

ففي فرنسا مثلاً لا بد من حيث المبدأ أن ينشر الإعلان في النشرة الرسمية إعلانات المناقصة وتملك الإدارة سلطة تقديرية في نشر الإعلان في أي نشرة إعلان أخرى مرخص لها، إما في مصر يشترط القانون رقم 89 لعام 1998 أن يتم الإعلان مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار كما خول المشرع المصري الإدارة الإعلان في وسائل الإعلان واسعة الانتشار تبعاً لأهمية وقيمة التعاقد⁽²⁾، وقد يكون الإعلان بخطابات مصحوبة بعلم الوصول كما هو الحال في بعض العقود الإدارية مثل الممارسة (طلب العروض). واشترط القانون المصري أن يتم الإعلان باللغة العربية وفي حال كانت المناقصة خارجية فيجب أن يكون الإعلان باللغتين العربية والانجليزية. وفي سورية قد حدد القانون رقم |50| لعام 2004 في مادته رقم 50، وسائل معينة لنشر الإعلان وفق ما يلي:

حيث يتم النشر بالصحف الرسمية ويكفي النشر لمرة واحدة وفي صحيفة واحدة مع منح الإدارة سلطة تقديرية في عدد مرات النشر وعدد الصحف وفقاً لأهمية المناقصة حيث جاء في رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة عام 1974⁽³⁾، ما يلي:

(يعود للجهات الإدارية عند رغبتها بالإعلان عن مناقصاتها تقدير عدد الصحف التي يتم النشر فيها وتحديد مميزاتها تبعاً لأهمية العقود المقبلة على

(1) د. عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الانشائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008، ص 591.

(2) د. شاب توما منصور، القانون الإداري، جامعة بغداد. 1980 ص 269 وما بعدها.

(3) اجتهاد مجلس الدولة السوري رقم 667 لعام 1974 أشار اليه المحامي صبحي سلوم في موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 234.

إبرامها على أن لا يقل تقديرها على الحد الأدنى الذي يوجه القانون به لصحة إجراءات المناقصة وسائر وسائل الإعلام الأخرى)، إلا أن المشرع ربط هذا الإجراء من عدمه بتقدير الوزير المختص⁽¹⁾، كما خول الإدارة أن تنشر الإعلان في المؤسسة العربية للإعلان حرصاً من أن تصل إلى أكبر عدد ممكن من الراغبين بالتعاقد والمقصود هنا بنشرة الإعلانات الرسمية تلك التي تصدرها المؤسسة العربية للإعلان⁽²⁾، وتتضمن نوعاً من البانوراما الشاملة لجميع الإعلانات الصادرة عن الجهات الإدارية المختلفة في سورية لإجراء المناقصات العامة والمزايدات العامة وشدد بلاغ مجلس الوزراء⁽³⁾، على عدم قبول عروض المتعهدين شكلاً ما لم يقدموا ما يشعر باشتراكهم في نشرة الإعلانات الرسمية، ولاشك أن هذا التشدد قد تنعكس آثاره سلباً على الإدارة، فربما كان هناك عرض محتوياً ما يلائم الإدارة ومصلحتها المالية والفنية، والأفضل أن يمنح العارض مهلة من أجل تقديم هذه الوثيقة وهناك وسائل أقل أهمية كالنشر عن طريق لصق نسخة من الإعلان في لوحة إعلانات الإدارة المختصة كما يتم إرساله إلى كافة المحافظات ليصار إلى نشره عن طريق الإلصاق⁽⁴⁾، في بهو المحافظة والإذاعة والتلفزيون وفي حال كانت المناقصة خارجية فيجب النشر في مجلات وصحف تصدر خارج سورية بشرط أن تكون واسعة الانتشار حفاظاً على المال العام، وأن يصل نبأ العقد الإداري إلى الراغبين بالتعاقد، كما يشترط أن تتماشى الصحيفة مع السياسة الوطنية للقطر

(1) سعيد نحيلي، د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص78.

(2) المرجع أعلاه، ص78.

(3) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 250/ب-1278 تاريخ 10-7-1995. أشار إليه المحامي

صبحي سلوم في موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 245.

(4) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص555.

ومن الجدير بالذكر أن بلاغ مجلس الوزراء قد طلب من اللجنة العامة أن تتوخى الدقة في معرفة إذا كانت الصحيفة واسعة الانتشار أم لا⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الشروط القانونية المتعلقة بتقديم العروض

بعد الإعلان عن الرغبة بالتعاقد من قبل الجهة الإدارية يصبح للأفراد الحق في تقديم عروضهم، ولا يجوز للإدارة حرمان أحد من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العقد عليه استناداً إلى مبدأ حرية المنافسة بل ينبغي أن تمكن الإدارة كل راغب بالتعاقد في أي ييدي رغبته في التعاقد⁽²⁾، فلا يحرم أي شخص من هذا الحق إلا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بيد أن هذا المبدأ لا يعني أبداً انعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية المتقدمين وقدرتهم في ضوء مقتضيات المصلحة العامة، بمعنى أن الإدارة ملزمة باحترام شروط ومواعيد التقدم للتعاقد، ولا يحق لها التمييز بين راغب وآخر، طبقاً لمبدأ المساواة بين المتنافسين، فشروط تقديم العرض وشروط قبوله تنطبق على الجميع دون استثناء ولكن تملك الإدارة سلطة تقديرية في استبعاد العرض الذي لا يتفق والشروط المطلوبة، أو المصلحة العامة، وبناء عليه سوف نحدد الشروط المطلوبة في الراغبين بالتعاقد أولاً ثم نبين كيفية تقديم العرض وشروطه.

(1) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 124/ب-2002 تاريخ 16-5-1994. أشار اليه المحامي

صبحي سلوم في موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 246.

(2) سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، 2007، ص 90.

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها في الراغبين بالتعاقد

تخضع عملية التعاقد الإداري إلى عدد من القيود ذات الطبيعة القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام، وأن الراغب بالتعاقد لابد أن تتوافر فيه شروطاً معينة يحددها القانون أو تقررها الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية والتي تضيفه في الشروط الواردة في الإعلان ومن هذه الشروط:

1- أن لا يكون موظفاً عاماً: تباشر الإدارة مهماتها وأنشطتها بواسطة أشخاص طبيعيين يعملون باسمها ولحسابها ويتم تنظيم مراكزهم القانونية بواسطة قواعد الوظيفة العامة، وتولي بعض القوانين الموظف العمومي أهمية كبرى لأن نجاح الإدارة في أداء وظائفها وخدمتها للجمهور يتوقف على جهود الموظف ونشاطه، فضلاً عن الإخلاص الوظيفي وخبرته خدمة للمصلحة العامة⁽¹⁾. فهو يعد أداة الدولة في تنفيذ برامجها وخططها في مختلف مجالات وشؤون الحياة.

وتتجه معظم التشريعات ومنها المشرع السوري إلى منع الموظف العام من التعاقد مع الإدارة⁽²⁾، بسبب مكانه ودوره في تحقيق أهدافها وتأمين المصلحة العامة ولأن النشاط المادي يؤدي إلى انشغال الموظف بأنشطة لها مردود سيكون ذا أثر سلبي على أداءه الوظيفي، إذ على الموظف أن يحفظ هذه المكانة من خلال أداء الواجب وحفظ الوظيفة باعتبارها أمانة مقدسة. كما أن الجمع بين صفة المتعاقد مع الإدارة والموظف العام قد يكون في غير

(1) د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، بغداد. 2004، ص102.

(2) البند 5 من الفقرة 1 من المادة 11، القانون رقم 51 لعام 2004 الخاص بنظام العقود للجهات العامة في سوريا.

صالح المرفق العام كونه على علم بأمور الإدارة ومطلعاً على طرقها وأساليبها في العمل وهذا في حد ذاته من شأنه أن يحقق نوعاً من التفضيل له على حساب بقية الراغبين بالتعاقد.

ففي فرنسا مثلاً ترى المشرع قد تدخل لمعالجة مسألة الجمع بين صفة عامل الإدارة وصفة المتعاقد معها على عدة مستويات تشريعية، فعلى المستوى القانون الجزائي، جعل من الجمع بين الصفتين يشكل جرم المحاباة المنصوص عليه في المادة 14/432 من قانون العقوبات الحالي لعام 1993 فقد منعت كل موظف أو مأمور أو عامل إداري من أن يتدخل بأي شكل كان في نطاق أي عملية إدارية ومن بينها العقود التي تبرمها الإدارة وعلى مستوى قانون البلديات، يستحيل على عضو المجلس البلدي أن يجمع بين صفة عضوية المجلس البلدي وصفة المتعاقد، لأن القانون يقضي ببطلان العقد الذي تبرمه المجالس المحلية إذا كان ذلك العضو معنيا بالعقد، أو أن له مصلحة فيه أو شارك في المداولة المتعلقة بإبرامه. أما قانون الوظيفة العامة الفرنسي الصادر في 1983/7/13 فإن المادة 25 منه، تلزم الموظف أن يكرس كل نشاطه المهني لتنفيذ المهام التي أوكلت إليه ويحظر عليه أن يجمع بين أكثر من استخدام عام⁽¹⁾، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد مد نطاق تطبيقها ليشمل أيضاً العاملين في التنظيمات الصناعية وحتى التنظيمات المرتبطة مالياً بالدولة، وكانت المادة الثامنة من المرسوم رقم 244 الصادر في 1992 /2/3

(1) الاستخدام العام (هو كل عمل يكون مأجور من موازنات الدولة) انظر، د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 231.

قد حظرت على الموظف العام بالذات أو بالواسطة الدخول في المناقصات في دائرة اختصاصهم⁽¹⁾.

وفي مصر فإن قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية قد أوردت أحكاما صريحة بموجبها يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون الدخول بالذات أو بالواسطة في المناقصات والمزايدات العامة إلا إذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات أخرى غير جهة عملهم ولا تخضع لإشراف هذه الجهة. كما حظرت المادة 92 من قانون نظام الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 المعدل التعاقد بالذات أو بالواسطة بين الوحدة المحلية وأي عضو في مجلسها الشعبي المحلي إلا أنها قد أعطت لهذه المجالس سلطة تقديرية بعض الشيء، وذلك إذ أجازت ذلك في حالة الضرورة سيما إذا وجدت مصلحة محققة للوحدة المحلية شريطة موافقة أغلبية أعضاء المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص.

وبموجب الدستور النافذ فإن هذا الحظر يمتد ليشمل أعضاء مجلس الشعب والشورى التقدم إلى التعاقد مع الدولة وأن هذا الحظر مفروض طوال مدة عضويتهم بالمجلسين فقط بيد أنه بعد انتهاء مدة العضوية يحق لهم التعاقد والقيام بكافة التصرفات التي تحق للأفراد⁽²⁾.

(1) نصت المادة 72 من قانون موظف الدولة الفرنسي عام 1984 والمادة 175 من قانون العقوبات الفرنسي على الحبس لمدة ستة أشهر لكل موظف أو مكلف بخدمة عامة مارس بشكل مباشر أو غير مباشر نشاط يهدف إلى تحقيق منافع شخصية عن طريق المناقصات العامة.

(2) الدستور المصري النافذ لعام 2014. أشار إليه وليد رمضان عبد التواب في الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 350

كما أن الحظر بالجمع بين صفة الموظف وصفة المتعاقد مع الإدارة قد شمل الوزراء وذلك بمقتضى المادة 166 من الدستور المصري⁽¹⁾، التي نصت على أنه لا يجوز للوزير في أثناء تولي منصبه أن يزاول مهنة حرة أو عملاً تجارياً أو مالياً أو صناعياً.

وفي سورية فقد نص المشرع السوري صراحة على منع الجمع بين الموظف العمومي والتعاقد مع الإدارة حيث حظرت المادة 64 من القانون الأساسي للعاملين⁽²⁾، بالدولة على العامل بالدولة ما يلي:

1- إن يشترك في المضاربات المالية أو أن يمارس أي عمل من الأعمال التجارية.

2- أن يدخل في التعهدات والمناقصات بنفسه أو بالواسطة في أثناء وجوده في عمله وذلك بالنسبة لكل تعهدات أو مناقصات إدارات الدولة ويستمر هذا الحظر سارياً بعد تركه الخدمة ولأي سبب كان ولمدة خمس سنوات بالنسبة للتعهدات والمناقصات التي تجري في الجهة العامة الي كان فيها عند تركه للخدمة.

وقد أكد البند 5 من المادة 11 من القانون 51 لعام 2004 الناظم للعقود على هذا الحظر حيث اشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة أن لا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة⁽³⁾.

وإن كلمة العاملين لا تنصرف إلى فئات الموظفين والمستخدمين والعامل في الجهة العامة فحسب، وإنما يتسع نطاقها حتى تشمل كل من له موقع من

(1) الدستور المصري النافذ لعام 2014. أشار اليه وليد رمضان عبد التواب في الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 350.

(2) الفقرة 3 و4 من المادة 64 من قانون العاملين الأساسي في سورية لعام 2004.

(3) سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 102.

مواقع المسؤولية يمارس فيه نشاطاً لصالح جهة من الجهات العامة سواء أكان وجوده في ذلك الموقع عن طريق الانتخاب أو التسمية أو التعيين⁽¹⁾.

كما جرى التشريع على عدم جواز اشتراك العاملين في الجهات العامة في كافة المزايدات والمناقصات التي تجريها الإدارة سواء أكانت تلك التي تقع ضمن دائرة عمل الموظف أم في سواها من الدوائر.

ومن المفيد القول أن منع الموظف العام من التعاقد مع الإدارة جاء بنصوص تشريعية صريحة، لا تملك فيه الإدارة أي سلطة تقديرية في تقدير المنع من عدمه ولا يخل هذا المنع بأي حال من الأحوال بمبدأ حرية المنافسة، بل على العكس فهذا التنظيم تقتضيه الضرورات المالية والمصلحة العامة لعملية التعاقد مع الإدارة.

بيد أننا نرى أنه من المستحسن أن يسلك المشرع السوري الدرب الذي سلكه المشرع المصري عندما منح الإدارة سلطة تقديرية في السماح للموظفين بالتعاقد مع الإدارة إذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات أخرى غير جهة عملهم ولا تخضع لإشراف هذه الجهة تضاف للتوصيات.

ثانياً: أن لا يكون مفلساً:

عندما تتعاقد الإدارة مع الغير فإنها تأخذ بعين الاعتبار الملاءة المالية لمقدم العرض الراغب بالتعاقد كي تضمن الإدارة حسن تنفيذ العقد. وبالتالي فإذا كان المركز المالي للعارض سيئ، فإن من شأن ذلك أن يعطل تنفيذ العقد فيما بعد كما هو الحال في حالة الإفلاس أو الإعسار، فمن الواجب أن تمتنع عن التعاقد معه وإبعاده عن المناقصة للأسباب ذاتها والتي تتمثل بعدم القدرة على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية بسبب عدم كفاءتهم المالية.

(1) سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 102.

ففي فرنسا فإن مجلس الدولة قد اعتمد تجاه حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، مبدأ الرجوع إلى دفاتر الشروط العامة فإذا كانت هذه الدفاتر لا تتضمن نص يمنع دخول العارض المفلس أو المعسر أو يمنع لاستمرار بالتعاقد معه⁽¹⁾، فإنه يطبق قاعدة مقتضاها ألا يؤدي الإفلاس أو الإعسار ذاته إلى إنهاء العقد بل يمنح الإدارة الخيار بين الاستمرار والفسخ إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك⁽²⁾. وبالرجوع إلى نص (م37) من دفتري الشروط والالتزامات الفرنسي المتعلق بالطرق والجسور، نجد أنها تنص على أنه في حال إعلان إفلاس المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد يتم فسخ العقد بقوة القانون مالم تمنح المحكمة من أعلن إفلاسه الأذن لمتابعة تنفيذ العقد⁽³⁾، وبالتالي فإن السلطة لإدارة مقيدة بشكل عام أمام حالة الإفلاس إذا نصت دفاتر الشروط على منع التعاقد والاستمرار بالتعاقد، بيد أن الإدارة تملك سلطة تقديرية إذا أعلن الإفلاس بعد التعاقد معه أي خلال مرحلة التنفيذ إذا لم تنص دفاتر الشروط على منع أو فسخ التعاقد.

وأما في مصر فإن قانون تنظيم المناقصات رقم (9) لسنة 1982 نص في المادة 27 على ما يلي: (يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره) وهذا ما أكدته لنا الفقرة (24) من قانون تنظيم المناقصات المصري رقم 89 لسنة 1998 على ذلك من خلال نصها (إذا أفلس المتعاقد أو أعسر يشطب المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند من سجل الموردين أو المقاولين وتتنظر الهيئة العامة للخدمات بذلك لنشر قرار

(1) سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق 2007، ص124.

(1) إبراهيم طه الفياض، نظرية العقود الإدارية وتطبيقها في القانون الكويتي، ص238.

(2) foudat AI-Attav-Iemarehed travaux publics these Paris، 1964.

نقلاً عن رسالة الماجستير أحمد خورشيد المقر جي سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، جامعة القاهرة، 2002، ص 206

الشطب بطريقة النشرات المحلية، ويتم بناءً على طلب المتعاقد الذي شطب اسمه من سجل الموردين والمقاولين إعادته إذا انتهى سبب الشطب أو بصدور حكم نهائي ببراءته مما نسب إليه، على أن يعرض قرار إعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية للنشر بطريق النشرات المحلية⁽¹⁾، وعليه فإننا نجد أن المشرع المصري اتخذ موقفاً متشدداً اتجاه المتعاقدين المفلسين أو المعسرين خلافاً لما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي الذي فيه المرونة تجاه متعاقدي الإدارة المفلسين لتقدير أوضاعهم المالية.

وفي سورية لا يوجد نص صريح يحكم منع المفلس أو المعسر من التقدم للتعاقد مع الإدارة بيد أننا نستنتج من نص البند /2/ من الفقرة أ من المادة /11/: أن المشرع قد ركز على موضوع الملاءة المالية لمقدم العطاء عندما الزمه بتقديم صورة عن السجل التجاري إذ أن الغاية من ذلك التعرف على الوضع المالي لمقدم العطاء ونرى هنا أن من الأفضل أن ينص المشرع على ذلك صراحة بإدراج نص يمنع المفلس أو المعسر من التعاقد وتترك للإدارة الاختيار في حال الإفلاس في أثناء التعاقد كما هو الحال في فرنسا.

ثالثاً: أن يكون متمتع بالأهلية القانونية:

يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة للتعاقد سواء أكان المتعاقد شخصاً طبيعياً أو معنوياً أي أن يكون قادراً على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات في مواجهة الإدارة، وبالتالي لا تملك الإدارة سلطة تقديرية في أن تقبل اشتراك فاقد الأهلية أو ناقصها في التعاقد معها⁽²⁾، وذلك لأن التراضي - وإن لم يكن داخلاً في ماهية الأهلية - مرتبط ارتباطاً وثيقاً بما تفرضه الأهلية من ملكات يجب توافرها للقول بصحة التعبير عن

(3) الفقرة إب| (من المادة |4| من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

(2) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 407.

الإرادة⁽¹⁾، وليصبح الشخص قادراً على تلقي الحقوق والالتزامات في مواجهة الإدارة وبالنسبة للشخص المعنوي بشرط أن يكون ممثله مؤهلاً قانونياً لهذا التمثيل ويجب على من يتولى مسؤولية تمثيل الشخص المعنوي أن يبرز الوثائق التي تثبت مشروعية تمثيله إذ أن مجلس الدولة الفرنسي أنهى إلى أنه إذا تم قبول الشخص الطبيعي، الذي من المفترض أنه ممثل عن الشخص المعنوي في المنافسة على الرغم من عدم إبرازه الوثائق المطلوبة قانوناً لذلك فإن هذا القبول ينصرف إلى الشخص الطبيعي لا إلى الشخص المعنوي الذي يمثله، أما الأشخاص المعنوية الخاصة فإذا أرادت التقدم للتعاقد فعليها تقديم ما يثبت وجودها القانوني وذلك بالنسبة للحاضر والمستقبل على السواء أي طوال مدة عقد التأسيس.

وقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى بطلان العقد إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً خاصاً لم يؤسس وفقاً للمقتضيات القانونية المتعلقة بذلك، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية قرار اعتماد حراسة ومراقبة العربات في محطات الوقوف، لأن الإدارة لم تراعي الشكليات المنصوص عليه في القانون والمتعلقة بضرورة تسجيل العقد التأسيسي للشركة وإيداعه لدى الجهة المختصة بيد أن القضاء الإداري الفرنسي يبدي بعض المرونة في هذا المجال حيث أجاز إمكانية التعاقد مع شركة كانت في طور التكوين عند تقديمها لعروضها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أمر بالغ الأهمية في هذا المجال وهو المتعلق بتقدير أهلية المتعاقدين للمرشحين، إذ أن ذلك مسألة أولية من اختصاص القاضي المدني في حال نشب أي خلاف حول هذا الموضوع.

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 599.

رابعاً: أن يكون من المواطنين:

إن الفارق بين المواطن والأجنبي يترتب عليه دائماً اختلاف في المركز القانوني لذلك سارت معظم التشريعات في الماضي في منحى تفضيل المواطنين على الأجانب في إطار المنافسة على التعاقد مع الإدارة، إذ يستبعد الأجنبي من نطاقها بسبب جنسيته الأجنبية بغض النظر عن مؤهلاته الفنية وملاءمته المالية وهذا ما عرف اصطلاحاً باسم الشرط التفضيلي⁽¹⁾.

بيد أن الوضع في فرنسا بات مختلفاً في ظل معاهدة روما لعام 1975 التي أدت إلى ظهور السوق الأوروبية المشتركة إذ بات شرط الجنسية شرطاً مخالفاً للمعاهدة ومنعت المعاهدة أي تمييز بسبب الجنسية في نطاق العمليات التجارية وبعد وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن الأجانب المقيمين في فرنسا يملكون ذات الحقوق الدستورية التي يملكها المواطنون، أما الفقه فقد اندفع إلى القول بأن استبعاد الأجانب من غير رعايا الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي من نطاق المنافسة، على عقود الدولة يكون مخالفاً لمبدأ المساواة الدستوري².

وفي مصر فإن المشرع المصري قد تطرق إلى شرط الجنسية ولكنه اشترط في المادة 61 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، أن يكون مقدم العطاء مقيماً في مصر أو أن يكون له وكيل وألا ينبغي عليه أن يبين في عطائه الوكيل المعتمد عنه في مصر فيما لو رست عليه المناقصة. أما في سورية، فإن القانون رقم 51 لعام 2004 الخاص بنظام العقود الموحد لم يشترط أن يكون الراغب بالتعاقد من المتمتعين بالجنسية العربية

(1) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق،

ص260.

² المرجع أعلاه، ص، 260.

السورية⁽¹⁾، وبالتالي فإن الإدارة حرة في قبول الأجانب في المناقصات، وبالتالي فهي تملك سلطة تقديرية في قبول أو رفض الأجانب من التقدم إلى التعاقد معها. بيد أن المشرع ألزم الإدارة عند قبول الأجانب مراعاة بعض الإجراءات حيث يتحتم على هذه الجهات المختصة قبل إتمام التعاقد أن تستعلم عن الشركات الأجنبية التي تريد التعاقد معها كما يتوجب على الإدارة دراسة الآثار القضائية التي قد تنتج في حال عدم قيام الشركة أو الشركات الأجنبية المتعاهدة بتنفيذ التزاماتها وكذلك الاتفاقيات القضائية المبرمة مع البلد التي تحمل هذه الشركات جنسيته وغيرها من الشروط⁽²⁾. إلا أننا ليس مع هذا الاتجاه وكان من الأفضل لو أن المشرع حافظ على الاتجاه القديم من نص المادة 11 من المرسوم التشريعي 1969/228 والتي تشترط أن فيمن يود الاشتراك في المناقصة: (أن يكون عربياً سورياً أو فلسطينياً أو من رعايا دول جامعة الدول العربية)، كما ومنحت المادة نفسه سلطة تقديرية في السماح للعارض الأجنبي بالتقدم للمناقصات الخارجية⁽³⁾.

خامساً: أن يكون حسن السيرة والسلوك:

لا يستقيم الأمر وليس من مصلحة الإدارة التي تقوم بتسيير المرافق العامة وتوزيع النفع العام أن تتعاقد مع شخص مشبوه أو ذو سوابق جنائية فقد جرى العرف الإداري في فرنسا على اخراج شهادة (صحيفة سوابق) من العمدة، حسب العائدية والاختصاص⁽⁴⁾، كما عد مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل شرط التمتع بالشرف المدني مشروعاً ودعم قانون العقوبات الفرنسي الجديد النافذ في عام 1993 هذا الوضع ونص في أكثر من مادة على استبعاد من

(1) الفقرة أ من المادة 1 من القانون رقم 51 لعام 2004.

(2) سعيد النحيلي، د. عبيسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 127.

(3) البند 11 من المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 228 لعام 1969.

(4) Rivero.T.et Waliine.J.Droit administrative,paris, ed 14, p.107.

يرتكب بعض الجرائم من دخول المنافسة على عقود الإدارة وفقاً لمنطوق الحكم الجنائي الذي تقررت العقوبة الأصلية والتكميلية على أساسه وذات الوضع ينطبق في مصر إذ نصت المادة 25 من قانون العقوبات المصري لسنة 1937 المعدل أن كل حكم بعقوبة جنائية، يستلزم حكماً بحرمان المحكوم عليه من القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة فيحرم المحكوم عليه بعقوبة جنائية من التعاقد ومن ثم لا يقبل عرضه⁽¹⁾.

أما في سورية فقد اشترط المشرع في المادة /11/ القانون 51 لعام 2004 على من يود الاشتراك بالمناقصة أن لا يكون محكوماً بجناية أو جنحة شائنة ما لم يرد إليه اعتباره.

وهكذا نجد أن سلطة الإدارة حيال هذا الشرط مقيدة ولا تملك في أي حال في الأحوال أن تتجاوز هذا الشرط أو تستغني عنه أو أن تقبل أي عارض محكوم بجرم شائن أو جنحة شائنة.

سادساً: أن يثبت كفاءته الفنية:

لا يجوز للإدارة التعاقد مع أشخاص طبيعيين أو معنويين من الذين قرر إدراج أسمائهم في القائمة السوداء لإخلالهم بتنفيذ التزاماتهم أو تقديم معلومات غير صحيحة بغية حصولهم على أحد العقود العامة، وبالتالي فإن سلطة الإدارة مقيدة في هذه الحالة ولذلك تمنع دخول هؤلاء الأشخاص إلى المناقصة بسبب إخلالهم بتنفيذ التزاماتهم مع الوزارات والجهات العامة الأخرى⁽²⁾ وقد أكد القانون الفرنسي على هذا الاختصاص الإداري في منح الوزراء صلاحية إعداد قوائم

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، القاهرة، 2000، ص 499.

(2) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 251.

سرية بأسماء المقاولين شركات أو أفراد قد قاموا بالتنفيذ المعيب للأعمال وهنا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في معرض إصدارها لقرار الاستبعاد العام ويترجم الاستبعاد في سورية تحت صيغة الحرمان من التعاقد حيث تشترط المادة 11 في الفقرة (أ) ألا يكون محروماً من الدخول في المناقصات أو التعاقد مع الجهات العامة أو محجوزاً على أمواله جزئاً احتياطياً أو جزئاً تنفيذياً لصالح الجهات العامة.

ويجب أن يكون لدى الراغب بالتعاقد أعمال سابقة مشابهة لنوع الأعمال المطروحة في إعلان التعاقد وهذا الشرط يستخلص من خلال الصلة الوثيقة بين العقود الإدارية والمصلحة العامة التي تجعل من واجب الإدارة التأكد مقدماً من صلاحيات المتقدمين للتعاقد، حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة.

بيد أن ذلك لا يعني انعدام سلطة الإدارة التقديرية، حيث تملك الإدارة صلاحية تقدير كفاءة العارضين على ضوء مقتضيات المصلحة العامة فلها في سبيل ذلك حق تقرير حرمان الأفراد من الدخول في التعاقد حتى ولو توافرت في عروضهم الشروط القانونية⁽¹⁾، إذا كان لهذا الحرمان سنده في القانون أو الواقع وهذا الحرمان قد يكون جزائياً أو وقائياً والحرمان الجزائي يصدر من الإدارة بمنع الشخص من التعاقد مع الجهات العامة وسنده أما أن يكون عقوبة أصلية أو فرعية أو نتيجة لأخطاء ارتكبها هذا الشخص في تعاقدات سابقة مع الإدارة كما لو أخل بالتزامات تعاقدية أما الحرمان الوقائي فإن الإدارة فيه تقوم بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان شخص من التقدم إلى التعاقد مع الجهات العامة وبهذا يختلف عن الحرمان الجزائي، كون الأخير يكون بمثابة عقوبة تنقرر بنص القانون حين يخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية

(1) د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، 1988، ص45.

في حين أن الحرمان الوقائي يكون مجرد قرار إداري تقرر فيه الإدارة بمطلق سلطتها التقديرية حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بما يجتمع لها من تقدير عام عن عدم كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما وذلك كإجراء وقائي تمليه غير الإدارة توكيلاً لتلك المصلحة العامة وحدها⁽¹⁾.

والحرمان الوقائي قد يكون بنص القانون كإجراء يقتضيه الصالح العام وسير المرفق العام وحسن تنفيذ العقد، وذلك إذا ما وجد الشخص في حالة لا تجوز معه التعاقد معه كان يكون موظفاً عمومياً يتمتع على الإدارة بموجب القانون أن تتعاقد معه وقد يكون الحرمان الوقائي بموجب السلطة التقديرية للإدارة والحرمان بنوعيه إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات وبذات الوقت إجراء عام يسري على كافة التعاقدات مع الإدارة وقد يكون لمدة معينة وقد يكون بدون تحديد المدة ويعد الحرمان، من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تكوين العقد إذ يخولها سلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الخاص⁽²⁾، ولا تيسر مباشرتها إلا لها وحدها والطبيعة التقديرية لقرار الإدارة بالحرمان الوقائي مستقرة في أحكام القضائية فمجلس الدولة الفرنسي قضى بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدار قرار الحرمان الوقائي وأنه لا يجوز في هذه الحالة التعقيب على قرار الحرمان إلا إذا كان مشوباً بعبء إساءة استعمال السلطة أو انعدام الأسباب وأنها تتمتع بهذه السلطة بشكل واسع عندما تقرر الاستبعاد العام لنقص أهلية المتعاقد وذلك دون أن تلتزم بتسبب قراراتها في هذا الشأن شريطة

(1) د. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مجلة الحقوق، الصادرة عن جامعة الكويت العدد 3، 1986، ص123.

(2) د. ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، 1980، ص120.

أن لا يكون القرار مشوباً بالانحراف في السلطة، كونه من القرارات الخطيرة، فيجب أن لا تتخذ في سبيل تحقيق غاية أخرى غير مصلحة المرفق المعني.

والجدير بالملاحظة أن الإدارة في فرنسا وبعد صدور قانون 11 تموز 1979 المتعلق بتسبيب القرارات الإدارية خاصة بعد صدور منشور رئيس الوزراء في 31/8/1979 الذي حدد القرارات الإدارية الواجبة التسبيب ومنشور 10/1/1980 ومنشور 28/9/1979 والأخير تعلق بتسبيب الأعمال الإدارية أصبحت الإدارات ملزمة بتسبيب أغلب الجزاءات التي توقعها على المتعاقد معها ومن ثم فإن دور القاضي فيه حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحده في ذلك إلا عيب استعمال السلطة.

سابعاً: أن تتوافر في المتقدم الشروط الواردة في الإعلان:

هذا الشرط خاص بالمناقصات المحدودة (المحصورة) وهي تلك المناقصات المقصورة على فئات معينة أو أفراد معينين وبالتالي تكون المنافسة بين من لهم حق الاشتراك فيه دون غيرهم⁽¹⁾، ويمكن أن تكون عملية الدخول في المناقصة محدودة إذا تعلق ذلك بالأمن الوطني⁽²⁾، أو محلية عندما توجه فيه الدعوة إلى أكبر عدد من العارضين المحليين الذين يقع نشاطهم داخل نطاق المحافظة التي يقع في دائرتها موضوع العقد المزمع إبرامه⁽³⁾.

(1) د. محمد سعيد أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة 1992، ص 254.

(2) د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، القاهرة، 1994، ص 153.

(3) مادة 125 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لعام 1998.

ثامناً: قيود ذات طبيعة سياسية:

ونجد مثاله في الوطن العربي حيث إن الصراع العربي الإسرائيلي أدى إلى مواجهة هذا العدو بكافة السبل ومنها العقوبات الاقتصادية حيث أن مجلس جامعة الدول العربية اقر مشروع القانون العربي الذي يتضمن مقاطعة إسرائيل وقد نص في المادة الأولى على الحظر وذلك بعدم التعامل مع أي جهة لها تعاملات مع إسرائيل وجاء هذا النص واضح وصريح كما أن المشرع المصري نص في المادة 42 من اللائحة المنظمة لإجراءات المناقصات الملغاة على وجوب عدم التعاقد مع من يتعامل مع اسرائيل وللتأكد من هذا يجب على الشركات أو الأفراد المتقدمين للتعاقد أن يتقدموا بتعهد يتضمن عدم وجود أي تعامل مع إسرائيل وبعد الصلح مع إسرائيل قام المشرع المصري بإصدار القانون رقم 66 لسنة 1980 والذي ألغى بموجبه القوانين المتعلقة بمقاطعة إسرائيل وبالتالي رفع الحظر الذي كان موجود سابقاً.

وفي سورية فقد اشترط المشرع في المادة 11 من القانون 51 لسنة 2004 على من يرغب بالاشتراك بالمناقصة ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو هيئة فيها وأن لا يكون طرفاً في أي عقد للصنع أو التجميع أو الترخيص أو المساعدة الفنية، مع أي مؤسسة أو هيئة أو شخص في إسرائيل، بشخصه أو عن طريق وسيط، ولا يساهم بأي شكل من الأشكال في دعم اسرائيل وذلك من خلال إقرار يقدمه الراغب بالتعاقد يفيد فيه به بأن لا يتعامل بأي شكل كان مع إسرائيل تحت طائلة استبعاد العرض الذي تقدم به.

ومما تقدم نجد أن المشرع تشدد في هذا الشرط وإن أي مخالفة أو تقصير يحمل مرتكبه أقصى العقوبات وبالتالي لا تستطيع الإدارة المعنية بالتعاقد أن تقبل أي فرد أو شركة لا يحقق هذا الشرط ولا تملك أدنى سلطة تقديرية في هذه الحالة بتاتاً.

وبعد أن انتهينا من البحث في الشروط التي يجب توافرها في العارض ومدى السلطة التقديرية التي تملكه الإدارة في هذا المجال في الفرع الاول ننقل للفرع الثاني والمخصص للبحث في الشروط والواجب توافرها في العرض ومدى سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال.

الفرع الثاني

شروط قبول العرض

إذا كان الإعلان عن التعاقد يعني توجيه الدعوة إلى العامة من جانب الجهة الإدارية إلى إبرام أحد العقود وفقاً للشروط التي تضمنتها هذه الدعوة وفقاً للشروط التي وضعتها وذلك خلال مدة زمنية محددة فبعد أن تعلن جهة الإدارة عن رغبتها بالتعاقد تقوم باستلام العروض المقدمة من الراغبين في التعاقد ومن هذه الشروط:

أولاً: أن يقدم العرض إلى الجهة المعنية وضمن المدة المحددة:

بعد الإعلان عن الرغبة بالتعاقد مباشرة تكون هناك مدة محددة قانوناً من أجل أن يتقدم خلالها الراغبين بالتعاقد إلى الجهة المختصة صاحبة العلاقة بإبرام العقد المعلن عنه، من أجل تحقيق الهدف الذي من أجله تم تقديم العرض وبالتالي فإن تقديمه إلى جهة مغايرة سيفقد العرض قيمته ولا ينتج أي آثار قانونية لطرفي العلاقة⁽¹⁾، وعادة ما يتم تحديد الجهة من خلال الإعلان الذي يشار فيه إلى مكان إيداع العروض.

ففي فرنسا تقدم العروض أما عن طريق البريد برسالة موصى عليها مع اشعار بالاستلام البريدي، أو عن طرق تقديمها إلى الإدارة المعنية مباشرة عند

(1) د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 80.

انعقاد المجلس العام للمناقصة⁽¹⁾ وتملك الإدارة سلطة تقديرية في السماح للعارض باستعمال وسيلة أخرى لإيداع عرضه غير تلك المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية الخاصة⁽²⁾.

وينبغي أن تقدم العروض خلال مدة لا تقل عن ستة وثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إرسال الإعلان للنشر وتملك الإدارة سلطة تقديرية في تخفيض هذه المدة إلى خمسة عشر يوماً في حال الاستعجال غير الناتجة عن فعل الإدارة كما قد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية إجراءات التعاقد المتخذة من جانب المحافظ بسبب قبول هذا الأخير لعرض متأخر عن الميعاد المحدد لاستلام العروض إلا أن المجلس أجاز قبول العرض المتأخر تأخيراً طفيفاً وذلك شريطة ألا يؤثر التأخير في سير العملية التعاقدية وأن توجد ظروف استثنائية قد دفعت إليه وان لا يخل مبدأ المساواة بين المتنافسين.

وفي مصر نص القانون على ما يلي⁽³⁾: (يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة في ميعاد غايته الساعة الثانية عشر من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية)، وكما يجب على العارض أن يقدم عرضه خلال المدة المحددة من خلال ضرورة مضي 30 يوم من تاريخ الإعلان في الصحف اليومية⁽⁴⁾ ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن 20 يوماً.

أما في سورية فقد نص القانون على وجوب تقديم العروض مباشرة إلى الجهة المحددة في الإعلان أو ترسل إليها في البريد المضمون على أن تصل

(1) المادة /87/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي، أشار إليها د. مهند نوح في رسالته الإيجاب والقبول، ص 450.

(2) محمد نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 355.

(3) المادة 63 من القانون 89 لعام 1998.

(4) المادة 14 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لعام 1998.

وتسجل في ديوانها قبل نهاية الدوام الرسمي من اليوم المحدد لانتهاؤ موعد تقديم العروض⁽¹⁾، وهذه المدة ينبغي أن لا تقل عن خمسة عشر يوماً في المناقصات الداخلية وهمسين يوماً بالنسبة للمناقصات الخارجية إلا أن المشرع منح الإدارة سلطة تقديرية في إنقاص هذه المدة إلى خمسة أيام في المناقصات الداخلية وخمسة وعشرين يوماً في المناقصات الخارجية⁽²⁾، ومن الجدير بالذكر أن المشرع السوري قد رتب على عدم تقديم العرض في الموعد المحدد رفض العرض⁽³⁾.

ونحن نرى أن السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة إلى أنقاص هذه المدة في المناقصة الداخلية إلى خمسة أيام غير مبررة وغير كافية ومن شأنها أن تضر بالمصلحة العامة وتقوت على الإدارة تقديم عروض أفضل في حال كانت المدة أطول ولا بأس بتخفيضه في المناقصات الخارجية إلى خمسة عشرون يوماً، كما النص على عدم قبول العرض في حال تم تقديمه بعد الوقت المحدد غير مقبول إذ لا نرى هنا أي مسوغ من رفض قبول العرض المتأخر بشكل مطلق فحبذا هنا لو يميز المشرع بين العرض المتأخر تأخر كبيراً والعارض المتأخر فترة بسيطة ليس من شأنها أن تؤثر على المنافسة ولشفافية في العملية التعاقدية وبالتالي السماح في هذه الحالة الأخير بقبول العرض والذي قد يكون من صالح الإدارة قبوله.

ثانياً: يجب أن يقدم العرض مكتوباً:

من أجل ترتيب الآثار القانونية للعرض فإن الكتابة تعد شرطاً جوهرياً يتحقق بواسطتها العديد من النتائج سواء بالنسبة للعارض أو الجهة الإدارية

(1) الفقرة أ| من المادة 19|من القانون رقم 51 لعام 2004.

(2) الفقرة ج من المادة 9 من القانون رقم 51 لعام 2004.

(3) الفقرة ب من المادة 18 من القانون رقم 15 لعام 2004.

المعنية. فبالنسبة للإدارة، فإن استلامها للعرض بشكل كتابي متضمن التفاصيل كاملة يعد ضرورة تؤكد طبيعته العمل، كي تتمكن من اختيار العرض الأفضل وتجنب المحاباة فأما وبالنسبة للعارض فإن تقديم العرض مكتوباً، إنما يعد دليل على التزام العارض بما أورده في عرضه اتجاه الإدارة كما يعتبر العرض المكتوب وسيلة قانونية يستطيع العارض أن يحتج به اتجاه الإدارة في حال تم إرساء العقد على عارض غيره، وكانت أسعاره أقل أو أكثر أو عرضه أفضل.⁽¹⁾

وبدورنا نؤيد هذا المنحى بضرورة أن يكون العرض مكتوباً كي يكون هناك التزام أكبر من قبل الأطراف، ولا سيما العارض تجاه عرضه وكذلك يعد وسيلة من وسائل الإثبات في حال حصول أي خلاف بخصوص العرض.

ثالثاً: تقديم التأمين:

يشترط القانون تقديم مرفقات معينة ينبغي على العارض الالتزام بتقديمها مع العرض ولا تستطيع الإدارة أن تقبل أي عرض دون هذه المرفقات، ومن أهم ذلك التأمين.

والتأمين هو قيمة مالية يضمنها الراغب بالتعاقد عرضه ضماناً لجدية العرض وهذا التأمين يكون عادة على قسمين تأمين مؤقت، وتأمين نهائي⁽²⁾. الأول من شأنه أن يضمن جدية صاحب العرض والآخر يكفل حسن تنفيذ العقد المزمع إبرامه، ولا تملك الإدارة من حيث المبدأ أن تتجاوز عنه فهو شرط وجوبي ملزم للإدارة، لأنه ضمان لجهتها تتقاضي من خلاله أخطاء المتعاقد ويضمن لها ملأته لمواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره.⁽³⁾

(1) د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 101.

(2) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

ففي مصر، قد اشترط القانون رقم 998 لعام 1998 على وجوب تأدية تأمين مؤقت ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل مبلغ التأمين وبالتالي نجد أن القانون المصري قد فرض على الراغب بالتعاقد أن يقدم تأمين مؤقت وبشكل كامل وبما لا يتجاوز 2%، واعتبره أمر في غاية الأهمية، حيث يترتب على تخلفه أو عدم كماله بالصورة التي حددها القانون استبعاد العطاء والالتفات إلى غيره وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: من حيث أن الثابت في الواقعة المعروضة أن العطاء الذي تم إرساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدماً من مؤسسة خاصة غير مصحوب بتأمين مؤقت، كما لم يتم تدارك هذه المخالفة بسداد التأمين النهائي كاملاً، الذي هو شرط في هذا العطاء ورغم ذلك فإن لجنة البت نظرت في هذا العطاء ولم تستبعده بل أرست المناقصة عليه، فإنه في هذا الشأن يعد مخالفاً لحكم صريح أورده المشرع، ويلاحظ بخصوص تخلف شرط تقديم التأمين كاملاً وأثره في قبول العرض من عدمه فإن الاتجاه الغالب للمحكمة الإدارية العليا في مصر⁽¹⁾. يذهب إلى أن هذا الشرط مقرر لمصلحة الإدارة دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته إذا ما اطمأنت الإدارة إلى ملاءة صاحب العطاء ويكون للإدارة سلطة تقديرية في هذا المجال فيحق لها أن تستبعد العرض إذا فقد شرط تقديم التأمين كاملاً، ويحق لها أيضاً أن تقرر قبوله إذا كان دافعها إلى ذلك مقتضيات المصلحة العامة، وليس اعتبارات تخل بمبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد مما يشكل تعسف في استعمال السلطة المقررة، بيد أن اتجاه المحكمة هذا قد تعرض للنقد كونه يفتح باباً للتحييل، بتعمد البعض تقديم عطاءات غير مصحوبة بتأمينات كاملة جساً للنقض، كما أن الإدارة تستطيع أن تتمسك بعدم

(1) المحكمة الإدارية في مصر، جلسة بتاريخ 2-1-1965، أشار إليه، د. حسان عبد السميع،

مرجع سابق، ص 105.

تقديم التأمين لاستبعاد بعض العطاءات، ولو كانت الأفضل دون أن يكون بوسع الراغب بالتعاقد أن ينتقد موقفها مما يجعل موقف الإدارة أقرب إلى السلطة المطلقة منه إلى السلطة التقديرية عملاً أو عدم اشتراطها التأمين بالنسبة للبعض الآخر وفي ذلك إهدار لمبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد.⁽¹⁾

وفي فرنسا أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾ في جلسة 1986/2/5 بوجوب تقديم التأمين المؤقت مصحوبا مع العطاء، وإلا فإن القواعد العامة تقرر البطلان لإغفال إجراء جوهري ونتيجة لذلك لا يجوز قبول العطاء غير المصحوب بالتأمين المؤقت كاملاً، ومن الملاحظ أن المشرع المصري أجاز استبدال التأمين المؤقت أو النهائي المسدد من صاحب العطاء بأحد صور السداد الأخرى المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية⁽³⁾، بناء على طلب صاحب الشأن وموافقة السلطة المختصة. ويأخذ ثلاثة صور فأما أن يكون نقدياً، أو شيكات أو خطاب ضمان⁽⁴⁾.

أما في سورية فقد نصت المادة 13 من القانون رقم | 15 | لعام 2004، على وجوب تقديم التأمينات الأولية، من قبل من يود التقدم الى المناقصة، وقد حددت الفقرة أ من المادة | 46 | من القانون نفسه قيمة هذه التأمينات بحيث تكون 5% من القيمة التقديرية لمحل العقد، أو بمبلغ مقطوع في حال عدم

(1) المحكمة الإدارية في مصر، جلسة بتاريخ 1-2-1965، أشار إليه، د. حسان عبد السميع، مرجع سابق، ص 105.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 434.

(3) المادة 43 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لعام 1998.

(4) عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر خطاب الضمان بأنه (تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب أحد الاشخاص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين) طعن رقم 1751 جلسة 20-11-2001 مذكور في مجلة المحاماة المصرية العدد رقم 2 لعام 2003 ص 298.

وجود كشف تقديرية، كما تملك الإدارة سلطة تقديرية بانقاص قيمة هذه التأمينات شريطة أن يذكر ذلك في دفتر الشروط، وفي إعلان المناقصة⁽¹⁾.

كما تملك الإدارة سلطة تقديرية في قبول العروض التي تقل نسبة التأمين المقدمة من قبلهم عن الحد المعين في الإعلان، شريطة أن لا يكون هذا النقص من شأنه أن لا يؤثر على جدية عروضهم، بيد أن الإدارة هنا تطلب من العارضين استكمال هذا النقص قبل البدء بفض مغلفات الأسعار⁽²⁾.

كما منح المشرع في الفقرة /ج/ من المادة نفسها، أمر الصرف سلطة تقديرية في الإعفاء من التأمينات المؤقتة والنهائية بشكل كامل، في حال كانت العقود المعلن عنها محلها توريد قطع تبديل أو أعمال صيانة فقط⁽³⁾، بيد أنه منح الوزير حصراً صلاحياً إعفاء العارضين من التأمينات المؤقتة والنهائية في بعض الحالات الخاصة التي تقتضي طبيعتها ذلك⁽⁴⁾.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد ترك للإدارة الخيار في قبول التأمين أما نقداً أو كفالة أو حوالة أو شيك شريطة أن يكون معتمد من المصارف العامة أو من الجهات المعتمدة في الجمهورية العربية السورية.

وبرأينا فإن المشرع السوري قد احسن التصرف في معالجة موضوع التأمين في المادة /46/، حيث تتمتع الإدارة بمرونة عالية ومحمودة ومتلاءمة مع المصلحة العامة وتناسب مع طبيعة العرض وطبيعة محل العقد من جهة، ومصلحة العارضين من جهة أخرى.

¹ الفقرة |ب| من المادة |46| من قانون العقود رقم 51 لعام 2004

² - رأي مجلس الدولة السوري، رقم 402، تاريخ 1972/11/22، أشار إليه صبحي سلوم،

موسوعة العقود. المرجع السابق، ص 231

³ الفقرة |ج| من المادة |46| من قانون العقود رقم 51 لعام 2004

⁴ الفقرة |د| من المادة |46| من قانون العقود رقم 51 لعام 2004

رابعاً: أن يتوافر في العرض الشروط المطلوبة في الإعلان

ينبغي على العارض، أن يتقيد بالشروط المدرجة بالإعلان ودفتر الشروط، في أثناء تقديمه لعرضه، وأن يتضمن عرضه كافة هذه الشروط، وإلا كان عرضةً لاستبعاد العرض المقدم من قبله.

وعلى ذلك فإن الأصل العام أن مقدم العرض الذي يتقدم بعرضه إلى جهة الإدارة، أخذ في اعتباره الشروط والمواصفات التي تضعها الإدارة، تحديداً للموضوع التعاقد المعلن عنه، وبالتالي فإن أي شرط جديد يضعه العارض غير وارد في الإعلان ودفتر الشروط يسمى تحفظ، ويعتبر تعديلاً من قبله لشروط العرض.

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها بتاريخ 1967/12/2، إلى أن الأصل أن يوجه الإيجاب في العقد الإداري على أسس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر الحق بالاشتراك بذلك، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها، فإذا رأى الخروج على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنه⁽¹⁾.

ومن ثم يشترط وقف حكم المحكمة الإدارية العليا أن تكون التحفظات ملحقة بالعرض الأصلي، ومن ناحية ثانية، ينبغي ألا تؤثر هذه التحفظات على الشروط الجوهرية المعلنه. والتحفظات قد تكون مالية وقد تكون غير مالية، وذات المعنى، أكدت عليه لائحة التنفيذية لنظام العقود في مصر حيث ينبغي أن تكون التحفظات ملحقة بالعطاء الأصلي بكتاب مستقل، وينبغي أن

(1) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002، ص 193.

بتضمنها المظروف الفني ويجب أن تكون هذه التحفظات ثانوية وأن لا تنال من الشروط الجوهرية للعقد، ومن ثم فإن أي مخالفة لهذا الشروط تجعل التحفظ تعديلاً للشروط والمواصفات، ويكون للإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية فإنه يحق للإدارة اللجوء إلى استبعاد العرض⁽¹⁾.

وفي سورية، قد أجازت المادة 18 من نظام العقود الموحد للإدارة قبول العروض التي تتضمن تحفظات، شريطة أن يوافق العارض في بداية جلسة المناقصة وقبل إعلان الأسعار على إلغاء تحفظاته، والتقيد بأحكام دفاتر الشروط الخاصة، ويثبت ذلك خطياً.

إذ يتبين من نص هذه الفقرة أن المشرع أعطى للإدارة سلطة تقديرية في جواز قبول العروض التي تحتوي على تحفظات، ولكن شريطة أن يقوم العارض بالتنازل عن هذا التحفظ قبل جلسة إعلان النتائج، وأن يثبت ذلك خطياً.

ولابد من التعرض هنا إلى موضوع مهم جداً وهو كسر الأسعار وهو من أخطر التحفظات المالية⁽²⁾، فكسر الأسعار عبارة عن تعهد يقدمه العارض في عرضه يتعهد بموجبه هذا العارض أنه على استعداده لتخفيض نسبة مئوية معينة عن أقل سعر تم تقديمه في المناقصة ويقابله في طلب العروض ما يسمى إجراء تخفيض الأسعار. وقد يحدث هذا الإجراء قبل صدور قرار الإرساء كنوع من المفاوضات الغير قانونية أو بعد صدور قرار الإرساء وصحيح أنه قد يفيد المصلحة المالية للجهة العامة، بيد أنه يدخل الجهة العامة بإرباك كبير ويفتح الباب، أما الفساد وبالنزول في مستوى الجودة. بناء على

(1) د. علي عبد الحسين الخطيب، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2002، ص154.

(2) د. علي عبد الحسين الخطيب، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري، مرجع سابق، ص290.

ذلك سارت معظم الدول على حظره واعتبرته تحفظ غير قانوني، وفي فرنسا لم بنص المشرع على حظر كسر الأسعار في تقنين عقود الشراء العام.⁽¹⁾

أما في مصر، كان موقف المشرع المصري حاسماً بذلك، حيث نصت المادة 64 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 على أنه: ((لا يعتد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة))، إذاً كل عطاء يتقدم به أحد العارضين ويتضمن كسراً للأسعار لا يعتد به أبداً ويهمل، وبالتالي لا يسمح به بتاتاً ومصيره الرفض والاستبعاد.

وتطبيقاً لذلك ذهبت إدارة الفتوى لوزارة الصحة، إلى أن المادة 6 من اللائحة قررت نصاً صريحاً قاطعاً في عدم الاعتداد بالعطاء المبني على: خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة⁽²⁾، وسبب ذلك إلى أن المشرع جعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون تمييز لأحد أو استثناء وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص من عقدها⁽³⁾.

وفي سورية، فإن قانون العقود رقم 51 لعام 2004، جاء خالياً من حكم صريح أو ضمني في موضوع كسر الأسعار، إذ أن بعض الجهات العامة ما زالت تلجأ إلى كسر الأسعار في المناقصات العامة مستغلة عدم وجود نص يمنع، وتقوم بالكسر استناداً على القاعدة التي تقول الأصل في الأشياء الإباحة بيد أن هذا التفسير غير منطقي لأن نظام العقود من الأنظمة المالية التي تتعلق بتنفيذ الموازنات الاستثمارية والجارية والمال العام، وتأمين حسن سير

(1) د. علي عبد الحسين الخطيب، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 290.

(2) وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 320.

(3) د. علي عبد الحسين الخطيب، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 300.

المال العام، والتطبيق السليم لنظام العقود، ينعكس على حسن تنفيذ الموازنات بما يحقق الهدف من الخطة الاقتصادية، والانتعاش الاقتصادي للقطر، وبالتالي يجب أن يفسر نظام العقود في أضيق نطاق، مما يعني عدم جواز التخفيض بالمطلق.

إلا أن بلاغ وزير المالية رقم 10 أ.ب.ع | أ م (10 اب) بتاريخ 6/14/2000 حذر على الجهات العامة هذه الممارسات على أن تتابع الأجهزة الرقابية المتمثلة كالجهاز المركزي بالرقابة المالية والهيئة المركزية للرقابة والتفتيش، لمتابعة حسن تنفيذ هذا البلاغ حيث تضمن ما يلي⁽¹⁾:

((لم ينص نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم 51 لعام 2004 على جواز ممارسة الكسر في المناقصات أو تخفيض الأسعار، في طلبات العروض) كما أوضح البلاغ المذكور أن الفقرة ج من المادة 20 من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون 51 قضت بأنه إذا تساوت عرضان أو أكثر في السعر الأدنى المقبول، جرت مناقصة جديدة بين من تساوت عروضهم فقط وبالجلسة نفسها، تم الإرساء وإلا فشلت المناقصة وتم إعادتها وبطريقة الظرف المختوم، حتى يتم الإرساء كما قضت الفقرة ب من المادة 22 من النظام المذكور، بأنه إذا لم تقدم أسعار تعادل السعر المشار إليه في الفقرة أ من هذه المادة أو تقل عنها فينبغي على اللجنة أن تطلب من العارضين تقديم أسعار جديدة في مغلقات مختومة في الجلسة نفسها، ولا يجوز تكرار هذا الإجراء خلال هذه الجلسة كما حذر البلاغ على الجهات العامة تخفيض أسعارهم في طلبات العروض أو الطلب إليهم كسر أسعارهم في المناقصات تحت طائلة

(1) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء، أشار إليه صبحي سلوم في موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 300.

المساءلة القانونية، مع مراعاة الحالتين المشار إليهم أعلاه بشكل دقيق⁽¹⁾. وبالتالي، لا مجال للاجتهاد أو القياس.

ونحن نرى أن هناك عيب تشريعي لابد من تلافيه، إذ لابد من صك تشريعي يحظره وذلك بإجراء إضافة نصاً يحظر كسر الأسعار إلى القانون رقم 51، كما يجب أن يتضمن هذا النص الجزاء المترتب على هذا الحظر.

أما فيما يتعلق بتقديم عرض واحد.. فإنه لا يحق للعارض أن يتقدم بأكثر من عرض واحد وبالتالي لا يحق للإدارة أن تقبل إلا العرض الأسبق في التسجيل في ديوان الجهة المحددة في الإعلان، ولكن لا شيء يمنع أن يضمن العارض في عرضه أكثر من خيار، شريطة أن يكون منصوص على ذلك في دفتر الشروط الخاصة حيث نص القانون على: (لا يقبل من العارض الواحد إلا عرض واحد ويعتبر العرض الأسبق في التسجيل في ديوان الجهة المحددة في الإعلان هو المعتمد). ويجوز أن يتضمن العرض الواحد أكثر من خيار إذا نص دفتر الشروط الخاصة على ذلك⁽²⁾.

وعلى أية حال فإن مرحلة الإعلان بوصفها دعوة من قبل الجهة العامة الراغبة بالتعاقد وتقديم العروض وفقاً لشروط الإعلان ودفتر الشروط، إن وجدت، إنما يمثل المرحلة الأولى من مراحل التعاقد ولا بد من إجراء تمهيدياً آخر يتمثل بإرساء المناقصة على أفضل عرض مستوف للشروط المعلن عنها، ويتم الإرساء من قبل اللجان المختصة، لذلك من قبل السلطة المختصة وهذا ما سنتولى عرضه في المبحث التالي.

(1) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء، أشار إليه صبحي سلوم في موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 305.

(2) الفقرتين إ ب | و | ج | من نص المادة 19 من القانون 51 لعام 2004.

المبحث الثاني

الإجراءات المتبعة في إرساء العقد الإداري

إن مرحلة الإرساء تستهدف اختيار أفضل المتعاقدين الراغبين بالتعاقد والذين تقدموا للمشاركة في المناقصة وينهض بأعباء هذه العملية لجان مختصة مهمتها إتمام الإجراءات المطلوبة بقصد الوصول إلى تعيين أفضل العروض وصلاحيات لجان المناقصات يكون مقيد إلى حد بعيد بالنصوص القانونية التي وضعت لصالح الأفراد والإدارة على السواء، والتي تهدف إلى كفالة واحترام مبدأ المساواة بين المتقدمين جميعاً على خلاف دور اللجان المشكلة بتقنية طلب العروض والتعاقد المباشر والتي تملك الإدارة سلطة تقديرية أكبر في عملها شريطة أن تتوخى المصلحة العامة، ونظراً لأهمية عمل هذه اللجان فإنها تشكل بقرار من السلطة المختصة لتقوم بعد ذلك بأعمال قانونية تمثل جانباً مهماً ومحورياً في التعاقد الإداري، والمتمثل في اختيار أفضل العارضين وإرساء المناقصة عليه وسوف نقوم بدراسة الإرساء وطبيعته القانونية والسلطة المختصة به وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الإرساء وطبيعته القانونية.

المطلب الثاني: السلطة المختصة بالإرساء.

المطلب الأول

الإرساء وطبيعته القانونية

تعتبر مرحلة الإرساء من أهم المراحل في العملية التعاقدية ويتميز بطبيعة قانونية خاصة ويستند إلى عدة قواعد محددة ومبادئ وأسس، ينبغي على السلطة المختصة بالإرساء أن تلتزم بها، وسنقوم في الفرع الأول في البحث في الطبيعة القانونية للإرساء وآثاره، ومن ثم ننتقل في الفرع الثاني للبحث في الأسس والمبادئ التي تحكم قرار الإرساء.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للإرساء وآثاره القانونية

وسنقوم بها الفرع بتوضيح الطبيعة القانونية للإرساء من خلال تحديد التكيف القانوني للإرساء ومن ثم الانتقال بعد ذلك لدراسة الآثار المترتبة على الإرساء.

أولاً: التكيف القانوني للإرساء:

ينبغي لمعرفة التكيف القانوني للإرساء التمييز بين العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة من جهة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد أو تهئى لمولده من جهة أخرى. إذ أن الإجراءات الإدارية التي تدخل في تكوين العقد تنفرد في طبيعتها القانونية عن العقد وتتفصل عنه ومن أهم تلك الإجراءات الإرساء الصادر عن لجنة المناقصة والذي ينفرد بطبيعة قانونية مختلفة عن بقية إجراءات الإدارة التعاقدية كونه يرتب آثار قانونية ويتسم بصفة قانونية قوامها أنه إفصاح عن إرادة ملزمة للإدارة بناء على سلطتها بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة، أي مستكمل كافة عناصر القرار الإداري.

ففي مصر قد حكمت المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذا الصدد بما يلي⁽¹⁾: (ليس من شك أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة إنما هو في طبيعته على ما سلف البيان قرار إداري نهائي إذ تجتمع به مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادر عن جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القانون واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة)، بيد أن هذا القرار لا يحمل صفة تعاقدية، إذ أن عملية اختيار المتعاقد من مبتدأها إلى نهايتها، هي عملية إدارية بحتة، وليس لها أية سمات تعاقدية وبالتالي يعتبر قرار الإرساء قراراً إدارياً، ينتظر تصديق الجهة الإدارية المختصة، وبمعنى آخر أن الإرساء على من هو صاحب أفضل العروض وأن كان يتم بقرار ادري إلا أنه لا يؤدي إلى إتمام عملية التعاقد وهذا ما يمكن استنتاجه من حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية⁽²⁾ حيث جاء فيه (ومن حيث أنه على ما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت في إرساء المناقصة أو المزايدة بمثابة القبول في العقود ويؤدي إلى إتمام التعاقد مع صاحب العطاء الذي اختارته اللجنة إذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على إجراء لاحق وهو المصادقة على إرساء المناقصة من الجهة الإدارية المختصة والقول بخلاف ذلك وبأن قرار لجنة البت بمثابة القبول في العقود الإدارية هو قول لا يتفق مع نصوص القانون).

وفي سورية قد حكمت المحمة الإدارية العليا السورية بما يلي: ((إن) عدم تصديق الوزير العقد المبرم بين المتعهد والإدارة نتيجة فوز عرضه

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 508.

(2) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق،

بالمناقصة يجعل هذا العقد مشروع عقد ومن المتعهد مرشحاً للتعاقد⁽¹⁾. وتأسيساً على ذلك فإن قرار الإرساء شأنه شأن أي قرار إداري نهائي يتم بموجب الإحالة إلى صاحب أفضل العروض بعد أن تستند الإدارة إلى ما يبرر تلك الحالة. بيد أن هذا القرار لا ينتج بذاته الآثار التعاقدية وأن كان ممهداً للتعاقد وشرطاً ضرورياً من شروط تكوين العقد، أي لا يؤدي إلى إبرام العقد بحد ذاته إلا بعد اعتماد قرار الإرساء من السلطة المختصة والذي يعد منشأً للتعاقد وليس كاشفاً له.

وينبغي على ذلك أن مرحلة الاعتماد على قرار الإرساء تعد مرحلة حاسمة ونهائية لكل الإجراءات التمهيدية إذ بصور قرار الاعتماد يبتدئ التزام الإدارة التعاقدية وقبل ذلك يكون التزامها سلبياً، بالقياس على التزام الراغبين بالتعاقد والقاعدة العامة أن الجهة الإدارية المختصة بالتعاقد ملتزمة مع المعارض الذي عينته لجنة المناقصة تطبيقاً لمبدأ آلية الإرساء فإذا ما خالفت الإدارة هذا المبدأ وقع قرارها باطلاً لمخالفته القانون لأن القبول الصادر عن الإدارة تجاه غير من اختارته تلك اللجنة لن يصادف إيجاباً يلقي به بحسبان تحلل جميع المتقدمين الذين تم استبعادهم يتحللون من إيجابهم.

ثانياً: الآثار القانونية للإرساء:

1- إن صدور قرار الإرساء لا يؤدي في حد ذاته إلى إبرام العقد ولكنه يمهد له، فالإبرام لا يتم إلا بعد صدور قرار التصديق والإرساء ليس هو الخطوة الأخيرة في التعاقد وإنما هو إجراء تمهيدي وعملية التعاقد هي خطوة أخرى لاحقة تختص بها هيئة أخرى، وبناء عليه لا يمكن أن نعد قرار الإحالة بمثابة القبول الذي يؤدي إلى إتمام العقد حتماً مع المعارض الذي اختارته

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 242 تاريخ 1975، مجلة المحامون. الإصدار الأول،

اللجنة⁽¹⁾، إذ أن هذه المرحلة النهائية كما تقول محكمة القضاء الإداري في مصر تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساء المناقصة من الجهة الإدارية المختصة، وهي جهة التعاقد التي تملك وحدها إصدار القبول، تأسيساً على أن القبول الذي يعتد به هو الصادر ممن يملك التعاقد فإذا اعتمدته ورأت إبرام العقد أصبح القبول نهائياً.

والقول بغير ذلك لا يتفق مع نصوص القانون وهدف المشرع من تنظيم إجراءات التعاقد، كما أنه يؤدي إلى تعطيل حق جهة الإدارة في إلغاء المناقصة إذ قامت دواعي هذا الإلغاء وأسبابه، إذ يحتج عليها بأن الإلغاء يعد فسخاً للعقد الذي تم، وهو أمر لا يمكن التسليم به ويتعارض مع حكم القانون.

2- إن صدور قرار الإرساء يؤدي إلى أن يتحول مركز العارض الذي رست عليه المناقصة من مركز العارض إلى مركز المتعهد المرشح إذ أن إيجابه لاقي قبولاً من الإدارة، ولكنه قبول مؤقت معلق على شرط واقف هو اعتماد قرار الإرساء من السلطة المختصة بالاعتماد، وإذ لم يتحقق هذا الشرط ورفض الوزير أو من يخوله التصديق على قرار الإرساء فتكون لجنة المناقصة قد استنفذت ولايتها وانتهى قرار الإرساء ولم يعد قائماً.

3- إن صدور قرار الإرساء يلزم العارض الذي رست عليه المناقصة بالبقاء على إيجابه حتى ينقضي العقد أو ينتهي الميعاد المحدد في دفتر الشروط، لانتهاء مدة ارتباطه، أما بقية العارضين فإنهم يتحللون من إيجابهم.

4- إن إرساء المناقصة على العارض وترشيحه من قبل لجنة المناقصة لا يلزم الإدارة بالتعاقد معه، ولكن إذا تعاقدت الإدارة فإنها تلتزم بالتعاقد مع من ترسو عليه المناقصة وفقاً لمبدأ تلقائية الإرساء، ومقابل هذا المبدأ فقد

(1) د. ماهر الجبوري، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه مقدمة كلية القانون جامعة بغداد. 1997، ص12.

جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، والقضاء الإداري في سورية، على تخويل الإدارة حق العدول عن التعاقد ورفض تصديق قرار الإرساء، إذ رأت أن المصلحة العامة في هذا العدول حتى لا تجبر الإدارة على التعاقد مع شخص لا تريده⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مبادئ الإرساء

إن إحالة المناقصة وإرساء العقد يحكمها عدة مبادئ وهي التلقائية والإجبارية والطبيعة النهائية وسنقوم بالتحدث عنها تباعاً وفق الآتي:

أولاً: الإرساء يجب أن يكون تلقائي:

يقصد بالتلقائية عدم تمتع لجنة المناقصة بأية سلطة تقديرية من أجل تحديد العارض الذي يجب التعاقد معه بل أن سلطتها مقيدة تلتزم من خلالها بإرساء المناقصة على العارض الذي تقدم بالسعر الأقل، وهذا هو ما يعرف بالية الإرساء وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾، إلى هذا ف قضى ببطلان الشروط التي تشير إلى تمكين الإدارة من اختيار العارض دون اعتمادها على عامل السعر حتى ولو كانت الإشارة غير مباشرة.

وفي مصر فإن الإدارة تلتزم بإرساء المناقصة على أفضل العارضين وهو من تقدم بأقل الأسعار⁽³⁾، وفي سورية فقد أشارت الفقرة /ز/ من المادة

(1) حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر (يتعين على الجهة الإدارية المختصة إذا رأت إبرام العقد. ان تتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل الذي عينته اللجنة المختصة للبت ولا تملك ان تستبدل غيره به) أشار اليه د. مهند نوح، **الإيجاب والقبول في العقد الإداري**، مرجع سابق، ص509.

(2) Vedel.M.op, cit, p1128

راجع أيضاً د. مهند نوح، **الإيجاب والقبول في العقد الإداري**، مرجع سابق، ص495، 496.

(3) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، رقم 89، لعام 1998.

20/ أن لجنة المناقصة ينبغي أن تحيل المناقصة إلى العارض الذي تقدم بالسعر الأدنى المقبول.

ومن الجدير بالذكر أن قانون العقود رقم 51 لعام 2004 قد منح الوزير أو أمر الصرف حسب الحال سلطة تقديرية بتحديد السعر الأعلى الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة بشكل مسبق شريطة أن يوضع هذا السعر في مغلف مختوم بالسمع الأحمر ويفتح في جلسة المناقصة من قبل اللجنة ولا يعلن مضمونه على العارضين أن يحدد مسبقاً السعر الأعلى الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة ووضعه في ظرف مختوم ويفتح في أثناء جلسة المناقصة ولا يعلن مضمونه على العارضين ويطلب من العارضين التقدم بعروضهم فإذا لم تقدم عروض تعادل هذا السعر أو أقل منه اعتبرت المناقصة فاشلة⁽¹⁾.

ثانياً: الإرساء يجب أن يكون إجباري:

يقصد بالإجبارية هو أنه لا سلطة تقديرية للجنة المختصة بالامتناع عن إرسائها حتى ولو كان لديها مبرر مشروع لذلك⁽²⁾، وبهذا المعنى قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن اللجنة يقع على عاتقها واجب الإرساء على العرض الأفضل ولو كان هذا العرض قد احتوى على خطأ بين في تقدير السعر من جانب عارضه وهي ملزمة بإعلان سلطة الاعتماد بعدم استحسان نتائج المناقصة في هذه الحالة⁽³⁾، ويبرر ذلك انتظام عمليات التعاقد وشفافيتها في مواجهة المتنافسين ولكن هذا المبدأ لا يتم بهذا الشكل وعلة ذلك وجود بعض الحالات الواقعية التي تقيد اللجنة ومن هذه الحالات:

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 497.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 301.

(3) Ce.12-5-1912. Grand –Jouan, Rec, p589.

1- إذا لم يتقدم للإدارة إلا عرض وحيد:

ويحدث ذلك إما لأنه لم يتقدم سوى عارض واحد، وأما لأنه أصبح كذلك بعد أن تم استبعاد كافة العروض الأخرى التي تقدمت لعدم استيفائها الشروط المطلوبة ففي مصر تملك الإدارة سلطة تقديرية في هذه الحالة قوامها إلغاء المناقصة⁽¹⁾.

وفي سورية، إذا لم يتقدم إلا عرض وحيد فيجب على الإدارة الإعلان عن المناقصة مجدداً، وأن لم يتقدم في المرة الثانية سوى عارض واحد، فللإدارة سلطة تقديرية بقبوله أو رفضه⁽²⁾.

2- إذا كانت العروض المقدمة للإدارة غير ملائمة:

في هذه الحالة تملك لجنة المناقصة الامتناع عن الإرساء ويعد امتناعها حالة طبيعية لأن العرض الأدنى يتجاوز القيمة التقديرية أو الثمن الذي حددته الإدارة مسبقاً، أو أن السعر الرائج في السوق أدنى من ذلك أو قد يكون السعر المعروض منخفض جداً، مما يضفي عليها ظلالاً من عدم الجدية ودافعها المضاربة والخدع التجارية، الأمر الذي يترتب عليه أو يخشى منه التوقف عن تنفيذ العقد فيما لو تمت الإحالة على أحد هذه العروض⁽³⁾، إلا أن الإدارة لا تملك سلطة تقديرية في عدم الإحالة على مثل هذه العروض التي أنتجتها المضاربات طالما أنها تجاوزت القيمة التقديرية الموضوعة.

ثالثاً: الإرساء يجب أن يكون نهائياً:

القاعدة هنا أنه متى تمت الإحالة فيجب أن لا يكون هناك رجعة فيها إذ أن الرجوع فيه قد يؤدي إلى فتح باب المساومات التي تتنافى مع الغاية التي

(1) المادة 35 من القانون 89 لسنة 1998.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 200.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا لسنة 1987، ص 1116، راجع في ذلك د. مهدي نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 505 في الهامش.

تستهدفها المناقصة وتتناقض مع مبادئها وخاصة مبدأ تلقائية الإرساء، بيد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اقر استثنائيين على ذلك وهما:

أ- إن الإرساء يمكن أن يكون معلق على شرط تقديم بعض الوثائق فإن لم تقدم هذه الوثائق تملك اللجنة سلطة بالرجوع عن قرارها.

ب- تملك اللجنة سلطة تصحيح الإرساء على أن يتم ذلك قبل قفل باب المناقصة وضمن نفس الجلسة ولا تملك اللجنة أي سلطة تقديرية بعد أن تم إقفال باب عمليات المناقصة وثم يمتنع إجراء مثل هذا التصحيح.

وفي مصر فإن الفقه يوافق القضاء والتشريع على أن قرار الإرساء هو قرار قطعي تصدره لجنة المناقصة ولا تملك أي سلطة تقديرية بالرجوع عنه أو تعديله وتصبح يدها مقيدة وليس لها أي سلطة على ما اتخذته من قرار بهذا الشأن.

ولابد من الإشارة أن عملية الإرساء تعتبر من أهم مراحل المناقصة، فاللجنة تقوم بذلك وهي تتجلى بمقتضيات النزاهة الإدارية والوضوح وهذا لا يتحقق إلا إذا أحيطت عملية إصدار قرار الإرساء بجملته من الضمانات أهمها:

1- العلانية:

لا تستطيع اللجان المختصة بإصدار قرار الإرساء أن تجري عملياتها إلا بشكل علني وفي المكان والزمان المحددين، لذلك فالجلسات تفتح فيها العروض وقراءتها وترتيبها ومن ثم إصدار قرار الإرساء على صاحب أدنى سعر ويجب أن يتم ذلك كله بحضور المعنيين وقد تكون أحياناً بحضور العامة إضافة إلى المتنافسين وهذا الإجراء من الإجراءات الشكلية الجوهرية التي يجب على لجنة المناقصة أن تلتزم به وان إهمالها لذلك يرتب البطلان⁽¹⁾.

(1) المادة 67 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لعام 1998.

2- تدوين نتائج الإرساء :

بعد أن يتم إرساء المناقصة على صاحب العرض الذي اختارته لجنة المناقصة، يتم تنظيم محضر المناقصة ويعتبر محضر المناقصة محضر رسمي تدون فيه كافة التصرفات القانونية والأعمال المادية منذ بداية عملية المناقصة وحتى نهايتها. وقد أوجبت التشريعات المختلفة اعداد هذا المحضر فالمادة 123 من لائحة تنفيذ قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، نصت على: أن تولى لجنة المناقصة تحرير محضر بإجراءاتها تبين فيه اسم المتعهد المرشح الذي رست عليه المناقصة وقيمة التأمينات المؤقتة وما تم رده وما تم مصادرته وكافة المسائل المتعلقة بالمناقصة، ويتم توقيعه من رئيس وأعضاء اللجنة وترفعه إلى سلطة الاعتماد، وفي سورية يتم تدوين كافة وقائع جلسة المناقصة بجميع إجراءاتها، بما فيها الاعتراضات في محضر يوقع عليه جميع أعضاء لجنة المناقصة والحاضرون من العارضين⁽¹⁾.

(1) الفقرة هـ من المادة 21 من القانون رقم 51 لعام 2004.

المطلب الثاني

السلطة المختصة بالإرساء

تختص لجنة المناقصة بإتمام الإجراءات التمهيدية المؤدية إلى تعيين من يرعى عليه العقد بعد تحقق شروطها توطئة لقيام الجهة الإدارية المختصة بإصدار قرار تصديق الإرساء وعلى هذا الأساس فقد اهتم المشرع اهتماماً بالغاً بهذه اللجنة من حيث تنظيمها واختصاصها وصلاحياتها ومسؤوليتها وسوف نببحث في الفرع الأول عن تشكيل وتنظيم لجنة المناقصة وفي الفرع الثاني ننتقل إلى البحث في اختصاص وصلاحيات لجنة المناقصة.

الفرع الأول

تشكيل لجنة المناقصة

إن تشكيل لجنة المناقصة يعد من ضمانات الإرساء في المناقصة وهو ضروري لكفالة حياديتها ونزاهتها ويعتمد تشكيل هذه اللجنة على عدد من النقاط الأساسية التالية نردها في ما يلي:

أولاً: السلطة المختصة بتشكيل لجنة المناقصة:

نظراً لما تشكله لجنة المناقصات من أهمية وضمانة جوهرية لنزاهة إجراءات التعاقد ودورها في اختيار أفضل المتقدمين لصالح الإدارة، فإن المشرع ينص صراحة على تشكيلها وتحديد السلطة المختصة باتخاذ قرار التشكيل ويعد تشكيل لجنة المناقصة سواء في مصر أو فرنسا، من النظام العام، فلا يجوز استبعاد أحكام القانون بصدها وذلك لما تمثله من ضمانة أساسية لنزاهة الإجراءات المتبعة في العملية التعاقدية⁽¹⁾.

ففي فرنسا فقد ميز القانون الفرنسي بشأن العقود الإدارية بين تشكيل لجان البت في المناقصات المتعلقة بعقود الدولة وبين تشكيلها في المناقصات

(1) د. محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص 510.

المحلية ففي المناقصات المتعلقة بعقود الدولة يكون تشكيل لجان المناقصة في هذه العقود بقرار من الوزير المختص⁽¹⁾، ويوجب القانون نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، أما بالنسبة للمناقصات المحلية فإن لجنة البت تشكل برئاسة رئيس المجلس المحلي إذا كانت المناقصات تتعلق بمقاطعة أو قرية أو مؤسسة أو مرفق محلي، أما إذا كانت المناقصات تجريها على مستوى القرى والمدن الصغيرة تشكل اللجنة عندئذ بقرار من العمدة وبالنسبة للمناقصات التي تجريها المرافق المحلية والمؤسسات المحلية فإن هذه اللجان تشكل من الممثل القانوني للمؤسسة.

وفي مصر فإن قرار تشكيل لجان فتح المظاريف يكون بيد رئيس الإدارة المركزية، أما بالنسبة للسلطة المختصة بإصدار قرار تشكيل لجان البت فهي سلطة الاعتماد المختصة المقصود هنا الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل في نطاق اختصاصه.

وفي سورية فإن القانون نص على أن لجنة المناقصة تشكل بقرار من آمر الصرف⁽²⁾، وإذا كان المشرع قد حدد السلطة المختصة بإصدار قرار تشكيل اللجان، فما هي الآثار التي تترتب فيما لو تم تشكيل هذه اللجان من غير المختص أو صدر قرار التشكيل من المختص ولكن خلاف الشكل الذي يتطلبه القانون؟

والمعروف أن قواعد الاختصاص هي التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرف وتبين نطاق سريانها من حيث الزمان والمكان ومن ثم نكون بصدد عيب عدم الاختصاص في حال اتخاذ القرار من موظف أو هيئة

(1) د. عمر حلمي فهمي ود. ربيع فتح الباب، مبادئ القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة عين

شمس، 2004، ص228.

(2) المادة 12 من القانون 51 لعام 2004.

غير مختصة قانوناً، كما أن قواعد الاختصاص من النظام العام إذ يقوم الاختصاص على عناصر شخصية وموضوعية وزمنية وأخرى مكانية.

ويتخذ الخروج على قواعد الاختصاص الموضوعي صورتين هما:

1- صورة عدم الاختصاص البسيط: في هذه الحالة يؤدي هذا العيب إلى إلغاء القرار الإداري شرط إقامة دعوى الإلغاء أمام المحكمة المختصة خلال المدة المحددة قانوناً.

2- صورة عدم الاختصاص الجسيم: وتسمى هذه الحالة بعيب اغتصاب السلطة ففي هذه الحالة يؤدي هذا العيب إلى انعدام القرار الإداري فيصبح بمنزلة العمل المادي بعد أن يجرد من صفته القانونية⁽¹⁾.

ومن النتائج المهمة التي تترتب على تعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام هو أن الإدارة ليس لها سلطة تقديرية في تصحيح هذا العيب، وإنما يتعين عليها أن تعيد إصدار القرار ابتداءً متلافية العيب الذي شابه وذلك بأن يصدر القرار من المختص وفقاً للقانون به والقضاء الإداري يساير الفقه في ترتيب البطلان على مخالفة قواعد الاختصاص فإذا ما صدر قرار من غير الشخص المختص المنوط به تشكيل اللجنة⁽²⁾، وبالتالي يكون قرار تشكيل اللجنة عندئذ باطلاً بيد أن المحكمة الإدارية العليا المصرية أجازت تصحيح عيب عدم الاختصاص، ولو صدر قرار اللجنة من غير المختص بذلك، بحسبان أن اعتماد السلطة المختصة يصحح ما شاب قرار تشكيلها ويرتب أثره طالما احتفظ القرار بمضمونه، وهذا بنظرنا تغاضي عن عيب الاختصاص بإصدار قرارات إدارية ويفتح المجال أمام الإدارة مخالفة قواعد الاختصاص، بل

(1) د. غازي فيصل مهدي، أوجه الطعن بالإلغاء والطعن بالنقض في مجال القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 190.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية حكمها رقم 840 لسنة 1965 أشار إليه أحمد منصور، مرجع سابق، ص 261.

عدم الاكتراث بها، ما دامت متأكدة من أن قرارها المخالف لتلك القواعد سوف يصح لاحقاً وتزول عنه عدم المشروعية.

وفي سورية فإن عيب عدم الاختصاص يعتبر من النظام العام ولا يجوز التجاوز عنه ولا تملك الإدارة أي سلطة تقديرية فيه. أي أن جزاء المخالفة البطلان أو الانعدام، تبعاً لجسامة العيب الذي يعتري القرار⁽¹⁾.

ثانياً: تشكيلة اللجان ونصابها:

نظراً لأهمية اللجان ودورها في اختيار أفضل المتعاقدين وأفضل العروض وضماناً لسلامة العملية التعاقدية من أجل تحقيق الهدف المنشود، فإن من الضروري أن تتشكل هذه اللجان من عناصر قانونية وفنية ومالية وأشخاص متخصصين، ويتمتعون بالخبرة والدراية التي تؤهلهم للعب هذا الدور المهم.

ففي فرنسا، يجب أن ينضم إلى لجان البت بالمناقصات المتعلقة بعقود الدولة أو المؤسسات العامة المرفقية عضو من جمعيات حماية المستهلك والتي تراقب الإجراءات لمنع الاتفاقيات غير المشروعة على أن لا يكون لهذا العضو رأي عند التصويت فكل ما يستطيع أن يبديه هو آراء استشارية فقط وأما في المناقصات المحلية التي تجريها المقاطعات، فإن لجنة البت تشكل برئاسة رئيس المجلس المحلي أو نائبه وعضوية اثنين من أعضاء هذا المجلس يختارهما رئيسه وتضم هذه اللجنة في عضويتها مندوب عن وزارة الخزينة ومندوب عن جمعيات حماية المستهلك، وأما في المناقصات المحلية التي تجريها القرى والمدن الصغيرة فإن لجان البت تشكل من العمدة رئيساً وعضوية اثنين من أعضاء المجلس البلدي وعضو من جمعية حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة وتشكيل لجان البت في فرنسا أمر يتعلق بالنظام العام

(1) المحكمة الإدارية العليا السورية قرار رقم 111/1985 أساس 116 منشور في مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا 1965، 1990. مجموعة حمورابي القانونية، 2010.

وتجاوزه يؤدي إلى إبطال العملية التعاقدية فالتشكيل القانوني يؤدي إلى ضمان نزاهة التعاقد وشفافية الإجراءات⁽¹⁾ كما سبق وأكدنا على ذلك.

وفي مصر فإن القانون المصري ذهب إلى ضرورة أن يكون البت في المناقصة عبر لجنتين اللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف واللجنة الثانية تختص بالبت في المناقصة على أن القانون المصري، قد استثنى المناقصات التي تقل قيمتها عن 50000 جنيه مصري، فيكون فتح المظاريف والبت فيها من عمل لجنة واحدة وهذا ما جاء في المادة 12 من القانون 89 لعام 1998 التي نصها:

(يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة العقد ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل عن وزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه⁽²⁾)، وكذلك عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة)، ويتضح من هذا النص أن المشرع أراد أن يضع مجموعة من الضوابط التي تحكم عملية تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت في المناقصة فيجب أن تشكل من موظفين على درجة كبيرة من الكفاءة وكذلك من الدرجات الوظيفية العليا التي تتناسب وأهمية المناقصة حتى تخرج إجراءاتها سليمة وتحقق الهدف منها كما أنه يجب أن تمثل وزارة المالية في لجان البت إذا زادت قيمة المناقصة عن 250 ألف جنيه، وهذا شرط خاص

(1) انظر د. غازي فيصل مهدي، القرار الإداري السلبي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص188.

(2) يقصد بها القيمة التقديرية وليس القيمة الفعلية الحقيقية لأن القيمة الأخيرة لا تتحدد إلا بعد الترسية الإحالة على العطاء المناسب وهي لا تكشف إلا في مرحلة لاحقة على بدء عمل اللجنة (فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة) رقم 531 في 4-7-1993 أشار إليها د. جابر نصار، المناقصات العامة، ص156.

وذلك تقديراً من المشرع لأهميتها ويترتب على عدم حضور مندوب وزارة المالية في مثل هذه الأحوال عدم صحة انعقاد اللجنة مما يترتب عليه بطلان قراراتها. كما أنه إذا زادت المناقصة عن 500 ألف جنيه، يجب أن تضم اللجنة مندوباً عن وزارة المالية وعضواً من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ورتب القانون على تغيب أحدهما أو كليهما عدم صحة انعقاد لجنة البت مما يترتب عليه بالتبعية عدم صحة إجراءاتها.

وأما في سورية فإن المشرع عالج موضوع تشكيل اللجنة المختصة وفق المادة 12 وفق الآتي:

أ- تشكل لجنة المناقصة في الجهة العامة بقرار من أمر الصرف من ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم محاسب الجهة العامة أو المدير المالي أو من العاملين تحت إشرافهما.

ب- لا يجوز أن يكون أمر الصرف رئيساً للجنة المناقصة.

ج- يكون رئيس لجنة المناقصة من حملة الاجازة الجامعية.

د- يجوز لأمر الصرف الاستعانة بمندوبين عن الجهات العامة ذات الصلة في لجان المناقصات.

يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع قد قيد الإدارة بأن يكون الحد الأدنى للجنة ثلاثة أعضاء وأن يكون أحدهم محاسب الجهة العامة التي تعلن عن المناقصة أو المدير المالي أو أحد العاملين تحت إشراف المحاسب أو المدير المالي كما اشترط أن لا يكون أمر الصرف عضواً بهذه اللجنة التي يقوم بتشكيلها واشترط أن يكون رئيس اللجنة من حملة الشهادات الجامعية إلا أنه بنفس الوقت منح أمر الصرف سلطة تقديرية في اختيار بقية أعضاء اللجنة، والحد الأعلى، الذي يمكن أن تتكون منه اللجنة وكما منحه الحرية في

الاستعانة من مندوبين من الجهات العامة ذات الصلة كونها أكثر دراية بمحل العقد المزمع إبرامه.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا فيما لو شكلت هذه اللجان على خلاف التشكيل الذي نص عليه القانون كان يقل أو يزيد عدد أعضاء اللجنة عن العدد المحدد قانوناً أو كأن تشكل من غير أصحاب الصفة التي حددها القانون؟
في فرنسا فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقرت أحكامه على بطلان كل إجراء تقوم به لجنة مشكلة على خلاف ما نص عليه القانون وقد قضى بعدم مشروعية قرارها باستبعاد أحد المرشحين بسبب عدم قانونية تشكيل اللجنة. وأما في مصر فإن الأمر مختلف عما هو عليه الحال في فرنسا، إذ أن المشرع المصري قد نص على تشكيل لجان المناقصة وفقاً للاختصاص دون تحديد العدد ومنح الجهة الإدارية سلطة تقديرية في اختيار أعضاء اللجنة من حيث التخصص والكفاءة ومن حيث تحديد عدد الأعضاء فلها أن تخفض أو تزيد العدد حسب أهمية وقيمة العقد⁽¹⁾.

وفي سورية فإن المشرع قد قيد سلطة الإدارة بالحد الأدنى دون الحد الأعلى وترك للإدارة سلطة تقديرية في اختيار بقية أعضاء اللجنة وفقاً للمصلحة العامة وقيد بأن يكون أحد أعضاء اللجنة محاسب الجهة العامة أو المدير المالي أو من يعمل تحت إديهم⁽²⁾، ونرى أن صدور قرار تشكيل اللجنة بأقل من العدد المحدد يعد خلافاً جوهرياً يصيب قرارها ويوجب إلغائه لعيب في الشكل.

(1) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89، لسنة 1998.

(2) الفقرة أ من المادة 12 من القانون رقم 51 لعام 2004.

ثالثاً: أثر مخالفة نصاب اجتماع اللجان:

يطرح السؤال التي نفسه: هل يترتب على عدم اجتماع هذه اللجان على غير الوجه الذي حدده القانون، بأن كانت هذه اللجان غير كاملة على الوجه السابق بيانه بطلان اجتماعاتها وبالتالي بطلان أعمالها؟

ذهب البعض إلى أنه ينبغي أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقر في الأمر الصادر بتكوينها، وإلا كان اجتماعها باطلاً، وقرارتها باطلة بالتبعية، بيد أن اللجنة الثانية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بتاريخ 25 آذار عام 1991 إلى أن:

(المشروع قد أناط بالسلطة المختصة بالجهات الإدارية تشكل لجان فتح المضاريف والبت وذلك ضماناً لسلامة عمل تلك اللجان وسعيًا وراء تحقيق الغرض المرجو منها فقد قرر ضرورة تضمين ذلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية).

إلا أن المشروع لم يعلق صحة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك، ويؤكد هذا النظر أن المشروع عندما رأى ضرورة وأهمية حضور عناصر معينة كمندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشكيل لجنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديرية للمناقصة حدوداً معينة فإنه قرر عدم صحة انعقادها إذا ما تخلف مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى⁽¹⁾.

ونحن نرى إن ما ذهبت إليه لجنة الفتوى بمجلس الدولة أمر محل نظر وذلك لأن غياب أحد أعضاء اللجنة، سواء أكانت لجنة فتح المضاريف أمام

(1) د. علي عبد الحسين الخطيب، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري،

مرجع سابق، ص322.

لجنة البت فيها أمر يخل بضمانات محققة نص عليها القانون هي في أساسها تعد أشكالاً جوهرية.

وفي سورية فإن المشرع قد كان صريحاً في ذلك⁽¹⁾، فالقانون عندما اشترط تشكيل لجان المناقصة من عناصر مالية وفنية وقانونية.

وقد استهدف من ذلك أن تقوم هذه اللجان بعملها في إطار من الفهم الفني والقانوني، فقد علق المشرع قانونية لجنة المناقصة على حضور أغلبية الأعضاء، على أن يكون من بينهم رئيس اللجنة شريطة أن لا تقل عن ثلاثة أعضاء إلا أن ذلك يؤدي إلى وجود تناقض واضح مع نص المادة 12 والتي تشترط أن يكون أحد الأعضاء اللجنة المحاسب المالي أو المدير المالي أو من يعمل تحت إشرافهما بينما نجد في نص المادة 21 أنه لا عبرة لوجود هذا العضو وقد قيدت المادة هنا الإدارة بشرطين هما، الحد الأدنى وأن يكون رئيس اللجنة من الحاضرين تاركة لها الحرية في تحديد صفة الحاضرين، كما أن نص المادة 21 أشار إلى عدم قانونية اجتماع اللجنة ولم يشير إلى ماذا تعني عدم القانونية هنا؟ وما هو الجزاء المترتب في هذه الحالة؟

رابعاً: الضمانات التي تتصل بعمل اللجنة:

لا يكفي النص في القانون على ضوابط تشكيل اللجان وإنما لابد من الحاجة إلى الضمانات التي تكفل أداء عمل هذه اللجان للحفاظ على مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المساواة بين العارضين ومن أبرز هذه الضمانات هي أن تمارس هذه اللجنة عملها في جلسة علنية إذ يجب أن تجري عمليات التعاقد الإداري في نطاق علني من حيث الزمان والمكان المحددين لها فالجلسات التي تفتح فيها العروض من ثم الإحالة على العارض صاحب العرض الأفضل، يجب أن تتم بحضور المعنيين بل يمكن أن تكون بحضور العامة من غير

(1) المادة 21 من القانون رقم 51 لعام 2004.

المتنافسين وتعد العلنية من قبيل الشكليات الجوهرية التي يجب مراعاتها إذ أن إهمالها يرتب البطلان كما أنها ضمان لنزاهة الإرساء وعدم التلاعب فيها وأن تتم كتابة هذه الإجراءات في محاضر وتقارير رسمية حيث تمثل الكتابة هنا إجراء جوهرياً يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات التي تقوم به اللجان المختصة.

ففي فرنسا، يجب على لجنة البت أن تثبت كتابة بيانات العروض التي تقدمت إليها ثم تقوم بإعداد قائمة بترتيب العروض التي سوف يختار منها صاحب العرض الفائز⁽¹⁾.

وفي القانون المصري تستلزم المادة 17 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، أن يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بإثبات عدد المظاريف في محضر فتح المظاريف، كما يجب عليه إثبات حالة العطاءات من حيث اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة والتأشير بدواء حمراء على البيانات التي يصاحبها كشط أو تغيير أو نحو ذلك واستلزم أن يقوم رئيس اللجنة وأعضاؤها بالتوقيع على كافة الأوراق المرتبطة بالعطاء مع ضرورة ترقيعها وبعد ذلك يوقع رئيس اللجنة وأعضاؤها على محضر فتح المظاريف ويرفق جميع الأوراق الخاصة بالعطاءات ويسلمها للجهة المختصة توطئة لتسليمها إلى لجنة البت، وفي سورية فقد نصت المادة 20 من قانون العقود على علنية عمل اللجان في حيث تقول: (تجري المناقصة في الوقت والمكان المحددين لها في جلسة علنية يسمح بحضورها لجميع العارضين)⁽²⁾.

وأيضاً لا بد من ضرورة تدوين وقائع الجلسة بشكل كتابي حيث ينص القانون على:

(1) د. جابر نصار، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 116.

(2) الفقرة أ من المادة 20 من قانون العقود السوري لعام 2004.

(تدون وقائع جلسة المناقصة بجميع الإجراءات بما فيها الاعتراضات في محضر يوقع عليه جميع العارضين)⁽¹⁾.

الفرع الثاني

اختصاص لجنة المناقصة

تتولى لجنة المناقصة العديد من الاختصاصات في أثناء المناقصة بموجب الأنظمة والقوانين وتلعب دوراً محورياً في المرحلة التمهيدية من العملية التعاقدية. إذ أن عملية قبول العروض وإرساء العقد على أحد العارضين يقتضي وجود أجهزة خاصة تتولى هذه المهمة وقد يمنح مثل هذا الجهاز الشخصية المعنوية من أجل تمكينه من ممارسة وظائفه وتحمل المسؤولية وتختلف الأنظمة القانونية في اناطة مهمة قبول العروض وفحصها واحالتها فمنها من اعتمد اللجنة الواحدة مثل سورية وفرنسا، بينما يختلف الأمر في مصر، حيث يكون هناك لجنتين لجنة مختصة بقبول العروض وفحصها ولجنة مستقلة تسمى لجنة البت مهمتها اصدار قرار الإرساء وذلك لعدد من الاعتبارات سعياً لتحقيق العدالة بين المتنافسين وضمان مصلحة المرفق العام، ومهما يكن فإذا ما عقدت هذه اللجان اجتماعاتها وفقاً للتشكيل، الذي نص عليه القانون فإنها تبدأ عملها بجملة من الإجراءات أهمها:

أولاً: استلام وتدقيق العروض:

تختلف إجراءات هذه المرحلة في كل من سورية ومصر وفرنسا، سواء من حيث عمل هذ اللجان.

ففي مصر تقوم لجنة فتح المظاريف عن طريق رئيسها بفتح صندوق العطاءات في الساعة الثانية عشر صباحاً في اليوم المعين لفتح المظاريف

(1) فقرة هـ من المادة 21 من قانون العقود السوري لعام 2004.

الفنية كأخر موعد لتقديم العطاءات وعليه اتخاذ الإجراءات التالية وفقاً لترتيبها⁽¹⁾:

- 1- إثبات الحالة التي وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامتها.
 - 2- القيام بحصر العطاءات وإثبات عددها في محضر فتح المظاريف.
 - 3- التحقق من وجود مزروفين منفصلين مقدمين عن كل عطاء أحدهما العرض الفني والآخر العرض المالي وإثبات عددها في محضر فتح المظاريف.
 - 4- ترقيم العطاء على هيئة كسر اعتيادي بسطه رقم العطاء ومقامه العطاءات الواردة وإثبات رقم كل عطاء على المزروف الفني وعلى المزروف المالي.
 - 5- إعادة وضع المظاريف المالية بعد التوقيع عليها دون فتحها ثم فتح المظاريف الفنية بالتتابع وكل مزروف يفتح يثبت رئيس اللجنة رقم العطاء وعلى كل ورقة بداخله.
 - 6- قراءة اسم صاحب العطاء وقيمة التأمين الموقت ونوعه والتوقيع مع أعضاء اللجنة، على المزروف الفني وكل ورقة بداخله.
 - 7- التأشير بدواء أحمر حول كل كشط أو تصحيح في البيانات الواردة في المزروف الفني.
 - 8- التوقيع على محضر اللجنة ويجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله في الجلسة ذاتها.
- هذا وان تقديم أي عطاء أو أي تعديل فيه يرد بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية يجب تقديمه فوراً إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة

(1) المادة 17 من اللائحة التنفيذية للقانون 1998 (قانون المناقصات والمزايدات المصري) انظر د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، في الهامش ص488.

وتاريخ وروده ثم يدرج في كشف العطاءات المتأخرة ولا يعتد بأي عطاء أو تعديل فيه بعد الميعاد المذكور إلا أنه يحق للجهة وفقاً لسلطتها التقديرية أن تقبل التعديل الحاصل لصالح الجهة العامة من صاحب أقل العطاءات سعراً شريطة أن لا يؤثر في أولوية العطاءات وفي أثناء العمل الذي تقوم به لجنة فتح المظاريف فإن إدارة قسم المشتريات بالجهة الطالبة للتعاقد تلعب دوراً هاماً في مرحلة فتح المظاريف، تكمل به عمل لجنة فتح المظاريف تمهيداً لإحالة العطاء إلى لجنة البت حيث تضطلع بمهمة فرز عينات كل صنف وقيده بالسجل المعد، لذلك والتأكد من مدى ملائمة العينة للغرض المطلوب لآجله بالوسيلة التي تراها مناسبة ثم يقوم بتفريغ العروض الفنية على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور ويجب أن تتم هذه العملية في أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت للمناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاء.

ثانياً: قبول العارضين وقبول عروضهم:

إن المنافسة في المناقصة لا تكون مطلقة وإنما تستند إلى جملة من القيود التي لا بد من توافرها حتى تحقق المنافسة هدفها كما أن العارضين مقيدون بأن يتقدموا بعروضهم وفقاً للشروط المدرجة في الإعلان، وأن يقدموا كافة الوثائق المطلوبة وتملك الإدارة سلطة في استبعاد أحد العارضين أو أحد العروض لعدم تحقق المدرجة سواء بنص القانون أو تلك الشروط التي وضعتها الإدارة بموجب سلطتها التقديرية.

فيجب على اللجنة أولاً أن تنتظر في شخصية العارض فإذا رأت حرمانه، فإنها تقرر استبعاد عرضه وبالتالي تكون سلطة الإدارة في قبول العارضين بموجب المناقصة ومقيدة دائماً، فإذا خالف لعارض الشروط الضرورية والقيود التي فرضتها الإدارة فليس أمام الإدارة إلا أن تصدر قرارها بحرمانه وأما إذا حقق الشروط المطلوبة فليس للإدارة أدنى سلطة تقديرية في رفض قبوله إلا أنه

ورغم ذلك فإن هناك هامش من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، فالذي يقترف مخالفة في تقديم عرضه، إذ أن مجلس الدولة الفرنسي قد ميز بين كل من المخالفة الجوهرية وغير الجوهرية وتعد المخالفة جوهرية إذا أدت إلى منح مرتكبها أفضلية معينة يتميز بها العارض عن باقي العارضين مما يعطل العملية التعاقدية برمتها مثل قبول العرض المتأخر عن أقصى مدة محددة لتقديم العروض وبالتالي فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في تغطية أحد المخالفات إذا كانت بسيطة وغير جوهرية وتكون سلطتها مقيدة تماما في حال كان هذا النقص جوهرى ومؤثر⁽¹⁾.

ثالثاً: إرساء المناقصة على صاحب السعر الأدنى:

قد توصي اللجنة بإرساء المناقصة على صاحب العرض الأفضل والذي يستند إلى المبدأ التقليدي وهو السعر الأقل نقدياً فيتم الإرساء على أقل العروض سعر ففي مصر أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى وجوب الترسية على العطاء الأقل سعراً⁽²⁾، إذا لم يمنح المشرع سلطة تقديرية للجنة البت في ذلك إذ لا اجتهاد مع صراحة النص بيد أن نص صراحة على قبول العطاء المقدم من توريدات من الإنتاج المحلي أو أعمال أو خدمات تقوم بها الجهات المصرية حتى ولو كان أعلى في السعر من العطاء الأجنبي، إذا لم تتجاوز الزيادة 15%⁽³⁾، مما يعد تأكيداً للالتزام دائماً بقاعدة الترسية على العطاء الأقل والخروج على هذه القاعدة بمقولة إن العطاء الأعلى سعراً يتضمن مزايا تفوق العطاء الأقل مردود وكان يتعين على جهة الإدارة إذا كانت في حاجة إلى هذه المزايا أن تضمنها مواصفاتها الفنية وتدرجها بكراسة الشروط

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 493.

(2) د. وليد عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 189.

(3) اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصري، رقم 8 لعام 1998.

والمواصفات المطروحة فضلاً على أن الخروج على تلك القاعدة ينطوي على إهدار للمصلحة المالية ويثير صعوبات عملية عدة في المفاضلة بين العطاءات، وقد أيدت هذا الرأي المحكمة الإدارية العليا، حيث ذهبت إلى وجوب التعاقد مع صاحب أقل عطاء وإن التعاقد مع غيره، ولو كان من شركات القطاع العام مخالف للقانون، إذ أنه بحسب الأصل يتعين على لجنة البت إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل إذا لم يستبعد من المناقصة وأنه من المتعين قانوناً على جهة الإدارة أن تتعاقد معه باعتباره صاحب أقل العطاءات.

وفي سورية⁽¹⁾، فقد نص قانون العقود رقم 50 لعام 2004 على ما يلي:
(تصنف العروض المقبولة بترتيب أسعارها اعتباراً من السعر الأدنى بعد تدقيق الأسعار الأفرادية والإجمالية والتأكد من صحتها ثم يعلن رئيس اللجنة بعد ذلك اسم المتعهد المرشح الذي تقدم بالسعر الأدنى).

رابعاً: إجراء مفاوضات مع العارضين:

قد تقوم اللجنة بعد دراسة العروض بإجراء مفاوضات مع مقدمي العروض وذلك إذا كان العرض الأقل سعر قد اقترن بتحفظات على المواصفات المطروحة وكان العرض الذي يليه لا يقترن بتحفظات على تلك المواصفات ولكن تزيد قيمته على العرض الأول كثيراً حينئذ تملك اللجنة سلطة تقديرية أن يجري تفاوضاً مع صاحب العرض الأقل المقترن بتحفظات مستهدفة نزوله عن كل أو بعض تلك التحفظات وبما يجعل عرضه متفقاً مع شروط المناقصة قدر الإمكان ومما لا يدع مجالاً للشك في أنه أصلح من غيره فإذا رفض صاحب العرض ذلك تملك اللجنة سلطة تقديرية بالتفاوض مع من يليه إذا كان هناك تحفظات مع أصحاب العروض الأخرى وهكذا بحيث لا تجري مفاوضة في

(1) المادة 20 في الفقرة من قانون العقود السوري رقم 51 لعام 2004.

التعديل مع صاحب العرض إلا إذا رفض هذا التعديل جميع العارضين الأقل منه ويسري ذلك الحكم حتى ولو كانت جميع العروض مقترنة بتحفظات أو غير مقترنة بشي من ذلك وكان العرض الأقل من بينها يزيد عن القيمة السوقية مالم يتقرر إلغاء المناقصة لهذا السبب على أن لا تملك الإدارة أي سلطة تقديرية في التفاوض على السعر لأن ذلك يتنافى مع طبيعة المناقصات وقد أرست المحكمة الإدارية العليا مبدأ المفاوضة فقد ذهبت في قضاؤها إلى أن المشرع رأى رغبة منه في تمكين الإدارة من الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لأموال الدولة إجازة مفاوضة بعد فتح المظاريف مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكانت القيمة الرقمية لأقل عطاء غير المقترن بشي من ذلك تزيد كثير على العطاء المقترن بتحفظات وذلك لكي ينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يتوفق بين عطائه وشروط المناقصة قدر الاستطاعة ويجعله أصلح من العطاء الأقل غير المقترن بأي تحفظ، فإذا رفض جاز التفاوض مع من يليه وذلك لأن صاحب أقل عطاء مالم يستبعد هو في الأصل صاحب الحق في إرساء المناقصة عليه إذا كان عطائه مناسباً ولأن تعديل عطائه إلى ما هو أقل أو إلى ما يجعله متمشياً مع مواصفات المناقصة وشروطها لا ضير منه على أي من أصحاب العطاءات الأخرى ولا يخل بقاعدة المساواة الواجبة بالنسبة إليهم.

وفي سورية فقد نص قانون العقود رقم 50 لعام 2004 على ما يلي:

(يجوز للجنة المناقصة قبول العروض التي تتضمن تحفظات إذا وافق العارض في بداية جلسة المناقصة وقبل إعلان الأسعار على إلغاء تحفظاته والتقيد بأحكام دفاتر الشروط الخاصة يثبت ذلك خطياً)⁽¹⁾، كما أوجبت على

(1) الفقرة د من المادة 18 من القانون 51 لعام 2004.

اللجنة أن تطلب من العارضين تقديم أسعار جديدة في مغلقات مختومة في الجلسة نفسها حيث تنص على ما يلي:

(إذا لم يتقدم أسعار تعادل السعر المشار إليه في البند (أ) من هذه المادة، أو تقل عنه يجب على اللجنة أن تطلب من العارضين تقديم أسعار جديدة في مغلقات مختومة وفي الجلسة نفسها ولا يجوز تكرار هذا الإجراء خلال هذه الجلسة وإذا كانت الأسعار الجديدة غير مساوية للأسعار المقدرة أو تزيد عليها بما يجاوز 5% أعلنت اللجنة فشل المناقصة⁽¹⁾). ويستخلص من هذا النص أن سلطة الإدارة مقيدة في هذه الحالة ولا مجال لاستخدام سلطتها التقديرية وتجاوز هذه الحدود القانونية.

خامساً: تجزئة مواد المناقصة:

تملك اللجنة التوصية بتجزئة مقادير العطاءات إذا رأت بموجب سلطتها التقديرية، أن ذلك ملائماً للمصلحة العامة، بحيث تقوم بتجزئة مواد المناقصة بين العارضين ولا يحد قرارها إلا أن تكون هذه المواد قابلة للتجزئة وهذه الحالة تقتض وجود تماثل بين عرضين أو أكثر في المناقصة وذلك بحيث لا يكون هناك سبيل لتفضيل أحدهما على الآخر مما يؤدي في الواقع العملي إلى مشكلة ولوضع حل لمثل هذه المشكلة ذهب المشرع المصري إلى جواز الترسية في هذه الحالة إلا أن ذلك منوط بتوافر شروط معينة وهذه الشروط هي:

- 1- وجود عطاءين أو أكثر متماثلين ومتساويين في الأثمان.
 - 2- أن يكون ذلك في صالح العمل.
- ففي مصر نص القانون على أنه إذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر، يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها، إذا كان ذلك في صالح

(1) لفقرة ب من المادة 22 من القانون 51 لعام 2004.

العمل⁽¹⁾. ويجوز ذلك أيضاً في حالة كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لتتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية وذلك بالتعاقد مع صاحب انسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد ومع صاحب العطاء الأقل عن باقي الكميات وعلى لجنة البت في هذه الحالة أن تثبت في تقريرها الباقي من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك.

ولكن تظل المشكلة قائمة في حالة إذا ما كانت التجزئة في غير صالح العمل أو لم تتوافر مقتضيات المصلحة العامة أو كان موضوع المناقصة غير قابل للتجزئة ولم تتضمن أحكام القانون رقم 89 لعام 1998 قواعد وأحكام، لمواجهة هذه الحالة وإزاء عدم وجود معايير للأفضلية بين العطاءات المتماثلة ويرى جانب من الفقه أن الحل في هذه الحالة هو الاحتكام إلى القرعة العلنية خاصة وأن القانون الفرنسي أخذ بهذه الوسيلة⁽²⁾، وقد افقت الجمعية العمومية بأن لجنة البت في العطاءات تولى دراسة العروض الفنية للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطلوبة على أساس المناقصة، ويجب عليها استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات وبعد ذلك تقوم بترتيب العطاءات المستوفية للشروط والمواصفات ترتيباً تصاعدياً وتختار العطاء الأفضل شروط والأقل سعر للترسية عليه ولا يعتد بأي عطاء أو تعديل فيه يرد بعد فتح المظاريف الفنية إلا إذا كان التعديل قد جاء لصالح الجهة الإدارية من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات ولم يؤثر في أولوية العطاء⁽³⁾.

(1) المادة [68] من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 والمعدلة بموجب القرار 479 لسنة 2006.

(2) د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطوير، مرجع سابق، ص 150.

(3) المرجع السابق، نفس الصفحة.

وإذا كانت القاعدة هي إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً على نحو ما تقدم فقد يحدث أن يتخذ أكثر من عطاء شروطاً وسعراً متماثلين وفي هذه الحالة أجاز المشرع تجزئة المقادير المعلن عنها إذا كانت العملية قابلة للتجزئة وكانت هذه التجزئة في صالح العمل وحيث أنه أعمالاً لما تقدم ولما كان ثابت من الأوراق انه قد تقدم للمناقصة محل طلب الرأي شركتان وقد رفضت لجنة البت العطاء المقدم من الشركة الأولى فنياً، لأن الشركة حددت بعطاءاتها سعة أسطوانات لا تطابق مع سعة الأسطوانات المطلوبة تعبئتها ومن ثم يتعين على السلطة المختصة الاعتراف بما انتهت إليه لجنة البت في هذا الشأن واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيم وينحصر في اعتماد ما انتهت إليه لجنة البت أو إلغاء المناقصة إذا ما ثبت لها ذلك لا سباب تتعلق بالمصلحة العامة⁽¹⁾.

إذا لا محل لجواز تجزئة المقادير المعلن عنها بين الشريكتين ولا ينال من ذلك أن شركة قد أرسلت للجهة الإدارية كتاباً بتاريخ 1992/2/15 توافق على تعبئة جميع أسطوانات الغاز بالسعات المختلفة وانها توافق على خصم جنيته واحد عن كل طن لأن هذه الموافقة وردت بعد فتح المظاريف الفنية وتعتبر تعديلاً في العطاء ولا يعتد به ولا يلتفت إليه لأنه ليس مقدماً من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طبقاً لنص المادة 63 السالفة الذكر، كما لا ينال من ذلك ما ساقته الجهة الإدارية من مبررات واقعية تتعلق بطبيعة العمل وهي كون الكلور سلعة استراتيجية وان الاعتماد على شركة واحدة من شأنه وضع الجهة الإدارية في موقف حرج حال توقف الشركة عن التوريد لأي سبب من الأسباب، إذ أن المشرع قد تناول بالتفصيل كيفية مداركه الجهة

(1) د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطوير، مرجع سابق، ص 148.

الإدارية للأصناف المطلوبة في الحالات العاجلة وحالات الضرورة فضلاً عن إن هذه المبررات ليس من شأنها مخالفة القانون⁽¹⁾.

وفي سورية فقد حدد المشرع بوضوح الحالات التي يجوز فيه تجزئة مواد المناقصة، أن كان ذلك في تحقيق المصلحة العامة ورات الجهة الإدارية ذلك شريطة أن تكون قد أعلنت مسبقاً وفي دفتر الشروط عن نيتها في اللجوء إلى هذا الإجراء وأن تكون هذ المواد بطبيعتها تقبل التجزئة حيث تنص المادة 22 على ما يلي:

"يحق للجهة العامة تجزئة مواد المناقصة بين العارضين حسبما تراه مناسباً بحيث تجري إحالة جزء إلى عارض دون أن يحق له الاعتراض شريطة أن تكون المواد قابلة للتجزئة وأن ينص على ذلك في دفتر الشروط الخاصة".

سادساً: تصحيح الأخطاء المادية:

1- قبل صدور قرار الإرساء:

قد يحدث في أثناء إعداد العارض لعرضه أن يقع في خطأ مادي وهذه الأخطاء قد يتم كشفها من لجان المناقصة بطريقة تلقائية أو بناء على شكوى من صاحب الشأن وقد أجاز القانون 89 في مصر للجنة البت، أن تقوم بتصحيح الأخطاء المادية على أن تقوم بإثبات ذلك في محضر جلستها وقد عرفت الجمعية العمومية بمجلس الدولة الخطأ المادي بأنه الخطأ الذي مرجعه إلى سقطات القلم عند الكتابة ومن أمثلة الخطأ المادي الاختلاف بين السعر الإجمالي وسعر الفئات أو الاختلاف بين السعر المنقط والسعر المبين بالأرقام وتقدير ما إذا كان الخطأ مادياً من عدمه مرجعه إلى سلطة لجنة البت التقديرية.

(1) د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطوير، مرجع سابق، ص 150.

حيث أجاز المشرع المصري للجنة البت أن تقوم بتصحيح الأخطاء المادية دون الأخطاء المدعاة في تقدير ثمن السلعة أو تقدير ظروف التوريد مثلاً وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن، بأن سلطة القاضي في تبيان الخطأ الذي وقع في العقد لا يقل عن سلطته في فسحه وتعديله فله أن يتحرى الإرادة الظاهرة بين المتعاقدين للوقوف على الخطأ الذي شاب هذه الإرادة من واقع الظروف والملابسات، فإذا استبان وجود خطأ قام بتصحيحه بما يتحقق معه التعبير الصحيح للإرادة بحيث لا يستغل أحدهما ما وقع في العقد من خطأ عند الكتابة، وقد أفتت الجمعية العمومية بقولها: من حيث أن مفاده ما تقدم أن إرادة الطرفين انصرفت أساساً إلى التعديل على السعر الإجمالي للعملية، وأن نتيجة توزيع هذا السعر على الأقسام المختلفة للعملية وأن تضمنت لبساً فيما يتعلق بأحد الأقسام، فإن ذلك مردوده إلى خطأ مادي واجب التصحيح، وليس ثمة ما يحول قانوناً دون تصويبه ذلك أن عملية التوزيع سواء أكانت مشوبة في أحد جزئياتها ببعض الأخطاء أم لم يعتريها أي لبس فإن ذلك لا يؤثر في كون المناقصة تمت على أساس سعر إجمالي العملية⁽¹⁾.

كما أفتت الجمعية العمومية أيضاً بأن لما كانت شركة قد بادرت بعد فض المظاريف المالية وقبل البت في العملية بإخطار الهيئة بالغلط، الذي وقعت فيه استناداً إلى أنها فوضت في قبض المبالغ لأحد البنوك بالأرقام 5000 جنيه، وبالحروف خمسمائة جنيه، وأن الصحيح هو خمسة آلاف جنيه، وعلى أساس أن ما وقعت فيه الشركة مجرد غلط مادي في كتابة الرقم المدون بالأرقام إلى حروف، وهو ما ترتب عليه تخفيض إجمالي قيمة هذا البند إلى

(1) د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطوير، مرجع

سابق ص150.

مبلغ خمسة عشر ألف جنيه، وليس مائة وخمسون ألف جنيه، في حين اجمالي العملية هو مبلغ (159800)⁽¹⁾.

وتوجد بعض الأخطاء التي لا تتمكن اللجنة من تصحيحها ولا يجوز الادعاء بها ولا تقبل تصحيحها ومن هذه الأخطاء حصول خطأ في تقدير الثمن، وكذلك خطأ في تقدير ظروف التوريد، أو شروطه بعد فتح المظاريف وكذلك الحال في حالة الادعاء بحصول خطأ في الأسعار على الرغم من مطابقة السعر المدون بالأرقام للسعر المفقطة، فمثل هذه الأخطاء لا تملك اللجنة قبول الادعاء بها أو تصحيحها وتطبيقاً لذلك فقد افتت الجمعية العمومية بأن المحذور هو الإدعاء بحصول خطأ في تقدير الثمن أو الخطأ في تقدير ظروف التوريد أو شروطه أو في المادة المطلوب توريدها وذلك بعد فتح المظاريف وإعلان الأسعار أما الخطأ الذي مرده إلى سقطات القلم عند الكتابة فليس في نصوص القانون ما يمنع تصحيحه وتقدير الخطأ من عدمه في العطاء يخضع لتقدير لجنة البت في كل حالة على حدة بحسب ظروف وملابسات الأسعار في الأعوام السابقة، وأسعار البند المزعوم بحدوث خطأ مادي عليه مقارناً بنظيره في العطاءات الأخرى المقدمة في ذات المناقصة.

2- بعد صدور قرار الإرساء:

قد يحدث أن تقع اللجنة المختصة بالإرساء بأخطاء مادية في أثناء عملها وتكشف السلطة المختصة بالإبرام تلك الأخطاء في أثناء تقييمها لقرار الإرساء ومجمل العملية التعاقدية فهل السلطة المختصة بالإبرام تستطيع القيام بتصحيح هذه الأخطاء بنفسها أم تحيلها إلى لجان المناقصة⁽²⁾؟

(1) د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطوير، مرجع سابق، ص 150.

(2) محمد علي جواد. القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 125.

في حقيقة الأمر أن فقهاء القانون العام غير متفقين بشأن هذه النقطة، فبعضهم يجيز للسلطة المختصة بالإبرام أن تقوم بتصحيح هذه الأخطاء سواء كانت تلك الأخطاء مادية أم قانونية بينما يرى البعض الآخر عدم منح السلطة تلك الصلاحية وبالتالي وفقاً لهذا الرأي، فإنه في حال حدوث أخطاء مادية أو قانونية فإنه يجب إعادة عرضها على لجنة المناقصة التي هي صاحبة الاختصاص الأصيل، ولهذه اللجنة سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأنها ويبقى لسلطة الإبرام حق رفض قرار لجنة المناقصة ولكن ليس لها حق تعديله سواء من حيث المضمون أو من حيث الشكل.

وعموماً فإنه في مصر يجوز تصحيح الأخطاء في الكتابة وغلطات القلم وفي جميع مراحل التعاقد⁽¹⁾، إلا أنها بينت بأن الاختصاص بتلك الأخطاء لا ينعقد لجهة واحدة وإنما لجهة الادارة أحياناً وللقضاء أحياناً أخرى.

فإن قدمت الشكوى قبل البت في المناقصة فإن الاختصاص بالفصل للجنة البت والوزير المختص وبالتالي فيكون للجنة استظهار الغلط أن كان له وجود فإذا تبين وقوع الغلط المادي في الحساب أو وقوعه نتيجة غلطة من غلطات القلم، وثبت ذلك بشكل قاطع فإن لجنة المناقصة هنا تقوم برفع توصية لأمر الصرف مرفقاً برأي مجلس الدولة أن وجد للاعتماد وبالتالي يتوجب على اللجنة أن تلتزم لدى استكمالها المناقصة بالتصحيح على النحو الذي يتفق والإرادة الصحيحة للعارض والمصلحة العامة.

(1) اللجنة الأولى بقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري في رأيها الذي صدر بتاريخ 1990/2/28. أشار إليه د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و المناقصات والمزايدات مرجع سابق، ص512.

وإذا تبين للجنة عدم صحة الغلط أوصت اللجنة برفضه على أن ترفع قرارها إلى الوزير المختص لاعتماده فإذا لم يقبل المعارض قرار لجنة البت والوزير المختص كان له حق اللجوء إلى القضاء.

أما إذا ما قدمت الشكوى بعد البت في المناقصة وصدر قرار باعتماد نتيجة المناقصة فإن التعاقد قد خرج إلى الوجود وتم قانونياً، ولا تكون هناك سلطة سواء للجنة البت، أو الوزير المختص في تصحيح الغلط بعد إتمام التعاقد وإنما يدخل الأمر في نطاق سلطة القاضي التي لا تتجاوز سلطته تبيان الخطأ الذي حدث في العقد وحسب.

ونحن نرى إمكانية الأخذ بهذه الحلول لمعالجة الحالات المماثلة التي تحصل في أثناء المناقصة في سورية إذ يتم تصحيح الأخطاء التي تقع قبل اعتماد قرار الإرساء من قبل الوزير، بناء على اقتراح من لجنة المناقصة، أما إذا كشفت بعد صدور قرار الإبرام وتبليغ أمر المباشرة، فإنها تخرج من اختصاص السلطة المختصة بالإبرام ويختص بها القضاء الإداري.

بيد أنه ينبغي الإشارة إلى حالة خطيرة من حالات تصحيح الأخطاء المادية وهي حالة فيما لو أقدمت لجنة المناقصة على إحالة المناقصة نتيجة الأخطاء بالأرقام على متعاقد آخر غير المتعاقد الذي يستحق أن ترسو عليه المناقصة وتم اعتماد القرار من قبل السلطة المختصة. فما هو الحل في هكذا حالة؟

أجابت إدارة الفتوى لوزارة الصحة في مجلس الدولة المصري⁽¹⁾، عن هذه الحالة حيث بينت أن لجنة البت أوصت بقبول العطاء المقدم من شركة بحسبانه العطاء الأقل على الرغم من وقوعها بالخطأ لوجود سعراً أقل وأخطارها

(1) فتوى الصادرة بتاريخ 1994/4/17. أشار إليها د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و

المناقصات والمزايدات مرجع سابق، ص 518

المحال عليه بقبولها عطائه فعدت إدارة الفتوى العقد بين الرأسي عليه المناقصة والوزارة قد أصبح منعقدًا، وترتبت آثار انعقاده ولا تتحمل الوزارة مسؤولية قرار الإبرام لأنها صادقت على من حددته اللجنة وأنها لا تملك أن تستبدله أعمالاً لأحكام المحكمة الإدارية وأن لم تكن تعلم بالخطأ الذي وقعت فيه لجنة البت.

ونحن لا نوافق هذا الرأي إذ أن إحالة المناقصة على عارض غير العارض الذي يفترض أن يكون هو من رست عليه المناقصة - وإن كان قد نتج عنها إبرام عقد بينها وبين العارض الذي أبرمت معه العقد نتيجة هذا الخطأ - إلا أنها ولدت ضرراً مالياً للإدارة كونها تجاهلت السعر الأقل واضرت بالعارض الذي كان العقد سيرسو عليه وبالتالي نرى أنه لا مانع أن تكون معالجة الامور أكثر مرونة ومعالجة هذه الحالة وفق المقترح الآتي:

1- إجراء التسوية الودية مع العارض الذي رست عليه المناقصة بالخطأ لتعديل السعر كي ينزل إلى السعر الذي قدمه العارض الذي يفترض أن ترسو عليه المناقصة وتثبيت السعر الجديد في وثيقة العقد التي يوقعها الطرفين.

2- في حال عدم الموافقة على تلك التسوية ويتحمل الفارق بين سعر العارض الذي أحييت عليه المناقصة بالخطأ وسعر العارض الذي كان يجب أن ترسو عليه المناقصة أعضاء لجنة المناقصة على وجه التضامن ومن مالهم الخاص لأن الخطأ الذي وقعوا فيه جسيماً، وبالتالي خطأ شخصي يسألون عنه مسؤولية تقصيرية.

ومن الممكن للعارض الذي كان يجب أن ترسو عليه المناقصة أو لمطالبة بالتعويض إن كان له من المقتضى على أن ترجع الإدارة بقيمة ذاك التعويض على أعضاء لجنة المناقصة لخطاهم الشخصي.

سابعاً: التوصية بإعادة المناقصة أو إلغائها:

قد يصادف الإدارة في بعض الأحيان أن لا يقدم أحد إلى المناقصة أو أن يتقدم عارض وحيد فقط أو قد تتساوى بعض العروض في السعر، مما يدفع لجنة بأن توصي بإعادة المناقصة أو إلغائها.

ففي مصر قد أوضحت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات⁽¹⁾، القواعد والأسباب التي يجوز إلغاء المناقصة بناء عليها حيث تنص المادة 15 من القانون على أن تلغى المناقصة، وقبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك كما يجوز إلغاؤها في أي من الحالات الآتية⁽²⁾:

أ- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد استبعاد العطاءات إلا عطاء وحيد ومقبول.

ب- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.

ت- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة التقديرية.

ويكون الإلغاء في هذه في هذه الحالات بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية من لجنة البت.

وفي سورية فإن قانون العقود رقم 50 لعام 2004 لم ينص المشرع على أي صلاحيات للجنة المناقصة بالتوصية بإلغاء المناقصة بيد أنها تستطيع أن توصي بإعادة الإعلان عن المناقصة مجدداً في حالة وحيدة حيث نص البند 1/ من الفقرة ج/ من المادة 22 على ما يلي:

((إذا لم يتقدم سوى عارض واحد أو كان العرض المقبول عرضاً واحد يعاد الإعلان عن المناقصة مجدداً)).

(1) المادتين 15 و 29 من القانون رقم 89 لسنة 1998.

(2) د. أحمد عثمان عياد. مظاهر السلطة العامة، مرجع سابق، ص 177.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن هذه الاختصاصات المهمة والمتعددة يقابلها أيضاً التزامات، يجب أن تنقيد بها الإدارة، وتجاوزها قد يرتب المسؤولية على اللجنة سواء مجتمعين أو كل عضو على حدا، فقد استقر القضاء التأديبي الحديث في مجلس الدولة المصري على أن تشكيل اللجان الإدارية من أعضاء ذوي اختصاصات مختلفة وخبرات متباينة يرجع سببه إلى الموضوعات المطروحة على تلك اللجان ويثير مسائل مختلفة تدخل كل مسألة في اختصاص معين، وخبرة مختلفة عن الأخرى، وبهذا يتوافر بحث الأمور من جوانبها المختلفة بأن يتولى كل متخصص الجانب الذي يخصه بما لديه من خبرات خاصة تؤهله لذلك وعليه أن يقوم بعمله بدقة وأمانة وبذل الجهد المطلوب فإذا ما قصر في ذلك فإنه يعتبر قد ارتكب خطأ يستوجب العقاب غير أن ذلك لا يؤدي إلى مسؤولية البعض الآخر في اللجنة الذي يجرح اختصاصه وخبرته عن نطاق الحالة التي وقع بها الخطأ إذ لا يجوز قانوناً مسائلة عضو عن أمور تخرج من تخصصه وخبرته المؤهلة له فعلاً.

فليست هناك مسؤولية تضامنية في خصوص اللجان الإدارية إلا ما كان مرتبطاً بمسائل يسأل عنها أعضاء اللجنة كلهم وفي غير ذلك يمكن لسلطة التأديب أن تغاير في العقوبة بين عضو لجنة وآخر فيها حسبما تراه، وما يتضح لها من الظروف والملابسات وعلى ضوء تخصص كل عضو وخبرته⁽¹⁾.

فقد نصت المادة 144 قانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم 8 لسنة 1998 إلى تعرض المسؤول عن مخالفة أحكام اللائحة من العاملين بالجهات التي تسري عليه للمساءلة التأديبية والمدنية والجزائية وفي هذا الصدد نقول:

(1) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و المناقصات والمزايدات مرجع سابق، ص 522.

يتعرض المسؤول عن مخالفة أحكام هذه اللائحة من العاملين بالجهات التي تسري عليه المسائلة التأديبية دون الأخلال بحق إقامة الدعوى المدنية أو الجنائية ضده عند الاقتضاء.

إذ أن الموظف العمومي ملزم في أداءه لوظيفته باتباع كافة القوانين والأنظمة المعمول بها والتي يفترض علمه بها ولا يعذر بجهله فإذا خالف قوانين الوظيفة فإنه يسأل عن ذلك وقعت المخالفة تحت طائلة قانون العقوبات فإنه يسأل عنها جزائياً كما أنه إذا أصاب الجهة الإدارية ضرر من جراء خطئه، كال له حق الرجوع عليه بالتعويض عن هذا الضرر، إذا كان خطئه شخصياً ومن صور هذا الخطأ الشخصي الذي يسأل عنه العامل في ماله الخاص، الخطأ العمدي والخطأ الجسيم.

وفي سورية، فإن قانون العقود رقم 51 لعام 2004 أتى خالياً من أي نص يشير إلى مسؤولية أعضاء لجنة المناقصة سواء التأديبية أو الجزائية أو المدنية، وبالتالي يمكن الرجوع هنا المواد المنظمة لهذه الحالة القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم 50 لعام 2004⁽¹⁾، فيما يتعلق بالمسؤولية التأديبية أو قانون العقوبات العام⁽²⁾.

ونحن ندعو المشرع السوري إلى أن يضيف نصاً صريحاً وواضحاً إلى قانون العقود رقم 51 لعام 2004 يشمل بالتفصيل المحظورات التي ينبغي على عضو لجنة المناقصة تجنبها في أثناء قيامه بالمهام الموكلة إليه والعقوبات التي تترتب على ارتكاب هذه المحظورات.

(1) المواد 66، 67، 68 من القانون الأساسي للعاملين في الدولة في سورية رقم 50 لعام 2004.

(2) د. علي عبد الحسين الخطيب، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 360.

وهكذا نكون قد انتهينا في الفصل الأول من البحث في الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد الإداري والتركيز على مدى السلطة التقديرية وأهميتها في هذه المرحلة المهمة، فإن الفصل الثاني سوف يكون محطة للبحث في السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة الإجراءات النهائية في إبرام العقد الإداري.

الفصل الثاني
سلطة الإدارة التقديرية في الإجراءات النهائية
في إبرام العقد الإداري

الفصل الثاني

سلطة الإدارة التقديرية في الإجراءات النهائية

في إبرام العقد الإداري

تعد مرحلة إبرام العقد ضمن إجراءات تكوينه أكثر المراحل قيمة وأهمية، إذ أن اختيار لجنة المناقصة لأحد العارضين صاحب السعر الأقل لا يعدو أن يكون إلا إجراء تمهيدياً أو مشروع عقد يتلخص في ترشيح أفضل العروض من الناحية المالية ويوصي فقط بإبرام العقد معه⁽¹⁾، وبالتالي لا يعدو أن يكون قبولاً من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء الرابطة العقدية لا بل يوجد بعد هذه المرحلة مرحلة مهمة وجوهرية وهي مرحلة إبرام العقد أو ما يسمى تصديق السلطة المختصة لقرار الإرساء واعتماده والتي يعود لها وحدها دون غيرها حق إبرام العقد الإداري نهائياً وبالتالي يعتبر التصديق على الإرساء وإصدار قرار الإبرام هو القبول النهائي للعقد بكل ما في الكلمة من معنى، لأن للتصديق أثراً منشئاً وليس مجرد أثراً كاشفاً كما سبق وبيننا أعلاه.

إن مبدأ تلقائية الإرساء في المناقصة قد يؤدي إلى اختيار أحد العارضين التي تكشف الظروف فيما بعد عدم أهليته أو يتضح للإدارة أنها لم تعد بحاجة للمناقصة وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة⁽²⁾، وهذا من شأنه أي يبقى باب حق الاعتراض مفتوح للإدارة على مجمل العملية العقدية حتى آخر لحظة فيها وبالتالي إبقاء الباب مفتوحاً أمام السلطة المختصة بالتصديق لتعديل الأوضاع التي قد تكون في غير صالح المرفق العام، حيث تملك الإدارة في هذا المجال

(1) د. عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق،

ص250.

(2) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

سلطة تقديرية منحها إياها المشرع وأن عدم قانونية العقد لعدم استكمال إجراءات تصديقه من المرجع المختص لا يدع مجالاً لإعلان بطلانه لأن طلب الإبطال محله العقود النافذة ويبقى كمشروع عقد لا تطله أحكام البطلان⁽¹⁾. ومن ثم سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى بحثين، نتعرض في المبحث الأول لدراسة الطبيعة القانونية لقرار الإبرام وآثار صدوره، وفي المبحث الثاني ندرس إلغاء المناقصة وحالاتها وآثارها القانونية.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 237 تاريخ 2013/5/1، مذكور في مجلة المحامون، الإصدار الثاني، 2013.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لقرار الإبرام وآثاره القانونية

سنقوم في هذا المبحث بالتركيز على الطبيعة القانونية لقرار الإبرام والسلطة المختصة باتخاذها، ومن ثم التطرق في المطلب الثاني للآثار القانونية لقرار الإبرام.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لقرار الإبرام والسلطة المختصة باتخاذها

لأسباب منهجية وبغية تغطية هذا المطلب تغطية علمية صحيحة اقتضى الأمر تقسيمه إلى فرعين اثنين ستتم معالجتهم وفق الهيكلية الآتية:

الفرع الأول

التكييف القانوني لقرار الإبرام

الإبرام هو القرار الصادر من الجهة المختصة قانوناً باتخاذها والذي يكون محله تصديق قرار الإرساء على صاحب العرض الذي أوصت به اللجنة المختصة بالإرساء⁽¹⁾. كما يطلق الفقه على عملية تدخل تلك السلطة المختصة بتصديق نتائج الإرساء تسمية الاعتماد⁽²⁾. ويعد هذا الإجراء أهم إجراء من إجراءات إبرام العقد الإداري من قبل الإدارة وتعتبر مرحلة إصدار قرار الإبرام المرحلة الأكثر أهمية وشأناً من الناحية القانونية والإدارية في العقد، إذ يعتبر قرار الإبرام هو القبول الذي صادف إيجاباً في العقد الإداري ويؤدي إلى إتمام عملية التعاقد حتماً مع صاحب السعر الأدنى الذي أوصت به لجنة المناقصة.

(1) د. عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص235.

(2) يجب أن لا يختلط مفهوم اعتماد العقد مع مفهوم تصديق السلطة الوصائية على العقد ذاته بعد إبرامه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص304.
انظر أيضاً د. مهدي نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص510.

ويعد تدخل السلطة الإدارية المختصة لإصدار قرار الإبرام مظهراً من مظاهر إرادة هذه الإدارة وهذا المظهر ينبغي أن يكون صريحاً، ما لم يكن هناك نص مغاير من قانون أو اجتهاد قضائي أو تعميم من جهة وصائية ولا يمكن أن يكون هناك إبرام لعقد من قبل الإدارة إذا لم تظهر هذه الإرادة، إذ لا ريب أن النقاء إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد له مفعول إنشاء الرابطة العقدية. وبالتالي إذا اعتمدت الإدارة قرار الإرساء وأصدرت قرار الإبرام رأى العقد النور وانتقل المتعهد من مركز المتعهد المرشح إلى مركز المتعهد كما هو الحال عليه في سورية⁽¹⁾.

ويعد قرار الإبرام بطبيعته قرار إدارياً منفصلاً يقبل الطعن بالإلغاء⁽²⁾، وقد كان هذا نقطة الانطلاق في تطور مجلس الدولة الفرنسي وتحول كبير ومهم في قضائه، إذ قبل الطعن في قرارات السلطة بالإبرام بالعقود الإدارية بصورة مستقلة عن باقي مكونات عملية التعاقد ذاتها وقد قبل أيضاً الطعن به من أحد أطراف العقد الذي له مصلحة في ذلك⁽³⁾.

وفي مصر فإن القضاء الإداري أيضاً قبل دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة بالإبرام بوصفها قرارات إدارية نهائية منفصلة عن العقد الإداري⁽⁴⁾، وكذلك الحال في سورية فإن مجلس الدولة⁽⁵⁾، عد قرار الإبرام قرار إدارياً نهائياً منفصلاً.

(1) فقرة ب من المادة 24 من قانون العقود السوري رقم 51 لعام 2004.

(2) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 200.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

(4) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

(5) قرار مجلس الدولة رقم 34 لعام 2001. أشار إليه صبحي سلوم في موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 255.

(1) انظر أيضاً في ذلك تقول محكمة القضاء الإداري (أن جهة الإدارة عند تعاقدتها مع الأفراد والهيئات بطريق المناقصة العامة تسيّر على مقتضى تنظيم إداري مقرر لذلك. فإذا رأت =

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن قرار الإبرام الذي نحن بصدد دراسته يختلف عن قرار التصديق الصادر من قبل السلطة الوصائية.. فالواقع يشير إلى أنه كثيراً ما يستعمل تعبير التصديق للدلالة على فعل الإبرام ذاته، وعندئذ إذا قيل أن الوزير أو المحافظ قد صدق العقد فإن هذا يعني أنه وقع العقد أي أبرمه لذلك كان لزاماً التفريق بين هذين المعنيين. وهذا التفريق أمر سهل إذ يكفي معرفة من هي السلطات الموصوفة لإبرام العقد. فإذا كان التصديق منوطاً بهذه السلطة، عندئذ نحكم حتماً بأن السلطة المذكورة قد أبرمت العقد وإن عبرت عن فعلها بأنه مجرد تصديق.

وعلى العكس تماماً إذا كان الإبرام بيد سلطة ما ورفعت العقد للتصديق من سلطة أعلى منها فنكون هنا أمام سلطة مصدقة.

فالإدارة غالباً ما تكون ملزمة في بعض أنواع العقود بسبب أهميتها أو قيمتها المالية من بتصديقه من بعض الجهات الوصائية، وتكون مجبرة بأن تحيل أوراق العقد إلى إدارة أخرى لتقرر ما تم التوصل إليه من نتائج تعاقدية وليس اقرار النتائج التي اقرها قرار الإرساء⁽¹⁾.

ومن المعلوم أن هذا النهج كان سائداً في فرنسا قبل صدور القانون رقم 2 لسنة 1982 الذي ألغى الوصاية على الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة وبقي معمولاً به في إطار العقود التي تبرمها المؤسسات الوطنية فقط

= جهة التعاقد هنالك مصلحة وهي الجهة المختصة بإبرام العقد فإنها تلتزم في هذه الحالة بإبرام العقد مع المناقص الذي عينته لجنة للبت، وليس لها أن تستبدل بهذا المناقص غيره فاختصاصها بهذا الخصوص مقيد بالامتناع عن التعاقد مع غير من رسا عليه العطاء. حكم المحكمة في الدعوى رقم (13037) سنة 8 ق بجلسة 18/11/1956 سنة 1956، نقلاً عن د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص268.

د. عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص290.

ورتب الفقه والقضاء الفرنسيان نتائج معينة على هذه التفرقة بين التصديق بمعنى اعتماد قرار الإرساء وبين التصديق من قبل السلطة الولائية وتصديقها لعقد تم إبرامه وهي كالتالي:

1- إن تدخل السلطة الوصائية ليس بذى أثر على وجود العقد ذاته فالعقد الخاضع للتصديق من قبل بعض الهيئات الوصائية يخرج إلى حيز الوجود بشكل مسبق على تدخل سلطة الوصاية إذ أن الرابطة العقدية تكون مكتملة من تاريخ توقيعه، ومن ثم فإن تصديق السلطة الوصائية يكون ذا أثر رجعي⁽¹⁾.

2- إن العقد غير المعتمد من قبل السلطة الوصاية لا يعد باطلاً، ولكنه في المقابل لا يصبح منتجاً لأية آثار قانونية⁽²⁾.

ففي الهيئات الإدارية اللامركزية فإنه لا يعطي أي عقد مفعوله ما لم توافق السلطة الوصائية على إبرام العقد، فوفقاً لقانون الإدارة المحلية في سورية إن المجلس المحلي هو السلطة الموصوفة لإبرام العقد الإداري، ولكن هذا العقد لا يصبح نافذاً إلا بعد الموافقة على الإبرام من قبل المكتب التنفيذي.

كما تجدر الإشارة إلى أن السلطات اللامركزية ليست هي السلطات الوحيدة الخاضعة في عقودها إلى الموافقات الوصائية⁽³⁾، فبعض من عقود الدولة (السلطة المركزية) تكون خاضعة لمثل ذلك، فقد نصت بعض القوانين كالقانون الخاص بصوامع الحبوب في سورية وعقود احتياجات المرافئ (مرفأً اللاذقية ومرفأً طرطوس)، على أنه لا بد كي يعتبر عقد الالتزام بصوامع الحبوب ويصبح نافذاً لا بد من موافقة تصدر عن رئاسة مجلس الوزراء، كما أن رئيس

(1) سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 202.

(2) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 511.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

مجلس الوزراء قد أضاف العديد من البلاغات التي يذكر فيه السادة المختصين بإبرام العقود ضرورة الحصول على موافقة رئاسة مجلس الوزراء في هذا الشأن⁽¹⁾.

وقد سار مجلس الدولة في سورية على نفس المسار، عندما ينظر في تأشير عقد من هذه العقود على الامتناع عن التأشير بقوله: أن العقد غير جامع لموجباته القانونية إذ افتقد في واحد منها هذه الموافقة⁽²⁾.

وبالتالي، فإن القانون وحده هو الذي يستطيع أن يقيم نظام الموافقات المبحوث، فليس من اختصاص السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد، أن تصرح بأن هذا العقد لا يغدو نهائياً ما لم يحظ بموافقة هذا الجهاز الإداري أو ذاك فإذا أبرم عقد رغم افتقاره إلى الموافقة أصبح لاغياً، ولكن هنا قد تثور مسؤولية الإدارة بالتعويض على صاحب العلاقة.

وإن هذه الموافقة على إبرام العقد الإداري سواء المبرمة من السلطة المركزية، أو من السلطة اللامركزية تتبع أحد المقياسين الأول كيفي والآخر كمي.

فالموافقة الكيفية هي تلك الموافقة التي تخضع لها عقود من نوع خاص مهما كان مبلغها، مثل العقود المبرمة لمشروعات من نوعية ضخمة مثل هذه الموافقات قد تتخذ صورة تشريع كما جرى لمشروع سد الفرات وقد لا تتخذ سوى شكل موافقة إدارية من رئاسة مجلس الوزراء مثل مشروعات صوامع الحبوب وقد لا تتخذ أحيان سوى شكل موافقة وزير⁽³⁾.

(1) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، (سورية، لبنان، مصر)، مطبعة الداوي، دمشق، ط1، 2000، ص 490

(2) المرجع أعلاه، ص 495.

(3) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، 500.

أما الموافقة الكمية، فتتحدد في ضوء المبلغ المتعاقد عليه فمن ذلك خضوع العقود التي تزيد قيمتها على مبلغ خمسة عشرة مليون ليرة إلى موافقة مسبقة⁽¹⁾، وهذا ما يمليه التشريع ذاته أو دفا تر الشروط التي تصدر بقانون أو بتفويض من المشرع.

وأن هذه الموافقة من المكن أن تكون صريحة ومن الممكن أن تكون ضمنية على السواء فقد تأخذ هذه الموافقة شكلاً صريحاً والتي تصدر عن السلطة الوصائية المختصة، وغالباً ما يلجأ المحاسبون إلى هذه الموافقة لكي لا يقعوا تحت طائلة التبعية في المستقبل والمقصود هنا تبعية مؤاخذه الجهاز المركزي للرقابة المالية أو ديوان المحاسبات في جمهورية مصر العربية حسب الحال⁽²⁾.

وقد تكون هذه الموافقة شكلية وسميت بذلك لأنه لم يقصد الموافقة الصريحة بل قامت قرائن وأدلة على رضا السلطة المختصة بهذا الشأن. وتشيع هذه الموافقات في قرارات المجالس المحلية في الإبرام وهي تعتبر موافقات ضمنية مسبقة بعد انقضاء المدة المحددة في قانون الإدارة المحلية⁽³⁾، إذ تعتبر هذه الموافقات قد تمت بعد مرور المدة المحددة ولم تقم الإدارة بإصدار قرارها بالإلغاء.

وكما هو مستقر في مصر فإن مجلس الدولة⁽⁴⁾ إذ يعطي رايه في هذا المجال فإنه يعطيه حول إجراءات التعاقد ومدى انطباقها على أحكام القانون

(1) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، 550.

(2) المرجع أعلاه، ص، 560.

(3) المرجع أعلاه، ص 565

(4) د. محمود الصالح، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص774.

من جهة وحول نصوص العقد من حيث وضوحها وانسجامها من أحكام القانون من جهة أخرى.

وقد رأى القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري⁽¹⁾، أن تاريخ طلب تصديق العقد من مجلس الدولة هو التاريخ الذي يجب أن يعتبر فيه العقد مصدقاً من المراجع المسؤولة وأن تصديق مجلس الدولة على العقد هو عنصر من عناصر التصديق⁽²⁾.

وفي سورية، ليس هناك نظام قانوني خاص للموافقات الضمنية إنما يدخل في عداد الشؤون العامة التي تختص به السلطات المركزية في أثناء ممارستها الرقابة على أعمال السلطات اللامركزية⁽³⁾.

ولابد من الإشارة إلى المعنى الحقوقي لهذه الموافقة فبعض الفقهاء رأى أن العقد يعد منعماً بدون الموافقة وعلى هذا المسلك سار مجلس الدولة الفرنسي بشأن هذا العقد حيث يعتبر أن كل عقد غير موافق عليه من قبل السلطة الوصائية هو عقد غير مكتسب الصفة النهائية، أو مشروع عقد وبالتالي، لا يعتبر الفرد مكتسباً لصفة المتعاقد وما زال في صفة المتعاقد المرشح⁽⁴⁾.

ونحن لا نرى ذلك صواباً، فالرأي السابق يعتبر الموافقة عنصراً من عناصر تكوين العقد ذاته، وأن هذه الموافقة تعد شرطاً ضرورياً من شروط دخول العقد حيز التنفيذ، والتزام الطرفين بتنفيذه، وليست الموافقة هي التي تشكل الرابطة التعاقدية وأن هذه الموافقة تنسحب على تاريخ الإبرام لا تاريخ الموافقة مع كافة آثارها القانونية.

(1) صبحي السلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 202.

(2) المرجع أعلاه، ص 216

(3) المرجع أعلاه، ص 233

(4) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 155.

وبالتالي، هذه الموافقة لا تعد عنصراً من عناصر تشكيل العقد، ولكنها شرط موقوف لقوة نفاذه⁽¹⁾، وبالتالي مادامت الموافقة مفتقدة فليس للعقد صفة نهائية وبناء على ذلك أن الأطراف غير ملزمين بتنفيذ التزاماتهم المسطرة في صيغة العقد وإذا باشر أحد المتعاقدين بالتنفيذ فهو إنما يفعل ذلك على مسؤوليته وإن السلطة المنوط بها الموافقة حرة بهذا الموقف سلباً أو إيجاباً⁽²⁾، أي تستطيع إصدارها أو الامتناع عنها، فإذا رفضت إصدارها فلا يترتب على ذلك أي مطالب لصالح الأفراد بحجة الامتناع عن التنفيذ⁽³⁾. أما الرفض فيمكن أن تبنيه الإدارة على اعتبار عدم توافر الملاءمة في هذا العقد. فمثلاً يملك وزير الإدارة المحلية، أن يرفض المصادقة على العقد بالتراضي مؤسساً رفضه على أساس أن المزايدة اجدى للمصلحة العامة وأكثر ملاءمة لتحقيقها.

وينبغي من حيث المبدأ أن تكون الموافقة أو رفضها مجردة عن كل شيء آخر من تدخل أو إيعاز لسلطة الإبرام ذاتها⁽⁴⁾، باستثناء تلك التوجيهات التي تقضيها المنفعة العامة فإذا تعاقدت الإدارة مع شركة خاصة على أشغال فيمكن للوزير أن يعلق موافقته على تجنيب جزء من هذه الأشغال العامة المزمع تنفيذها، لتأمين حاجة نقابية كالتنظيم الفلاحي أو التنظيم العمالي بوصف ذلك مطلب اجتماعياً أساسياً مما ترعاه الدولة⁽⁵⁾.

فمتى صدرت الموافقة أصبح العقد نهائياً ومتى رفضت الموافقة يغدو العقد غير قائم ولكن آثاره موجودة، وعلة ذلك أن هذه الآثار لا يمكن أن تولد

(1) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 155.

(2) المرجع أعلاه، ص 160

(3) مدحت محمود. شرح قانون التنفيذ رقم 45 لعام 1980 وتطبيقاته العملية، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل، بغداد. 1992، ص 263.

(4) د. عبد المطلب الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 203.

(5) المرجع أعلاه، ص 203.

إلا من تاريخ أصبح العقد نهائي والعقد لا يغدو نهائياً بدون الموافقة فلا الإدارة ولا المتعاقد يبرر له أن يحتج بالعقد الذي رفضت الموافقة عليه وليس واحد منهما مرتبطاً بأي التزام ناجم عن مثل هذا العقد⁽¹⁾.

وأن شيئاً من هذا القبيل قد ورد في أحكام المحكمة الإدارية العليا في سورية⁽²⁾، فهي ما فتئت تتحاشى أن تعطي مبادئ في المنازعات الدائمة حول انبرام العقد أو عدم انبرامه سواء بين الإدارة والأفراد أو بين الإدارة العامة فيما بينها إذ تقول المحكمة الإدارية إن طبيعة العقد الإداري تختلف عن طبيعة العقد المدني، والذي يتم بإيجاب وقبول طرفي العقد، بينما يتكون العقد الإداري من عملية أكثر تعقيداً، وغالباً ما يتم التعبير عن إرادة الإدارة في شكل عملية مركبة تتم على مراحل مختلفة ومتعددة وفترات متلاحقة لا يتم العقد الا بانتهائها⁽³⁾.

ومن حيث أن العقد موضوع الدعوى هو عقد بالتراضي فلا يعتبر نافذا الا بالموافقة عليه من السلطة الوصائية⁽⁴⁾، وهذا ما عبرت عنه الإدارة بجملة على أن يبلغ الفريق الثاني الموافقة على العقد من المراجع الإيجابية أي أن الإدارة غير ملتزمة بتنفيذ العقد إذا لم تصدر هذه الموافقة من المراجع المشار إليها والتالي لا يمكن للمتعاقد أن يباشر باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا العقد قبل تبليغه تصديقه وقد يستغرق ذلك كامل المدة المحددة للتسليم⁽⁵⁾،

(1) د. عبد المطلب الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 203

(2) المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق. ص 270.

(3) د. محمد علي الجواد. مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 52.

(4) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 566

(5) المرجع أعلاه، ص 570.

إذا اعتبرناها ابتدأت من تاريخ تنظيم العقد⁽¹⁾، وعلى هذا يكون بدء مدة التسليم من تاريخ تبليغ المتعاقد تصديق العقد.

والواقع أن قضائنا لا يعتبر المدة التي تنقضي بين الإبرام والموافقة مدة من التوقف بل مدة محسوبة على المتعهد من حيث الآثار إذ يلاحظ أن أحكام القضاء الإداري السوري تحاول إنصاف المتعهد بتبرير مدة التأخير واقتطاع مدة التوقف من تأخير في التنفيذ.

ومن جهة أخرى فإن القضاء الإداري السوري⁽²⁾، لا يعفي تقدير الإدارة رفض الموافقة على العقد من الرقابة القضائية فهو يتدخل فيها خلافا للموقف القضاء الإداري الفرنسي ولكن إلى حد معين ومن ذلك ما جاء في أحد اجتهاداته ((أنه ولئن كان للوزير بموجب المادة الرابعة من العقد موضوع الدعوى مطلق الصلاحية في تقدير الموافقة على تمديد إنجاز التعهد إلا أن صلاحية هذا التقدير هذه تقع تحت رقابة القضاء الإداري للتأكد من أن هذا التقرير قد استنتج استنتاجاً سائغاً من محتويات اضبارة التعهد)).

إذاً فالقضاء الإداري السوري يترك في الأصل إلى الإدارة المختصة أمر تقدير الموافقة أو عدم الموافقة على العقد، ولكنه أحياناً أخرى يتدخل ليراقب عملية الموافقة هذه، وهذا ما يدفعنا للبحث في حدود هذا التدخل.

وفي هذا السياق تثار بعض الإشكاليات القانونية التي ينبغي معالجتها، لأنها قد تؤدي إلى خلط بينها وبين قرار الإبرام ومن ذلك العرض والوعد بالتعاقد.

(1) د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار

النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 80 وما بعدها.

(2) المحامي صبحي السلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 288.

1- العرض:

فالعرض هو إيجاب يقوم به شخص ما صراحة أو ضمناً و يوجه إلى شخص آخر يقترح فيه إبرام عقد معين⁽¹⁾، ولا يمكن بالطبع أن يوصف العرض بأنه إيجاب بكل ما في الكلمة من معنى لأن وحدة المجلس وبيان السعر مفقودة وإنما نطلق عليه مجازاً تسمية الإيجاب⁽²⁾، لهذا كان بإمكان العارض في أي وقت أن يسحب عرضه طالما أنه لم يقترن بقبول الشخص الآخر، ولهذا فإن المفعول الحقوقي للعرض هو تمكين القابل بالعرض ما دام لم يسحب بعد من تشكيل العقد بإظهاره مما يحمل من إرادة في قبول العرض⁽³⁾.

وإن سحب العرض يمكن أن يكون ضمناً بشرط أن يتسم بالوضوح ومع ذلك عندما يحدد العارض مهلة للقبول فلا يستطيع سحب عرضه قبل أن تنتضي المهلة⁽⁴⁾.

هذه المبادئ العامة بحد ذاتها منطبقة على عقود الإدارة ومثاله التقدم للمناقصة على أن مفاعيله الحقوقية للعرض تنفرد بخصائص مهمة جداً، عندما يبدو العرض بمظهر القبول بشروط المزايدة أو المناقصة. إلا أن اصطلاح عرض في المناقصة يستخدم في القانون الإداري للدلالة ليس على مجرد عرض وإنما التزام بمعنى الكلمة.

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 282.

(2) د. عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 323.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

(4) د. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، القاهرة، 1991، ص 155
انظر أيضاً د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، القاهرة، 1981، ص 130.

فبعد أن كان العرض عقداً يقر به الطرفان فإن صاحب العرض أصبح من المشتركين في المناقصة، ويصف مقدمه بالعارض وعندما يرسى عليه العقد يصبح متعهد مرشح وبصدور قرار الإبرام يصبح متعهداً بالفعل⁽¹⁾.
فإرادة المتعهد الوحيدة الطرف أصبحت حائزة على حق الاشتراك بالمناقصة ولا يمكن بإرادة الإدارة الوحيدة نزع هذا الحق منه من حيث المبدأ⁽²⁾.
وأن المتعاقد يستطيع أن يسحب عرضه قبل قبول الإدارة بهد العرض إلا أنه يتوقف إمكانية سحب العرض على لفظ الإدارة من قبل لجنة المناقصة لحكمها في إحالة المناقصة على فرد من الأفراد المشتركين فيها.

2- الوعد بالتعاقد:

لابد أيضاً أن نفرق قرار الإبرام عن الوعد بالتعاقد فالوعد بالتعاقد والذي يدعى الوعد المقبول يتميز تماماً عن العرض أيضاً فالوعد بالتعاقد ليس في الحقيقة التزاماً مجرداً من طرف واحد لكنه عقد حقيقي فهذا اتفاق يلتزم بواسطته شخص نحو آخر بإبرام عقد محدد الشروط سلفاً والنموذج له في القانون المدني هو الوعد بالبيع⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك إجماع فقهي على أن الوعد بالتعاقد هو عقد حقيقي مالم يجر معه فوراً تبادل قيمة أو بدل⁽⁴⁾ عندئذ لا يمكن أن يستقل كعقد عن عقد البيع ذاته وبالتالي ما هو أثر هذا الوعد بالتعاقد على علاقة الأفراد بالإدارات العامة من الناحية العقدية؟

(1) د. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، 1991، ص 95.

(2) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

(3) د. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، مرجع

سابق، ص 332.

(4) المرجع أعلاه، ص 344.

يختلف الوضع في فرنسا عنه في سورية ومصر فما زال القضاء الإداري في هذين البلدين يؤكد على عدم التزام الإدارة بالوعد بالتعاقد، نظراً لأن العقد الإداري يمر بمراحل لا يمر بها العقد الخاص، ولا تؤلف كل مرحلة ارتباطاً عقدياً مستقل عن مجمل عملية التعاقد الإداري، إذ توضح ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر⁽¹⁾، في حكمها الصادر بتاريخ 2001 بما يلي:

(إن ما عرضته المحكمة مصدرة الحكم (محكمة القضاء الإداري) المطعون فيه المبحوث أمام المحكمة الإدارية العليا توطئة لإصدار حكمها هذا إنما يثار بصرف النظر عما إذا كان يعطي النتائج التي تعرضها وجوداً أو عدماً في صدد تنفيذ عقد اكتمل واستوفى كل مراحل التعاقد⁽²⁾، وأن التوريدات موضوع النزاع تختلف عنها هذه الصفة وآية ذلك أن تنفيذ العقود في القانون العام تختلف اختلافاً جذرياً عنها في التوريدات في ضوء القانون الخاص حيث تلعب الإرادة الشخصية والفردية دوراً حاسماً في التقرير والتنفيذ ويلتزم الفرد بما تعاقد به بدون وساطة وبدون حجاب، أما في العقود الإدارية فإنها تمر بمراحل طويلة ومعقدة تتناوب عليها ارادات بهيئات لا فردية ولا شخصية بل اعتبارية⁽³⁾.

وإذا كان هناك أفراد يتعاقدون عنها فإنما يتعاقدون باسم الإدارة وهي شخص اعتباري عام لا باسمهم شخصياً وهم اشخاص طبيعيون ويبقى الملتزم بالتوريد طوال هذه المراحل متصفاً بالمرشح المتعاقد وملزماً بالصبر والأناة إلى

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم 67 لعام 2001. أشار اليه د ماهر أبو العينين، العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 552

(2) المرجع أعلاه، ص 559.

(3) د. المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 566، القاهرة، 1994، ص 94.

أن يجتاز آخر مرحلة من مراحل الإبرام وهي التصديق النهائي⁽¹⁾، فإذا غفلت الإدارة هذا التصديق عادة مرشحاً للتعاقد ومعنى ذلك إن التزامه بقي في حيز مشروع العقد غير مكتمل وبقي هذا العقد مجرد مشروع ليس إلا.

ومن حيث أنه تأسيساً على هذا المبدأ مادام الطاعن لم يبلغ أمر المباشرة⁽²⁾، ولم يصدق الوزير على العقد فليس من شأن هذا المشروع أن ينتج آثار عقد، ومنها حق المدعي في التعويض، وللإدارة أن تعدل عن تنفيذ العقد متى شاءت دون أن يحق له تقاضي أي تعويض سوى ما استلزمته المراحل الأولى من مشروع التعليل⁽³⁾.

ومن حيث أن الحكم المطعون فيه وقد قضى الطاعن بحقه باسترداد قيمة الطوابع ونفقاته الأصلية المؤداة فإنه سليم بالنتيجة التي انتهى إليها في التعليل وبالتالي يستنتج من حكم المحكمة الإدارية العليا ما يلي:

- 1- لا يعتبر العقد عقداً مالم تتجز كل مراحله المختلفة.
- 2- لا تؤلف كل مرحلة من هذه المراحل ولو منجزة هدفاً مستقلاً منتجاً لآثار عقدية مهما كان نوعها.
- 3- لا تستطيع الإدارة - كما لا يستطيع الفرد - أن تسحب قبولها، وهو أن يسحب عرضه إلا أن هذا السحب بالنسبة للأفراد له مهلة قانونية أما هي - أي الإدارة - ليس أمامها أي مهلة مشروطة لهذا السحب.
- 4- لا يترتب على هذا السحب بالنسبة لكل من الطرفين أي تعويضات وإنما يترتب الحصول على النفقات التداولية المبذولة مثل قيمة طوابع العقد⁽⁴⁾.

(1) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 566

(2) د محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص 515.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص 515.

إذا أن إبرام العقد يختلف حقوقياً عن الوعد بالتعاقد والعرض ويرتب آثار قانونية مختلفة إذ أن واقعة الإبرام هي التي تنشئ الرابطة التعاقدية وهي التي تجعل العقد نهائياً، وهنا لابد لنا من أن نميز بين حالتين مختلفتين وهما، حالة إذا كانت واقعة إبرام العقد تجعل بذاتها العقد نهائياً والثانية حالة إذا ما كنت هذه الواقعة موضوع موافقة وصائية لاحقة.

1- حالة إذا ما كانت واقعة الإبرام تجعل العقد نهائياً: فعندما لا يكون العقد خاضعاً لموافقة لاحقة. يكفي الإبرام وحده لإنشاء الرابطة العقدية، وبالتالي، فعملية الإبرام تحمل لهذا السبب نفس تاريخ العقد ويبقى الحكم على ما ذكر حتى ولو كان تصديق العقد من قبل الإدارة خاضعاً لشرط تبليغ المتعاقد الآخر، وهذا التصديق لا ينفي عن العقد كونه قد تشكل منذ تاريخ إبرامه⁽¹⁾.

2- حالة إذا ما كان العقد خاضعاً لموافقة لاحقة، فالعقد لا يعتبر نهائياً إلا بموجب هذه الموافقة وأن بالتزامات الطرفين لا تنشأ إلا من تاريخ الموافقة.

الفرع الثاني

السلطة المختصة باتخاذ قرار الإبرام

لا يملك إبرام العقود باسم الإدارة إلا الأشخاص المحددون الذين عينهم المشرع⁽²⁾، والأصل وفقاً للقاعدة العامة أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم بحيث لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم في ممارسة هذا الاختصاص كما لا يجوز لهم تفويض غيرهم في ممارسته إلا في الحدود والقيود التي يضعها المشرع⁽³⁾. وكل هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة.

(1) د. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 350.

(2) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 175.

(3) المرجع أعلاه، ص 177.

وتعد قواعد الاختصاص في مجال إبرام العقود الإدارية واحدة من جملة القيود التي يفرضها المشرع على حرية الإدارة بالتعاقد⁽¹⁾، ويكون الباعث عليه الصالح العام ومن أبرز تلك القواعد تلك التي تحدد جهة الاختصاص بإبرام العقد الإداري. ذلك أن تحديد من رست عليه المناقصة من جانب اللجنة ليس إلا تحديداً مؤقتاً، فلا يعد نهائياً إلا بعد تصديقه أو اعتماده من العضو المختص قانوناً بذلك وعندئذٍ رتب الالتزامات المالية الناشئة عن التعاقد. والجهة الإدارية المختصة بالتصديق تكون دائماً أعلى من الجهة الإدارية المختصة بالإرساء كما تختلف السلطة المختصة بالإبرام عن السلطة الوصائية المختصة بالمصادقة الوصائية إذ غالباً ما تكون جهة إدارية مختلفة عن جهة الإدارة المختصة بالإبرام.

والملاحظ أن عقود الهيئات اللامركزية المتمتعة بالشخصية المعنوية يبرمها رؤساءها الذين يملكون التحدث باسمها وأما عقود الوزارات والمصالح التابعة للإدارة المركزية فيحدد المشرع في كل حالة على حدة من يملك إبرامها. ففي فرنسا، فإن القواعد التي تحكم الاختصاص في إبرام العقود تعتبر بسيطة نسبياً وقريبة جداً من القواعد التي تطبق على القرارات⁽²⁾، حيث أن الوزراء في دائرة قطاعاتهم الوزارية هم المختصون بإبرام عقود الدولة ويتقيد كل وزير في هذا المجال بنطاق وزارته فلا يمتد اختصاصه إلى القطاعات الوزارية الأخرى والمصدر القانوني لاختصاص الوزراء في توقيع عقود الدولة يتمثل في المادة 2-14 من مرسوم 1806/6/11 والتي تنص على اختصاص مجلس الدولة بكل العقود المبرمة مع الوزراء وقد تكرر هذا المبدأ في نصوص قانونية عديدة، ويمكن للوزير أن يفوض أحد موظفيه ليقع العقد باسم الدولة نيابة عنه

(1) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 175.

(2) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مطبعة جامعة دمشق، 2007، ص 175.

وقرار التفويض هذا يجب أن ينشر في الجريدة الرسمية كما يجب أن يشار إليه في متن العقد ويجب أن يحدد في قرار التفويض بشكل دقيق اصناف العقود التي تبقى خاضعة إلى توقيع الوزير المختص وقد استقر مبدأ التفويض في إبرام عقود الوزارة في المادة /44/ من تقنين عقود الشراء العام، بيد أن التفويض يؤدي إلى زوال مسؤولية الوزير عن العقود التي تم إبرامها بل يبقى هذا الأخير مسؤولاً دائماً عن أعمال كل موظفي وزارته ولاسيما من حيث المسؤولية السياسية أمام البرلمان⁽¹⁾.

وقد يحدث أن يقوم الوزير بتفويض أحد موظفيه بالتفاوض على أن لا يتجاوز هذا الحد، لكن هذا الموظف يقوم بإبرام العقد نيابة عن الوزير ففي هذه الحالة يعد تصرف الموظف مشوباً بغيب عدم الاختصاص⁽²⁾.

ومن المعلوم أن إبرام العقد يتم بصورة قرار يسبق التوقيع، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي، قد قرر أن العقد لا يبرم الا باكتمال التوقيع المادي للوزير أو من يفوضه على محرر العقد ذاته⁽³⁾.

وفي مصر، فإن السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرار الإبرام وفق قانون المناقصات⁽⁴⁾، وهي الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل في نطق اختصاصه.

حيث جاء في فتوى للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع شرح وتحديد مفهوم السلطة المختصة وفقاً للمادة السابقة المذكورة إذ أن هذه المادة تسري على أمين الجامعة وعمداء الكليات ورؤساء الوحدات الإدارية ذات الطابع الخاص ولها سلطات رئيس المصلحة.

(1) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، ص 174

(2) المرجع أعلاه، ص 175

(3) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 237.

(4) المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 98 لعام 1998.

كما أن القانون المذكور⁽¹⁾، منع هذه السلطة المختصة بالإبرام من تفويض اختصاصاتها الواردة في تلك الأحكام إلا لشاغلي الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواء وأية ذلك أنه إذا أنيط بسلطة من السلطات الإدارية اختصاص معين بمقتضى المبادئ الدستورية أو القوانين، أو اللوائح، فلا يجوز لها، أن تنزل عنه أو تفوض فيه سلطة أو جهة أخرى لأن مباشرة الاختصاص عندئذ واجباً قانونياً عليه وليس حقاً لها يجوز أن تعهد به لسواها⁽²⁾، إلا أنه أجاز التفويض إذا تضمن القانون نصاً، بذلك وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون قرار التفويض محددًا بموضوعات معينة، إذ لا يفرض به صاحب السلطة المختصة في جميع الاختصاصات التي منحه إياها القانون تطبيقاً للقاعدة القانونية التي تقول أن الاختصاص يمارس ولا يتنازل عنه ويجب أن يأتي قرار التفويض واضحاً ومحددًا، بحيث لا يترك للسلطة المفوضة مجالاً للتقدير عند أعمال الاختصاصات المفوضة إليها⁽³⁾.

وفي سوريا فإن السلطة المختصة بالإبرام وفق القانون⁽⁴⁾، هو أمر الصرف، حيث نص القانون على أن محضر المناقصة يصدق من أمر الصرف، والمقصود بأمر الصرف وفق تعاريف المادة الأولى من هذا القانون وهو عاقد النفقة المحددة وفق الأنظمة النافذة في الجهات العامة ذات الطابع الإداري أو المدير العام للمؤسسة العامة أو الشركة العامة أو المنشأة العامة في الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

(1) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، 2007، ص 175.

(2) المرجع أعلاه، ص 180

(3) لإدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية في قسم الفتوى بمجلس الدولة صدرت بتاريخ 4/20/

2000. أشار إليه وليد رمضان عبد التواب في الموسوعة الجامعة، مرجع سابق، ص 600

(4) المادة 124 من قانون العقود رقم 51 لعام 2004.

وبالتالي يستنتج من التعاريف الواردة في المادة الأولى أن العضو المختص بإبرام العقد الإداري قد يكون الوزير أو المدير العام أو رئيس البلدية أو المحافظ أو رئيس الجامعة أو رئيس الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش وكل حسب مجاله.

إذا يتولى الوزير المختص⁽¹⁾، من حيث المبدأ إبرام عقود الدولة في الجمهورية العربية السورية. ولا يجوز له التفويض إلا في حدوده الضيقة بمعنى أن الوزير يستطيع أن يأذن فيفوض اختصاصه إلا إذا كان ثمة نص قانوني يأذن له بذلك.

ويلاحظ أن قانون العقود 51 لعام 2004 النافذ في سورية، لمح بالتفويض في المادة 89 منه حيث جاء فيها: ((مع مراعاة الأحكام الواردة في قانون الإدارة المحلية تمارس صلاحيات الوزير المختص المنصوص عليها في هذا النظام على النحو الآتي:

- 1- من الوزير المختص أو من يقوضه.
- 2- من الجهة المختصة في الجهات العامة بموجب انظمتها أو تبعاً بما يقرره المرجع المختص في حال عدم وجود أحكام من هذا القبيل في هذه الأنظمة.

ويستطيع الوزير أن يفوض اختصاصه بالإبرام كلا أو جزءاً إلى سلطة أدنى، شريطة أن لا تتجاوز قيمة العقد في كل الأحوال عشرة ملايين ليرة سورية وسواء كان الاعتماد مرصداً للعمليات الجارية أو العمليات الاستثمارية⁽²⁾.

(1) المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 51 تاريخ 2000/9/18.

انظر أيضاً د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 544

(2) المادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 51 تاريخ 2000-9-18. أشار إليه صبحي سلوم في موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 321.

ونحن نرى بأن التفويض، يعني أن يعهد الرئيس الإداري بممارسة جزء من اختصاصه إلى غيره من الموظفين بناء على نص قانوني يحيز له ذلك وبالتالي حتى يكون التفويض صحيحاً يشترط أن يكون جزئياً أي أن لا ينصب على كافة صلاحيات واختصاصات الرئيس وأن لا يتم إلا بنص القانون وإذا ما صدر فيشترط أن يكون واضحاً ومحدداً. كما انه يحظر على المفوض إليه تفويض غيره بذلك عملاً بالقاعدة التي تقول لا تفويض في التفويض⁽¹⁾.

كما نرى بأن تركيز اختصاص إبرام العقد الإداري ورفض التصديق في يد الوزير أياً كانت قيمة العقد، ومهما كان أسلوب إبرامه من شأنه أن يزيد الأمور تعقيداً ويتنافى مع متطلبات الإدارة الحديثة التي تسير نحو عدم التركيز ولهذا ندعو إلى المطالبة بتوزيع تلك الاختصاصات وعدم تركيزها بيد سلطة واحدة.

وبقي أن نشير إلى أن قواعد الاختصاص من النظام العام⁽²⁾، وصدور القرار من جهة غير مختصة يترتب عليه انعدام القرار الإداري ليصبح عملاً مادياً، إذا كان عيب الاختصاص جسيماً، أما إذا كان عيب الاختصاص بسيطاً، فإن وجوده في القرار يؤدي إلى بطلانه وغالباً ما تكون الحالة الأخيرة هي الأكثر شيوعاً في الحياة الإدارية، بالنظر إلى أن المشرع قد حدد بوضوح الاختصاصات الإدارية والهياكل التنظيمية بشكل يقلل إلى حد كبير من وقوع مخالفات جسيمة لقواعد الاختصاص.

وعليه يمكن القول أن واقعة الإبرام تؤلف العنصر الأساسي في عملية تكوين العقد، بيد أنه نجد أن من المبالغة بمكان أن يترتب انعدام العقد لمجرد

(1) محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، مرجع

سابق، ص 170.

(2) المرجع أعلاه، ص 180

أنه إبرام غير مختص بالأصل. لذا ينبغي في هذا السياق تقدير كل حالة على حدة.

فمثلاً عندما يوقع على العقد من سلطة إدارية، ولكنها سلطة غير مختصة بهذا التوقيع.

المطلب الثاني

الطبيعة التقديرية لقرار الإبرام والنتائج المترتبة عليه

تتطلب الدراسة المنهجية لهذا المطلب تقسيمه إلى فرعين اثنين نعرض في الفرع الأول، الطبيعة التقديرية لقرار الإبرام، ونخصص الفرع الثاني لدراسة النتائج المترتبة على ذلك، وفق الترتيب الآتي:

الفرع الأول

الطبيعة التقديرية لقرار الإبرام

تتمتع الإدارة في إصدار قرار الإبرام بسلطة تقديرية، بيد أن هذه السلطة ليست مطلقة بل هي مقيدة بما توصلت إليه لجنة المناقصة ومن أوصت بقبوله بأي حال من الأحوال.

وإن المحكمة الإدارية العليا بمصر، قد بينت ما اتفق الفقه والقضاء عليه من أن سلطة الإدارة بالإبرام هي سلطة مقيدة من حيث المبدأ⁽¹⁾، إذ تبرز ذلك بقولها إن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتنافسين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل ليس إلا إجراءً تمهيدياً في عملية التعاقد الإداري المركبة وثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المتعهد المرشح الذي عينته لجنة البت وأن اختصاصها

(1) د. سعيد النحيلي، د. عبسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 180.

في ذلك اختصاص مقيد، إذ تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا الشخص ولا يحق لها أن تستبدله بغيره⁽¹⁾.

إذ أن مصلحة الإدارة لا يمكن أن تتحقق ولا بشكل من الأشكال، سيما إذا كانت المناقصة عبارة عن سلسلة من العمليات المتتالية التي يكون اختصاص الإدارة فيها مقيداً إلى حد ما، مما يوجب ويبرر تمتع الإدارة بمكنة تقدير المقومات المالية والفنية للشخص المرشح للتعاقد لكي يكون المتعهد المتعاقد خير من اختارته.

كما أن المصلحة المالية للإدارة قد تكون متعارضة مع نتائج الإرساء إذ يكون السعر المقدم من جانب العارض أكثر بكثير من المعطيات الاقتصادية للسوق أو أن يحدث تطور تكنولوجي ما في أثناء تلك العملية من شأنها أن يلبي حاجة الإدارة أكثر مما تسعى الإدارة إليه من التعاقد مع المتعهد المرشح. إذ أن القضاء الإداري في مصر كان واضحاً، إذ عد سلطة الإدارة المختصة بالاعتماد سلطة مقيدة⁽²⁾، فإذا ما قررت اعتماد المناقصة فعليها أن تحيل على من عينته لجنة البت وليس لها أن تستبدل به غيره، ولكن في المقابل أعطاهما سلطة تقديرية بأن تعدل عن اعتماد المناقصة، إذا ما كانت المصلحة العامة أو أسباب أخرى، تفرض عليها عدم الإحالة القطعية، شرط أن لا تتحرف بهذه السلطة فتقع تحت سقف القضاء ورقابته بإلغاء قرار العدول غير المشروع، وتأكيداً لهذه القواعد فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٩٥/٨/٣ بأنه بعد رسو المناقصة وصدور قرار لجنة البت يأتي دور الجهة المختصة بإبرام العقد (.. فإذا رأت إبرامه فإنها تكون ملزمة بمن اختارته لجنة البت، لأن اختصاص جهة الإدارة في هذا الشأن اختصاص مقيد يقابله

(1) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 180.

(2) المرجع أعلاه، ص 181.

من ناحية أخرى، سلطة تقديرية تتمثل في عدم التعاقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁽¹⁾). وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بفتوى لها صدرت في 2002/1/31 إلى أنه: (لا يكون أمام الجهة الإدارية المختصة من سبيل سوى اعتماد توصية لجنة البت والتعاقد مع صاحب أفضل العطاءات المقدمة... وهذا الالتزام لا يقابله سوى سلطتها في العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة بكاملها شريطة ثبوت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ونتساءل هنا: إذا ما كانت سلطة الاعتماد ممنوعة قانوناً من تعديل قرار لجنة المناقصة، فهل يجوز لها تصحيح الأخطاء التي اعتوت قرار لجنة المناقصة؟ في حقيقة الأمر إن الفقه غير متفق في الإجابة عن هذا السؤال، فبعضه يرى أنه يجوز لسلطة الاعتماد تصحيح ما وقعت فيه لجنة البت من أخطاء مادية كانت أم قانونية⁽²⁾، بينما يرى البعض الآخر عدم جواز منح جهة التصديق على قرار الإحالة مثل هذه الصلاحية فوجود أخطاء مادية أو قانونية يوجب إعادة عرضها على لجنة البت من قبل سلطة الاعتماد ولهذه اللجنة سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأنها ويبقى لسلطة الاعتماد حق رفض قرار لجنة البت ولكن ليس لها حق تعديله⁽³⁾، كما أسلفنا سابقاً.

وعموماً فإن اللجنة الأولى بقسم الفتوى بمجلس الدولة في مصر وفي رأي لها صدر بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٨ أجازت فيه تصحيح الخطأ في الكتابة أو في الحساب وغلطات القلم، وفي جميع مراحل التعاقد، إلا أنها بينت بأن الاختصاص في الفصل بتلك الأخطاء لا ينعقد لجهة واحدة، وإنما لجهة الإدارة في حال ولل قضاء في حال آخر:

(1) حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 33/1286 ق.ع، أشار إليه د. مجدي المتولي، مرجع سابق، ص 220.

(2) د. جابر جاد نصار، المناقصات والمزايدات، دار الفكر العربي. 1996، ص 158.

(3) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 686.

1- فإذا قدمت الشكوى قبل البت في المناقصة فإن الاختصاص بالفصل ينعقد للجنة البت والوزير المختص، فيكون على اللجنة استظهار الخطأ إن كان له وجود ولها أن تطلب رأي مجلس الدولة إذا اقتضى الأمر ذلك، فإذا تبين وقوع الخطأ في الحساب أو وقوع غلطة من غلطات القلم وثبت ذلك بشكل قاطع أوصت اللجنة بتصحيح هذا الغلط وقامت بعرض الأمر على الوزير المختص مشفوعاً برأي مجلس الدولة إن وجد للاعتماد، وتلتزم اللجنة لدى استكمال أعمالها بالعطاء بعد التصحيح على النحو الذي يتفق والإرادة الصحيحة لمقدم العطاء، وإذا ما تبين عدم صحة الغلط أوصت اللجنة برفضه على أن يرفع قرارها هذا أيضاً للوزير المختص لاعتماده، فإذا لم يقبل مقدم العطاء قرار لجنة البت والوزير المختص كان له اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾.

2- إذا قدمت الشكوى بعد البت في المناقصة وصدور قرار من السلطة المختصة باعتماد نتيجة المناقصة، فإن التعاقد يكون قد تم، ولا تكون هناك سلطة سواء للجنة البت أو حتى الوزير المختص في تصحيح الغلط بعد تمام التعاقد، وإنما يدخل الأمر في نطاق سلطة القاضي الذي لا تقل سلطته في تبيان الغلط الذي يقع في العقد عن سلطته في فسخه وتعديله، فله أن يتحرى الإرادة الظاهرة للمتعاقد للوقوف على الغلط الذي شاب هذه الإرادة من واقع الظروف والملابسات التي صاحبت عملية التعاقد، فإذا استبان له وجود غلط قام بتصحيحه على وجه يتحقق معه التعبير الصحيح للإرادة، وأسست اللجنة رأيها على إن الأخطاء المادية في الكتابة أو في الحساب التي يقع فيها أحد المتعاقدين لا يؤثر في صحة العقد وتظل واجبة التصحيح، وانتهى رأي اللجنة الأولى إلى أن الخطأ في الكتابة أو في

(1) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 190.

الحساب وغلطات القلم يجوز تصحيحها جميعاً في مرحلة من مراحل التعاقد، ويكون الفصل في الشكوى التي يقدمها أصحاب الشأن من اختصاص لجنة البت والوزير المختص قبل البت في العملية، فإذا بت بها كان التصحيح من سلطة القاضي⁽¹⁾.

ونرى إمكانية الأخذ بهذه الحلول لمعالجة الحالات المماثلة التي تحصل في سورية، إذ يتم تصحيح الأخطاء التي تكتشف قبل تصديق نتائج المناقصة من لجنة المناقصة أو موافقة سلطة الاعتماد، أما إذا اكتشف الخطأ بعد تصديق نتائج المناقصة فإن المعالجة تخرج من نطاق الإدارة ويختص بها القضاء.

وإذا كنا نإزاء إمكانية تصحيح الأخطاء المادية إدارياً أو قضائياً، فما هو الحل فيما لو أقدمت لجنة المناقصة على إحالة المناقصة على عارض آخر وليس الأول صاحب السعر الأدنى وتم اعتماد قرارها وتصديقه من السلطة المختصة؟.

لقد تكفلت إدارة الفتوى لوزارة الصحة بمجلس الدولة المصري الإجابة عن هذا السؤال بفتواها المؤرخة في 17/4/1994، بينت فيها أن لجنة البت أوصت بقبول العطاء المقدم من شركة بحسابه العطاء الأعلى على الرغم من وقوعها في الخطأ لوجود سعراً أعلى وأخطارها المحال عليها المناقصة بقبول عطائها⁽²⁾ فعدت إدارة الفتوى العقد بين الرأسي عليه المناقصة والوزارة قد أصبح منعقداً آثار انعقاده ولا تتحمل الوزارة مسؤولية قرار الاعتماد لأنها صادقت على من

(1) فتوى رقم 26/1/10، أشار إليها أحمد منصور، مصدر سابق، ص315.

(2) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص180.

حددت اللجنة، وإنها لا تملك أن تستبدل غيره أعمالاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا، وإذا لم تكن تعلم بالخطأ الذي وقعت فيه لجنة البت⁽¹⁾.

ونجد بأن إحالة المناقصة على العارض الذي لم يقدم العرض الأفضل، وتصديقها من قبل السلطة المختصة وأن كان قد نتج عنها إبرام عقد إداري إلا أنها ولدت ضرراً للإدارة، كونها تجاهلت السعر الأدنى وضرراً للعارض صاحب العرض الأقل سعراً، الذي كانت فرصته في التعاقد كبيرة، وعليه فإن هذه الحالة يمكن معالجتها من خلال:

أ- إجراء التسوية الودية مع العارض الذي لم يقدم العرض الأفضل في حال موافقته على إبرام العقد لتعديل السعر كي يبلغ سعر العارض صاحب السعر الأقل وتثبيت السعر الجديد في وثيقة العقد التي يوقعها الطرفين.

ب- في حال عدم الموافقة على تلك التسوية وموافقته على أخذ المال بالبدل الذي عرضه، فإن الفرق بين سعر العارض الثاني الذي أحيلت عليه المناقصة بالخطأ، وسعر العارض الأول يتحمله أعضاء لجنة المناقصة على وجه التضامن ومن ماله الخاص لأن الخطأ الذي وقعوا فيه يعد جسيماً أي خطأ شخصياً⁽²⁾.

وخلاصة القول إن قرار تصديق قرار الإحالة ينبغي لصحته أن يكون صادراً من الجهة المختصة بإبرام العقد في حدود اختصاصها وأن يكون صريحاً، فسكون الإدارة خلال مدة التصديق إن وجدت، لا يعد قبولاً حكماً، لأن السكون ليس نوعاً من الإفصاح عن إرادة الإدارة، والأخيرة سلطتها إما مقيدة إذ تلتزم بتصديق المناقصة وإحالتها على من عينته لجنة المناقصة، وأما تقديرية إذ لها لا تصادق وتعديل عن التعاقد بإلغاء المناقصة أو الاستغناء عنها

(1) فتوى رقم 340، ملف رقم 376/2/2، أشار إليها أحمد منصور، مصدر سابق، ص 367.

(2) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 195.

نهائياً، ولكن هذه السلطة ليست تحكمية وإنما تخضع لرقابة القضاء، فله أن يتصدى للنظر في قرار الإحالة وإلغاء قرار الوزير بالمصادقة على قرار الإحالة وإعادة إجراءات الإعلان عن المناقصة مجدداً.

أما في سورية فإن القانون رقم 51 لعام 2004 قد نص على ما يلي: يصدق محضر المناقصة من أمر الصرف ويجوز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً، وليس له في أي حال من الأحوال أن يعدل النتيجة التي توصلت إليها لجنة المناقصة⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة السوري بهذا الصدد بما يلي: ((للإدارة سلطة تقديرية واسعة في إبرام عقودها وحتى لحظة التوقيع النهائي تستطيع الامتناع عن توقيع العقد إذا رأت ذلك ولا قيمة للمقدمات والمراحل التمهيدية وللمفاوضات التي تباشرها الإدارة مالم تصل إلى حد القبول النهائي والتام والإبرام من السلطة المختصة))⁽²⁾.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على صدور قرار الإبرام

يترتب على صدور قرار الإبرام من السلطة المختصة قانوناً جملة من النتائج القانونية سيتم توضيحها تباعاً وفق الآتي:

أولاً: انعقاد العقد:

إن واقعة الإبرام هي التي تنشئ الرابطة الحقوقية العقدية، وهي المعتمدة في تحديد تاريخ العقد حتى ولو كان خاضعاً لشرط تبليغ المتعاقد الآخر، أو التصديق من جهة وصائية أخرى⁽³⁾.

(1) الفقرة (أ) من المادة 24 من القانون رقم 51 لعام 2004.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 107 تاريخ 1972، مجلة المحامون، الإصدار الأول، 2001.

(3) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 202.

إذ مجرد التأشير على العقد من مجلس الدولة السوري يجعل العقد ساري المفعول، ولكن من تاريخ التأشير وتبدو فائدة هذا الحكم في أن حقوق المتعاقد تبدأ من تاريخ التأشير وبالتالي فإن التاريخ المعتبر في تحديد بداية العقد هو تاريخ قرار الإبرام، أما تاريخ تبليغ المباشرة يجعل العقد نافذاً. فقد نصت المادة 24/ من نظام العقود الموحد السوري رقم 50/ لعام 2004 على أنه:

((لا يعتبر المتعهد المرشح متعهداً إلا عند استكمال إجراءات التصديق وتبلغه هذه المصادقة وللجهة العامة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ المتعهد أمر المباشرة دون أن يكون له الحق في أي تعويض⁽¹⁾)).

وبالتالي فإن المركز القانوني للعارض لا يتغير من متعهد مرشح إلى متعهد إلا بعد تبليغه أمر المباشرة وإن كان تاريخ العقد يبدأ في تاريخ إبرام العقد.

ثانياً: كتابة العقد وفق المضمون الصحيح:

1- كتابة العقد:

لا تعتبر العقود الإدارية من قبيل العقود الشكلية ويكتفى فيها اتفاق الإرادات وبالتالي، فإن المبدأ العام في الفقه في فرنسا ومصر سورية، يتمثل في إعطاء الجهة العامة السلطة التقديرية في كتابة العقود من عدمه وأن كان قد قيدها في بعض أنواع من القيود بهذه الشكلية⁽²⁾.

ففي فرنسا، نجد عدد من العقود مثل عقود الاشغال والتوريدات قد ألزم المشرع السلطة المختصة بضرورة كتابة العقود نظراً لطبيعتها وأهميتها، أما في

(1) الفقرة ب من المادة 24 من القانون رقم 51 لعام 2004.

(2) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 180.

باقي العقود الأخرى فإنه قد ترك الباب مفتوحاً أمام السلطة المختصة، بكتابة العقود من عدمه⁽¹⁾.

وفي مصر، فإن نصوص القانون 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية لم تقيد السلطة المختصة بالتعاقد بتحرير العقد في جميع أنواع العقود وإنما حدد نصاباً مالياً الزم به السلطة عند توافره بوجوب تحرير عقد وهذا النصاب هو مبلغ (50000) جنيه خمسون ألف جنيه، أما فيما يقل عن ذلك فيؤخذ إقرار مكتوب على المتعاقد مع الجهة الإدارية ويكون هذا الإقرار شاملاً لجميع الضمانات اللازمة لتنفيذ العقد⁽²⁾.

ويجب التنويه هنا أننا لا نتكلم عن الوجود القانوني للعقد، ولكن نتحدث عن النصاب القانوني لكتابة العقد فالعقد يعتبر قد أبرم برسو المناقصة⁽³⁾، بشأن المناقصات والمزايدات على أنه يجب أن يحرر عقد متى بلغ مجموع قيمة ما رسى توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه، أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد.

ويحرر العقد على ثلاثة نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفرغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد وتحفظ نسخة ثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ. ويجب على السلطة المختصة أن تبين على كل نسخة قيمة التأمين النهائي ونوعها وتاريخ توريده.

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 314

(2) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 200.

(3) المادة 32 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998.

ويجب على المتعاقد ورئيس القسم المختص بالتوقيع على العينات النموذجية وختمها بخاتم الجهة الإدارية بطريقة لا يمكن معها تغيير العينات⁽¹⁾. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف في المجال الإداري، بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية، إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكماً لبعض أنواع العقود الإدارية، فقد تركز إليه مع بعض المتعاقدين إذ اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد الأصلي من ناحية من النواحي التي انصب عليها⁽²⁾، وهذا الأسلوب التعاقدي يخلق مشكلة التعرف على طبيعة هذا العقد إذ تعوزه بعض الخصائص التي يتسم بها العقد الإداري كعنصر الشروط الاستثنائية، مثلاً، ولقد قطع القضاء الإداري في فرنسا في هذا الصدد، بأن هذا العقد المكمل تتصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه وتعويله عليه وإذا لا حاجة البتة إلى استظهار العقد الإداري فيه.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أيضاً بأن ومن حيث أن المستقر عليه أن للإدارة التحلل من الشكل الكتابي للعقود⁽³⁾، إلا أنه في معظم الحالات تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد تستلزم

(1) د. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

(2) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، ص 400.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

الصورة المكتوبة حيث توجب المادة 58 من قانون مجلس الدولة⁽¹⁾، مراجعة العقد الذي يبرم لبين الجهات الإدارية والمتعاقدين معها إذا زادت قيمة العقد عن 50000 جنين خمسين ألف جنيه في حين نص القانون⁽²⁾، على وجوب تحرير العقد إذا بلغت قيمته 50000 خمسين ألف جنيه، وهنا يتضح مدى التعارض بين المادتين فلا يستطيع مجلس الدولة أن يراجع العقد إلا إذا كان مكتوباً⁽³⁾، وقد تعرضت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتسريع لهذا الموضوع فذهبت إلى وجوب كتابة العقد إذا زادت قيمته عن خمسة آلاف جنيه، وذلك تقيداً بنص المادة 58 من قانون مجلس الدولة، وذلك لأن اللائحة لا يجوز أن تخالف القانون وفقاً لمبدأ تدرج القواعد التشريعية⁽⁴⁾.

ومما سبق يتضح أن العقد غير المكتوب هو عقد موجود قانوناً ومنتج لآثاره القانونية بين الطرفين وفي هذا الشأن أفتت الجمعية العمومية بأن المشرع وضع أصلاً من أصول القانون، ينطبق على العقود الإدارية والمدنية على حد سواء، مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية وبمراعاة أن من المسلم به أن العقد ينعقد بإيجاب وقبول مطابقين، وأن لم يفرغ أو يحرر في وثيقة مستقلة.

(1) قضت المحكمة الإدارية العليا في المادة 32 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1988 والمادة 58 من قانون مجلس الدولة. أشار اليه وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، ص400

(2) المادة 23 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998.

(3) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق ص405.

(4) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص410.

وفي سورية نجد أن القضاء الإداري اعتبر عدم وجود عقد مكتوب لا ينفي وجود العلاقة التعاقدية بين الطرفين فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا ما يلي: ((إن عدم وجود عقد كتابي بين مطحنة الجهة الطاعنة وامانة العاصمة بشأن استلام الحنطة وتوزيع الدقيق لا ينفي واقع العلاقة العقدية بين الطرفين وأن هذه العلاقة لا تعتبر بمثابة عقد فحسب بل عقداً إدارياً قائماً بذاته))⁽¹⁾. بيد أننا نجد أن القانون رقم 51 لعام 2004 قد نص بطريقة غير مباشرة على ضرورة استناد العقد إلى وثائق مكتوبة إذ جاء في المادة 7 منه ما يلي:

تستند المناقصة إلى:

أ- دفتر الشروط العامة تصدر بمرسوم بناء على اقتراح وزير المالية.

ب- دفتر الشروط الخاصة: (حقوقية فنية مالية).

وكما أن بلاغات مجلس الوزراء تشدد دوماً على كتابة العقد وصياغته من حيث ما يلي:

إن لا يكون معداً من قبل العارض وأن يعد من قبل الإدارة القانونية في الجهات المعنية، وفي حال كان العقد ذا أهمية، فيجب على الإدارة أن تشكل لجنة خاصة لإعداد العقد، وأن يتوافق العقد مع دفاتر الشروط العامة والخاصة وعرض المتعاقد وشمله على سائر الأحكام والشروط وجدول الأسعار والكميات⁽²⁾، ويشدد البلاغ على أن يكون العقد واضحاً وبعيداً عن الغموض وأن يكون واضحاً بطريقة لا تسمح للاجتهاد والتأويل⁽³⁾، كما تطلب بعض العقود أن تقوم الجهات العامة بالاستعانة برجال القانون وأساتذة الجامعات

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 112 تاريخ 1995، مجلة المحامون، الإصدار الثاني، 2001.

(2) المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق، ص300.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

ومحامين من إدارة قضايا الدولة لإعداد الصياغة وخاصة في العقود الخارجية والعقود ذات القيمة الكبيرة بوجه عام⁽¹⁾، وأن يكتب العقد باللغة العربية وإذ أن اللغة العربية هي المعتمدة في إجراء العقود⁽²⁾، وتشكل في رئاسة مجلس الوزراء لجنة دائمة مهمتها دراسة العقود.

2- مضمون العقد:

لقد جاء القانون 51 لعام 2004 خالياً من توضيح ما يجب أن يتضمن العقد بدقة، وماذا يجب أن لا يتضمن ولكن بلاغات مجلس الوزراء قد شددت على أن يتضمن العقد عند شراء آليات أو تجهيزات أو مصانع مع الجهة المصدرة ما يلي:

كيفية توريد القطع التبديلية لفترة لا تقل عن خمس سنوات مع الاتفاق المسبق على الأسعار وان تتضمن عقود استيراد الآليات أو التجهيزات أو المصانع، كيفية وأسلوب الصيانة وكيفية تأهيل وتدريب العاملين على استخدام الآليات أو التجهيزات وتضمن العقود فترة ضمان مناسبة لتغطية الاعطال الناجمة عن الصنع.

وشدد بلاغ مجلس الوزراء⁽³⁾، على أن ينص صراحة في عقود تقديم الألبسة بالزام المتعهدين على وجب تسليم الألبسة المخصصة إلى مستودع الوزارة مباشرة.

كما تلزم الوزارات والإدارات والمؤسسات العامة تضمين العقود التي تجريها مع الأجانب شرطاً بتنظيم سجلاتهم المحاسبية الرئيسية باللغة العربية.

(1) المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق، ص300.

(2) المرجع أعلاه، ص 306.

(3) بلاغ مجلس الوزراء رقم 34 لعام 2002. أشار اليه المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود.

مرجع سابق، ص309

ومما تجدر الإشارة إليه هو نص المادة 66 من القانون 51 حيث نصت الفقرة ب/، على حق السلة المختصة بجواز تضمين العقد اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري وسمحت الفقرة للجهة العامة بعد موافقة الوزير المختص بالذات أن ينص في العقود الخارجية على جهة تحكيمية خاصة، خلافاً لأحكام البندين أ و ب السابقين من ذات المادة.

كما أفتت الجمعية العمومية برأيها رقم 1976/28 بتمتع الجهة الإدارية في أثناء مرحلة التعاقد بسلطة تقديرية تامة من أجل الموافقة على إدراج شرط التحكيم ضمن الشروط العقدية ولكن عندما يوضع شرط التحكيم في بنود العقد المبرم يصبح ملزماً للإدارة ولا يسوغ لها انكاره أو الانكفاء عنه بسلطتها المنفردة فضلاً عن أنه ينزع يد القضاء عن النزاع الذي يستهدفه⁽¹⁾.

ثالثاً: تصديق العقد في مجلس الدولة:

أوجب القانون المصري⁽²⁾، على الهيئات والوزارات ومصالح الدولة عدم إبرام أو قبول أو إجازة أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنيه الا بعد استفتاء إدارة الفتوى المختصة.

وقد شرعت هذه المراجعة بغية رقابة ومطابقة مشروعات العقود التي تبرمها الدولة للقوانين وفي سبيلها إلى بيان العلة من إلزام الإدارة بضرورة مراجعة العقود بإدارة الفتوى المختصة، أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن الرقابة القانونية التي تتولاها إدارة الفتوى ثم اللجنة المختصة بمجلس الدولة⁽³⁾، إنما هي رقابة لمطابقة مشروع العقد للقوانين دون أن يتطرق

(1) سعيد النحيلي، د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 250.

(2) المادة 58 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972.

(3) المادتين 58 و 61 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لعام 1972

إلى مسائل الملائمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها في ضوء ما تقدم إليه من أدلة واقعية⁽¹⁾.

وتمتد هذه الرقابة القانونية إلى مشروع العقد وكل ما أصبح جزء منه من مستندات سابقة على إبرامه أدت إليه كما تمتد إلى الإجراءات التي سبقت العقد وأدت إلى إبرامه من حيث مطابقتها لأحكام القانون فهي رقابة مشروعية لا رقابة ملائمة⁽²⁾، وعلى جهة الإفتاء التي تتولى هذه المراجعة أن تفصل في سلامة كل ذلك وتبدي رأيها في مراجعة نصوص العقد ذاته⁽³⁾، ثم تبلغ الجهة طالبة الرأي بكافة ما ارتأته في هذا الشأن سواء ما علق بالإجراءات أو بنصوص العقد ذاته أو بما أصبح جزءاً منه من مستندات سابقة عليه، وبذلك تضع جهة الإدارة المتعاقدة أمام مسؤوليتها القانونية كاملة، والتي لا يصبح لديها عذر بعد إيضاح الموقف القانوني لها كاملاً، ثم تتحمل مسؤولياتها إذا لم تر الأخذ بالرأي القانوني، ومهما بلغت المخالفات التي تشوب الإجراءات السابقة فلا يجوز الامتناع عن المراجعة بسببها لأن المراجعة هي التي تكشفها. كما أفتت أيضاً بأن المشرع حظر على الجهات الإدارية أن تبرم عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه، بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، ومؤدى هذا التزام هذه الجهات بعرض مشروعات عقودها قبل إبرامها على جهة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لمراجعتها وإبداء الرأي بشأنها⁽⁴⁾.

والحكمة المرتجاة من ذلك هي أن تتجنب الجهة الإدارية مواطن الخطأ ويتهياً لها مقدماً من أسباب السلامة ما تدرك به المصلحة العامة في إبرام العقود الإدارية، وهذه الحكمة تتحقق بمراجعة نموذج موحد لمشروع العقد كي

(1) سعيد النحيلي، د. عيسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 250.

(2) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

(3) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، مرجع سابق ص 420.

(4) المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 350.

يصدق على الحالات المتماثلة مادامت مطابقة في وقائعها وشروطها، بحيث لا يصبها تعديل أو تغيير في حالة أو أخرى دون مراجعة مستقلة، وبناء عليه يحق لإدارة الفتوى في قسم الفتوى إجراء المراجعة على النحو المتقدم بما يحقق الغاية المنشودة ولا يطعن في هذا أن قانون المناقصات والمزايدات⁽¹⁾. لم يتضمن ما ورد في سلف قانون المناقصات والمزايدات رقم 9 لسنة 1983 من نص في المادة، على إجازة مثل هذا الأمر لأن الخلو بحد ذاته لا يعني الحظر ولا يفيد المنع لما هو مقرر طبقاً للقواعد العامة من سلامة الإجراء إذا حقق الغاية المرجاة منه.

ولما كانت الجهة الإدارية قد سلكت الطريق الذي رسمه القانون بعرض نموذج عقد الاتفاق محل الموضوع على إدارة الفتوى المختصة تحسباً للوقوع في خطأ قانوني قد ينسب لها، إذا ما جانبت هذا السبيل فإنه لا مانع من قيام جهة الفتوى المختصة بمراجعة نموذج العقد المماثل لتبصرة الجهة الإدارية بما يتعين توافره فيه وتضمينه إياه تلمساً لصحيح القانون حكماً وصياغة خاصة⁽²⁾، وأن هذا الهدف الأساس من وجوب عرض مشروعات العقود قبل إبرامها على مجلس الدولة ومن هنا يجوز للجهة الإدارية اعتبار هذا النموذج بعد مراجعة وطبقاً للشروط الواردة فيه نهجاً ترسمه عند إبرام باقي العقود مع مراعاة اتباع سائر الإجراءات المقررة فإذا تراءى لها إجراء تعديل أو تغيير في أي من شروطه فإنه يتعين عليها حينئذ الرجوع إلى الأصل العام وهو عرض مشروع العقد محل التعديل أو التغيير على جهة الفتوى المختصة لمراجعته استقلاً.

وتثور هنا إشكالية معينة من ناحية قدرة الإدارة في مراجعة العقد بعد توقيعه، وجواباً على هذا فقد عرض هذا الأمر على الجمعية العمومية فأفتت

(1) قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

(2) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 220.

بأن الأصل أن يعرض مشروع العقد لمراجعته من الناحية القانونية قبل توقيعه عملاً بأحكام قانون مجلس الدولة والهدف من ذلك تجنب جهة الإدارة صاحبة الشأن مواطن الخطأ وكفالة أسباب السلامة في صيانة العقود وذلك قبل أن ترتبط بالعقد⁽¹⁾، غير أن الأمر قد استقر في فتاوى مجلس الدولة على أنه إذا وقع العقد فعلاً ولم يبدأ تنفيذه بعد وكان الطرفان قد اتفقا في العقد على قبول أية تعديلات يرى مجلس الدولة إدخالها عليه، فإنه في هذه الحالة يجوز امتثالاً للضرورات العملية مراجعة العقد من الناحية القانونية، وغني عن البيان أن الضرورات العملية تقدر بقدرها ويترك تقديرها لجهة الاختصاص بمجلس الدولة ومن حيث أنه في الحالة المعروضة اقتضى الأمر سرعة توقيع العقد في الخارج ولم تتراخ الإدارة في عرض الأمر على إدارة الفتوى فإنه والحالة هذه يجوز مراجعة العقد من الناحية القانونية.

إلا أنه إذا وجدت ظروف استثنائية تبلغ حد الضرورة الملحة التي توجب إبرام العقد دوم امكان الرجوع إلى مجلس الدولة مقدماً أو إذا اقتضت ظروف طارئة إبرام العقد في بلد أجنبي وكانت الظروف لا تسمح بالرجوع إلى مجلس الدولة وكانت المصلحة العامة تقتضي عدم فوات فرصة إبرام العقد فإن مثل هذه الضرورة يكون لها وزنها⁽²⁾، بحيث يعتبر إبرام العقد في مثل هذه الظروف أمراً استثنائياً ولكن مع ملاحظة الضرورة تقدر بقدرها بحيث إذا أمكن التفاهم بين الطرفين على أن يكون الاتفاق بمثابة مشروع تعاقد تحت المراجعة القانونية من مجلس الدولة لكان ذلك أولى، أما إذا فرض وتعذر ذلك كله بحيث لم يكن بالإمكان ثمة مناص من إبرام العقد حتى لا تقوت مصلحة عامة كبرى فليس ما يمنع الإدارة من إبرامه على مسؤوليتها.

(1) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 222

(2) المرجع أعلاه، ص 225.

وترى الجمعية العمومية في مثل هذه الظروف أن التوفيق بين تطبيق القانون ورعاية المصلحة العامة يقتضي في الأحوال التي تستلزم إيفاد وفد خاص إلى الدولة التي تبرم العقد فيها للمفاوضة في شروط العقد أن يشترك أعضاء من مجلس الدولة في الهيئة أو اللجنة التي تفاوض.

ولكن السؤال الذي يثار هنا ماهي الآثار القانونية المترتبة على عدم مراجعة العقد بمجلس الدولة؟

لا يترتب على عدم مراجعة العقد بمجلس الدولة أية جزاءات أو آثار فإذا كان العقد المبرم باطلاً لا يترتب على مراجعته مجلس الدولة التصحيح وإذا كان صحيحاً لا يترتب البطلان على عدم مراجعته كما أن المشرع لم يقرن مخالفة هذا الإجراء بأي جزاء⁽¹⁾، وقد ذهبت محكمة النقض في هذا الشأن إلى أن لما كانت مراجعة العقود بمجلس الدولة إنما أراد بها المشرع مجرد طلب الرأي فيما تجرّيه الجهة الإدارية من العقود دون أن تكون ملزمة باتباعه ولم يقرن المشرع هذا الإجراء بجزاء ولم يترتب البطلان على مخالفته وبالتالي لم يجعل منه ركناً أو شرطاً لانعقاد العقد أو صحته فلا تؤثر هذه المخالفة على صحة العقد وقد تعلقت بحقوق الغير المتعاقد مع جهة الإدارة وهو غير مسؤول عن مخالفتها لأحكام القوانين المنظمة لعمله⁽²⁾.

وفي سورية لم ينص القانون رقم 51 الخاص بنظام العقود في الجهات العامة على إلى التزام الإدارة بمراجعة العقد التي تزمع إبرامه بمجلس الدولة وبالتالي ليس هناك ما يلزم الإدارة بذلك.

(1) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 190.

(2) المرجع أعلاه، ص 192

إلا أن هناك تعميم من مجلس الوزراء يشير إلى ضرورة تصديق العقود الخاضعة إلى تصديق مجلس الدولة بحيث تصبح خمسة وعشرين مليون ليرة سورية⁽¹⁾.

إلا أن عدم تصديق العقد من اللجنة المختصة بحسب الرأي في مجلس الدولة لا يضعف من قيمة الشروط المتفق عليها على بحسبان أن الإدارة تتحمل نتائج وآثار سهوها وخطئها بإغفالها إجراء من الإجراءات الواجبة الاتباع في التعاقد الإداري، وتبقى تبعة الإدارة تجاه الطرف الآخر في العقد مرتبطة بالنصوص التي وافقت عليها⁽²⁾.

كما بينت الجمعية العمومية⁽³⁾، أن مصادقة مجلس الدولة على عقد الاستثمار موضوع هذه القضية ملغاة ما دامت وثيق السجل العدلي للتعاقد معه تشير إلى أنه محكوم بعدة أحكام شائنة تجعله فاقداً لأهلية التعاقد مع الإدارة.

رابعاً: توقيع العقد:

يراد به الاتفاق النهائي بين طرفي العقد، وينجم عن توقيع العقد مجموعة من النتائج والآثار القانونية اتجاه كل من الإدارة والمتعهد⁽⁴⁾. مع الأخذ بعين الاعتبار تاريخ بدء سريان الالتزامات التعاقدية، وفقاً للشروط العقدية إضافة إلى جملة اعتبارات قانونية ومالية من شأنها تأمين تنفيذ العقد بصورة سليمة تحقيقاً للهدف الذي من أجله أبرم العقد. إذ يعتبر التوقيع على العقد إفصاحاً من جانب الإدارة بقبول التعاقد إلا أنه لا ينشئ الرابطة التعاقدية ولا ينتج أثره

(1) بلاغ مجلس الوزراء رقم 90 لعام 1992. أشار إليه صبحي سلوم في موسوعة العقود. ص 325.

(2) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 250.

(3) المرجع أعلاه، ص 255

(4) المرجع أعلاه، ص 260

القانوني إلا بعد تبليغ أمر المباشرة وبالتالي تملك الإدارة سلطة تقديرية بعدم التعاقد وإن كانت قد أنهت توقيع العقد بينها وبين المتعهد المرشح⁽¹⁾.
وتملك الإدارة سلطة تقديرية في مصادرة التأمينات المؤقتة لمتعهد المرشح الذي تخلى عن عرضه قبل انقضاء مدة الارتباط المشروطة حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة بهذا الخصوص بما يلي: ((تخلي المتعهد المرشح عن عرضه قبل انقضاء مدة الارتباط المشروطة في دفتر الشروط يجعل للإدارة الحق في مصادرة التأمينات المؤقتة بسبب استكافه عن تنفيذ التزاماته))⁽²⁾.

وقد نص قانون العقود السوري /51/ لعام 2004 في المادة /24/ على ما يلي:

((على المتعهد المرشح توقيع العقد خلال المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة على أن لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه الإحالة عليه وفي حال عدم حضوره أو امتناعه عن توقيع العقد وفقاً لأحكام دفتر الشروط الخاضعة وعرضه المقبول تصدر التأمينات المقدمة ويحق للجهة العامة مطالبه بتعويض عن العطل والضرر عند الاقتضاء))⁽³⁾.

يلاحظ من نص هذه الفقرة أن المشرع ألزم الإدارة والمتعهد المرشح أن يلزموا بتوقيع العقد خلال المدة المحددة في دفتر الشروط، والتي تملك الإدارة سلطة تقديرية في تحديدها في دفتر الشروط وشريطة أن لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار الإرساء من لجنة المناقصة، وبالتالي على المتعهد المرشح أن يحضر إلى مكان توقيع العقد، ويقوم بالإمضاء على العقد، وفقاً

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 250

(2) مجموعة المبادئ والاجتهادات القضائية في مجلس الدولة السوري من عام 1990-1996،

ص 150، مجموعة حمورابي القانونية، مرجع سابق، 2010

(3) الفقرة ب من المادة 24 من القانون 51 لعام 2004.

لأحكام دفتر الشروط، وعرضه المقبول. وفي حال لم يقدّم المتعهد المرشح بالتوقيع أو الحضور من أجل التوقيع فإن الإدارة تملك الحق في مصادرة التأمينات إضافة إلى قدرتها على مطالبته بالتعويض عما فاتها من كسب ومما تجشّمه من خسائر عند الاقتضاء⁽¹⁾.

إلا أن الواقع العملي يشير إلى قيام الجهات العامة بتفسير هذا النص على أنه إلزام للمتعهد المرشح فقط بالتوقيع على العقد خلال مدة ثلاثين يوم وأن الإدارة تستطيع أن تقوم بالتعاقد بعد هذه الفترة وتملك سلطة تقديرية في ذلك، وهذا برأينا انتهاك خطير حبذا لو المشرع السوري يضيف إلى هذه الفقرة عبارة واضحة ودقيقة تؤكد على أن هذه المدة ملزمة للطرفين معاً.

خامساً: تبليغ العقد:

تملك الجهة المختصة بالإبرام وحتى بعد تصديق قرار الإرساء وصدور قرار الإبرام التراجع عنه، والعدول عن العقد ما دام أن هذه الجهة لم تقم بتبليغ المتعهد المرشح أمر المباشرة ويعتبر أمر المباشرة هو آخر إجراء تستطيع الإدارة قبله أن تتحلل من العقد ولا تكون مسؤولة عن أي التزام اتجاه المتعاقد إلا ما قام بتنفيذه بناء على موافقتها استناداً لنظرية الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

ويعد أمر المباشرة مستنداً خطياً ويصدر عن السلطة المختصة بالإبرام، ويتم بواسطته إعلام الشخص الذي رست عليه المناقصة بقرار إبرام العقد وضرورة البدء بتنفيذ العقد⁽³⁾.

وهنا يطرح السؤال الآتي نفسه فيما يخص آثار تبليغ أمر المباشرة على

قيام العقد؟

(1) مجموعة المبادئ والاجتهادات القضائية في مجلس الدولة السوري من عام 1990-1996،.

مجموعة محموري القانونية، مرجع سابق، ص 150

(2) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 290.

(3) المرجع أعلاه، ص 300

إن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف باختلاف النهج الذي اختطه المشرع أو احتج فيه القضاء في الدولة المعنية ومما لا شك فيه أن الأثر الحقوقي لتبليغ أمر المباشرة يختلف ما بين الدول.

أ. في فرنسا: فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي بصريح العبارة أن تبليغ أمر المباشرة لا يعتبر قراراً إدارياً يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء والوضع مستقر بفرنسا على أن تبليغ أمر المباشرة ليس له علاقة بقيام الرابطة التعاقدية⁽¹⁾، وأن كان من الإجراءات الشكلية الجوهرية وبالتالي تاريخ العقد يبدأ من تاريخ المصادقة عليه ولا تستطيع الإدارة أن تقوم بتبليغ أمر المباشرة إلا خلال المدة المحددة للتبليغ ولكن هذا لا يجري على إطلاقه إذ باستطاعة الإدارة إذا تأخرت تأخر بسيط أن تقوم بتبليغ أمر المباشرة متجاوزة المدة المحددة لذلك⁽²⁾.

ب. وفي مصر: فإن الأمر يبدو غير محسوم إذ أن هناك عدة اتجاهات فمنهم من ذهب كما ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار أن العقد يعد مبرماً وتبدأ الرابطة التعاقدية من تاريخ التصديق على قرار الإرساء من السلطة المختصة بالإبرام، واتجاه آخر يرى أن الرابطة العقدية لا تبدأ إلا بعد تصديق العقد وتبليغ أمر المباشرة⁽³⁾.

إلا أن القضاء الإداري حسم أمره منذ وقت، ليس بالقصير، وعلى خلاف ما هو سائد في فرنسا، إذ استقر على أن الرابطة التعاقدية تبدأ عند تبليغ أمر المباشر مما يعني أن العقد لا يعتبر منعقد من تاريخ المصادقة على قرار الإبرام⁽⁴⁾.

(1) د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، ص 220.

(2) المرجع أعلاه، ص 225

(3) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 197.

(4) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

وقد بدت الأسباب التي دفعت القضاء إلى تبني هذا الاتجاه في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عندما عرض موضوع الإبرام عليها وأوضحت ما يلي: (إن المادة 99 من القانون المدني نصت على أن التعاقد في المناقصات يتم برسو المناقصة وبالتالي هي لازمة بشأن تحدي وقت قيام الرابطة التعاقدية في مجالات القانون العام ما دام لا يوجد نص خاص يوجب ذلك ومتى كان التنظيم الإداري المقرر للتعاقد يقتضي اعتماد قرار لجنة البت من السلطة المختصة بإبرام العقد فلا يمكن القول: بأن العقد يتم بصدر القرار من اللجنة إذ أن هذه اللجنة ليست مختصة أصلاً بشي يدخل في نطاق القبول⁽¹⁾.

وقد استمر القضاء الإداري المصري⁽²⁾، على هذا النهج حيث ذهب إلى أنه (من حيث أن الأصل أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإدارة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وبالتالي لا تملك الإدارة أي سلطة بالاحتجاج قبل تبليغ أمر المباشرة.

كما أنه يشترط في القبول حتى ينتج أثره ليس تبليغ أمر المباشرة فحسب، وإنما يشترط أن يأتي القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب قائماً، فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا ما يلي: (ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن القبول في العقود الإدارية بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا يترتب أي أثر إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه)⁽³⁾. وبالتالي لا يعتبر التعاقد تاماً إلا إذا علم الموجب بقبوله وهذا ما يتفق مع ما نصت عليه المادة 91/ من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه ينتج

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص126.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 688 لسنة 1973. أشار إليه وليد رمضان عبد

التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 456.

(3) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص126.

التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك. ولكن إذ جاء قبول الإدارة غير مطابق لا يجاب العارض فإن المحكمة الإدارية العليا قد عدت ذلك خطأ ترتكبه الجهة الإدارية، لأن قبولها الذي تضمنه التبليغ الذي صدر عنها لم يكن مطابق لإيجاب العارض، وبالتالي فإن العقد لم ينعقد بينهما لتخلف التعبير عن إرادتين متطابقتين، الأمر الذي يجول دون إلزام العارض، ومن ثم لا يكون هناك وجه لمصادرة التأمين الأولي المقدم منه، لأن امتناعه عن تنفيذ أمر المباشرة قام على أساس يبرره وأن هذا التبليغ لا يصلح أساساً للالتزامه⁽¹⁾.

ووفقاً لأحكام القضاء المذكور يشترط في القبول حتى ينتج أثره أن يتم إبلاغه كتابياً إلى من رسي عليه العقد، وخلال نفاذ العرض وبهذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: (القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وأن الذي يعتد به في هذا الشأن هو العلم الذي يتم طبقاً للقانون، أو الاتفاق الطرفين)⁽²⁾. وهو في العقود الإدارية يتم بإبلاغ هذا القبول كتابة إلى صاحب العرض متضمناً اعتماد عطائه وتكليفه بالتنفيذ، وبطبيعة الحال يجب إبلاغ القبول خلال المدة التي يكون العرض فيها قائماً، حسب ما تحدده شروط المناقصة، أو طبقاً لما يدخل عليها من تعديلات ارتضاها الطرفين، على أن علم المتعاقد بقبول عطائه يتم أما: (باستلامه لإخطار القبول أو توقيعه على

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 129.

(2) المرجع أعلاه، ص 144

إيصال علم الوصول أو امتناعه عن استلام الصورة أو التوقيع على أصلها بالاستلام⁽¹⁾.

ج. في سورية: وردت في نظم العقود الموحد رقم /51/ لعام 2004 مجموعة من الأحكام القانونية التي يمكن الاستناد إليها بخصوص الإجابة على السؤال حول آثار تبليغ أمر المباشرة على قيام العقد. ومن هذه الأحكام ما نصت عليه المادة /15/ بقولها:

أ- على العارض تعيين موطن مختار له في سورية.
ب- يمكن للعارض من رعايا الدول العربية غير المقيم في سورية والعارض الأجنبي تعيين موطن مختار له خارج سورية إذا نصت دفا تر الشروط على ذلك.

ج- يعتبر الموطن المختار المذكور ملزماً للعارض ولو انتقل منه إلى غيره مالم يبلغ الجهة العامة خطياً عن موطن المختار الجديد في البلدة نفسها والا تعتبر جميع التبليغات المرسلة إلى موطنه المختار الأول صحيحة حكماً.

كما حددت المادة 24 في الفقرة ب وج ما يلي:
لا يعتبر المتعهد المرشح متعهد إلا بعد استكمال إجراءات التصديق وتبليغه هذه المصادقة وللجهة العامة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ المتعهد أمر المباشرة دون أن يكون له الحق في أي تعويض.

إن الفقرة /ب/ قد نصت على ضرورة تصديق العقد وبعد ذلك تقوم بتبليغ المتعهد المرشح العقد، وبالتالي لا يعتبر المتعهد المرشح متعهداً الا بعد تبليغ

(1) د. محمد أحمد عبد المنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار مقارنة، دار نهضة العربية، 2000، ص 13.

أمر المباشرة، إذ تستطيع الإدارة أن تعدل عن تنفيذ العقد قبل تبليغ أمر المباشرة دون أن يكون له الحق بأي تعويض ونلاحظ بذلك أن المشرع قد تبني نظرية العلم بالقبول التي تبناها القانون المدني المصري مخالفاً بذلك القانون المدني السوري الذي اخذ بنظرية إعلان القبول.

ونلاحظ هنا أن المشرع قد منح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في العدول قبل تبليغ أمر المباشرة، وهذا الأمر من وجهة نظر الدكتور مهند نوح أمر مغالى فيه ولا ينسجم مع الرعية الاقتصادية التي قد ينتظرها الأفراد من عقودهم مع الإدارة وينطوي في ذات الوقت على مبالغة في إبراز عنصر السلطة العامة في العلاقات التعاقدية.

كما أنه في سورية لا يجوز تبليغ أمر المباشرة بالتنفيذ إلا بعد اتخاذ الإجراءات التالية:⁽¹⁾

- أ- تصديق محضر المناقصة أو العقد من قبل أمر الصرف المختص.
- ب- تصديق المحضر أو العقد من المراجع المختصة بعد تدقيقه من قبلها وفق القوانين والأنظمة النافذة ومثال ذلك تصديق مجلس الوزراء (اللجنة الاقتصادية)، على العقود المتعلقة بالعقود الإنمائية والتسهيلات الائتمانية وموافقة مجلس الوزراء⁽²⁾، عند الإحالة القطعية للمناقصات الدولية وبصورة عامة، استكمال جميع الموافقات والتصديقات التي توجبها القوانين والأنظمة المرعية قبل تبليغ أمر المباشرة⁽³⁾.

(1) قرار مجلس الوزراء رقم 875 تاريخ 1966/2/12/24. أشار اليه المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود، مرجع سابق، ص 377.

(2) المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق ص 377.

(3) المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تاريخ المباشرة الذي يجب اتخاذه أساساً في حساب مدة تنفيذ التعهد هو تاريخ المباشرة الصادر عن الإدارة بعد تاريخ تصديق العقد ولا عبرة لتاريخ مباشرة المتعهد فعلاً في تنفيذ التعهد أو الطلب إليه للمباشرة في التنفيذ قبل تاريخ تصديق العقد⁽¹⁾.

وإن تبليغ الإدارة للمتعهد أمر المباشرة بتنفيذ العقد بعد انقضاء مدة ارتباط العارض بعرضه يعطيه الحق بانقضائها التحلل من التزاماته بموجب دفتر الشروط العقدية النافذة لدى الطرفين فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في سورية ما يلي: (أن تبليغ الإدارة للمتعهد أمر بمباشرة تنفيذ العقد بعد انقضاء مدة ارتباط المتعهد المرشح بعرضه يعطيه الحق من التحلل من التزامه بموجب دفتر الشروط العقدية)⁽²⁾. من الاجتهادات وان تأخر الإدارة في تبليغ المتعاقد إلى ما بعد انقضاء مهلة ارتباطه بعرضه يجعل مطالبة الإدارة بأجر الإعلان وغرامة التأخير نتيجة نكوله عن تنفيذ العقد في غير محله ويكون له الحق في استرداد التأمين المدفوع مع الفائدة القانونية بنسبة 5% من تاريخ المطالبة وحتى تمام الوفاء⁽³⁾.

كما أن تأخر الإدارة في إعطاء أمر المباشرة إلى المتعهد على الرغم من انقضاء المهلة المنصوص عليها في دفتر الشروط الخاصة للعقد يشكل خطأ يتيح للمتعهد مساءلة التعهد ومساءلة الإدارة عن جميع النفقات التي صرفت من

(1) المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق ص 390.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 329 تاريخ 1976، مجموعة مبادئ المحمة الإدارية العليا 1965-1990. مجموعة حمورابي القانونية، ص 255.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 350 تاريخ 1976، مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا 1965-1990. نفس المرجع، ص 260.

أجل إبرام العقد والتي تتمثل بقيمة الطوابع الهندسية وقيمة الطوابع المدفوعة إلى الخزينة وأجور الإعلانات وعمولة الكفالة وفائدتها⁽¹⁾.

وقد حضر بلاغ رئاسة مجلس الوزراء⁽²⁾، السماح للمتعهدين بمباشرة الأعمال قبل التصديق النهائي للعقد.

وأكد البلاغ⁽³⁾، على الجهات العامة كافة عدم إبلاغ المستوردين المتعاقدين معها أمر المباشرة بتنفيذ أي مشروع قبل تصديق عقده من الجهات المختصة مهما كانت الجهة التي تنفذه.

وشدد بلاغ مجلس الوزراء على عدم جواز صرف أي مبلغ على العقود غير المصدقة من الجهات المختصة وفقاً لأحكام القانون وأن كل مخالفة تستوجب المسؤولية والمحاسبة⁽⁴⁾.

كما أشار بلاغ مجلس الوزراء⁽⁵⁾، على جميع الجهات العامة في الدولة المتعاقدة مع الوحدات المهنية في الجامعات عدم إعطاء أمر المباشرة لتنفيذ تلك العقود المبرمة مع تلك الوحدات، ما لم تقترن بموافقة خطية من رئاسة الجامعة المعنية وإيداع نسخة من العقود المبرمة سابقاً لدى كل من رئاسة

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 420 تاريخ 1976، مجموعة مبادئ المحمة الإدارية العليا 1965-1990. مجموعة حمورابي القانونية، مرجع سابق، ص 190

⁽²⁾ بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 76 لسنة 1977. أشار اليه محمود زكي شمس في الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 564

⁽³⁾ بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 135 لسنة 1982. أشار اليه محمود زكي شمس في الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 564

⁽⁴⁾ المحامي صبحي سلوم، موسوع العقود. مرجع سابق، ص 222.

⁽⁵⁾ بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 99 لعام 1984. أشار اليه محمود زكي شمس في الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 570

الجامعة والمديرية المالية المختصة ومراعاة ذلك في كل عقد يبرم مع تلك الوحدات تحت طائلة المسؤولية القانونية.

كما أن ارتباط المتعهد المرشح بعرضه يقابله التزام آخر من قبل الإدارة، وذلك بأن تتخذ قرارها بالمصادقة على قرار الإرساء في المدة المحددة أو عدم المصادقة. إذ أن المتعهد المرشح الذي عينته لجنة المناقصة لا يجوز أن يبقى في مركز غير محدد إلى ما لا نهاية، أو لفترة طويلة جداً فـالمتعهد المرشح لا يمكن أن ينتظر الكثير من الوقت كي يعرف ويتيقن من الإدارة فيما إذا كانت ستصدق على نتائج محضر المناقصة أم لا، بما لها من سلطة تقديرية في هذا الخصوص، بالإضافة إلى أن المتعاقد إذا ما كان موضوع العقد ذو كلفة عالية جداً فقد يكون قد جمد مبلغاً كبيراً من أمواله وبالتالي فإن على الإدارة أن لا تبقى لفترة طويلة من شأنها أن تربك العارضين وقد تدفعهم بأن لا يتقدموا أساساً إلى المناقصة، خوفاً من احتمالات التقلبات الاقتصادية التي قد تكون في غير صالح العارض⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هي المدة القصوى التي ينبغي على الإدارة التقيد بها لتبليغ أمر المباشرة؟
إن الإجابة على هذا السؤال هي كالآتي:

ففي فرنسا لم يتم النص على هذه المدة بنص صريح ضمن تقنين عقود الشراء العام وإنما جرت العادة أن يشير دفتر الشروط إلى تلك المدة⁽²⁾، وأن كان مجلس الدولة الفرنسي قد أشار إلى ضرورة وجود مدة محددة ولكن لم يتم تحديدها بسقف معين.

(1) المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود. مرجع سابق، ص 222.

(2) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 402.

وفي مصر فإن الإدارة ملزمة بالمصادقة على نتائج المناقصة وتبليغ أمر المباشرة بمدة معينة وهذه المدة هي ثلاثة أشهر فقط بيد أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في تجاوز هذه المدة إذا اقتضت ظروف الحال التي تحتمها طبيعة وظروف موضوع التعاقد وشريطة أن تنص على ذلك في دفتر الشروط بيد أن هذه السلطة يجب أن لا تستخدم إلا في أضيق الحدود⁽¹⁾.

وفي سورية فإن قانون العقود السوري رقم 51 لعام 2004 قد عالج هذه الحالة في المادة /25/ منه وفق الآتي:

((يبقى المتعهد المرشح مرتبطاً بعرضه طيلة المدة المحددة لهذا الارتباط في دفاتر الشروط أو الإعلان أو العرض وإذا لم يبلغ أمر المباشرة⁽²⁾، خلال ذلك حق له خلال سبعة أيام تلي انتهاء تلك المدة المذكورة أن يتخلّى عن عرضه بكتاب خطي مسجل في ديوان الجهة العامة التي أجرت المناقصة، وإلا يتجدد حكماً ارتباطه بعرضه مدة أخرى تسري بدءاً من اليوم الذي تلي تاريخ انتهاء المهلة المعطاة للمتعهد المرشح وهكذا في كل مرة على أن لا تتجاوز مدة ارتباط المتعهد المرشح بعرضه ستة أشهر)).

نحن نرى أن هذه المدة طويلة جداً وغير مبررة وغير منطقية وخاصة في الظروف الحالية، بسبب التقلب الكبير بالأسعار فحبذا لو أن المشرع يقوم بإنقاص هذه المدة إلى ثلاثة أشهر كحد أقصى فهي مدة كافية لمصلحة الإدارة ومصلحة العارضين.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون العقود رقم 51 لعام 2004 لم ينص على وسيلة معينة للتبليغ أمر المباشرة، وبالتالي يمكن للإدارة أن تعتمد قواعد التبليغ

(1) د. عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص270.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص517.

العامة ووسائلها أو الاستعانة بالفقرة ج من المادة /31/ من القانون نفسه، والخاصة بوسيلة تبليغ الجهة العامة صاحب العرض الأنسب قبول عرضه بعد تصديق محضر لجنة المناقصة وذلك إما بالبريد المسجل أو ببرقية أو بواسطة التلكس ويثبت مضمونها بكتاب مسجل ويعتبر التبليغ جارياً في هذه الحالات من تاريخ إيداع البريد المسجل أو إرسال البرقية أو التلكس أيهما أسبق⁽¹⁾. ونحن نرى انه كان من الأولى على المشرع أن تكون هناك مادة متخصصة بآلية وطرق التبليغ بشكل خاص بالمناقصة على غرار ما هو عليه الحال في طلب العروض.

(1) الفقرة ج من المادة 31 من القانون رقم 51 لعام 2004.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة وآثارها القانونية

إذا كانت السلطة المختصة بإصدار قرار الإبرام ذات اختصاص مقيد في التعاقد مع العارض الذي أوصت به لجنة المناقصة، إلا أنه يقابل هذا التقييد سلطة تقديرية للإدارة في إلغاء المناقصة كي لا تجبر على التعاقد مع شخص لا ترغب به أو تظهر الظروف خلال الفترة الممتدة بين الإرساء وصدور قرار الإبرام أنه لم يعد أهلاً للتعاقد مع الإدارة أو أن الإدارة ترى أنها لم تعد بحاجة إلى المناقصة برمتها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وبالتالي تستطيع الإدارة أن تلغي نتائج المناقصة أو تمتع عن الإبرام العقد أو الاستغناء عن المناقصة بأكملها ⁽¹⁾ وبالنظر لأهمية هذا الموضوع من الناحيتين العلمية والعملية اقتضت العملية البحثية تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: ندرس في المطلب الأول الطبيعة القانونية للقرار إلغاء المناقصة ونخصص المطلب الثاني لدراسة آثار إلغاء المناقصة بالنسبة لجميع الأطراف.

(1) د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 212.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المناقصة وحالات الإلغاء

وبدوره سوف نقوم بدراسة هذا المطلب من خلال فرعين اثنين على النحو الآتي:

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المناقصة

إن رفض التصديق على قرار الإرساء الذي توصي به لجنة المناقصة يعد قرار إداري مستقل ومنفصل عن العقد نفسه ويكون هذا القرار بهذه الصورة قابلاً للطعن فيه بالإلغاء إذا شابه وجه من أوجه عدم المشروعية ويستوي في ذلك أن يكون العقد مدنياً أو إدارياً⁽¹⁾، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في قرار رفض التعاقد بحسبانه قراراً إدارياً اكتملت كافة أركان القرار فيه، كما أن القضاء الإداري في مصر استقرت أحكامه على قبول الطعن في القرارات الصادرة برفض إبرام العقد على أساس أنها مستقلة عن عملية التعاقد ذاتها، إذ قضت محكمة القضاء الإداري بعدم إلغاء قرار رفض اعتماد قرار لجنة البت بالمناقصة⁽²⁾، ويستنتج من ذلك أن قرار رفض اعتماد قرار لجنة المناقصة تم توصيفه من قبل القضاء المصري على أنه قرار إداري.

وفي سورية فإن محكمة القضاء الإداري نظرت في القرارات الإدارية المستقلة والتي أمكن فصلها عن العقد الإداري⁽³⁾، وهي إذا كانت قد عدت قرار الإحالة وقرار الإحالة القطعية قرارات إدارية كما أشرنا وقبلت الطعن فيها

(1) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 406.

(2) حكمها في الطعن بتاريخ 1962/7/3، ذكره د. جرجي شفيق، القرارات القابلة للانفصال، مصدر سابق، ص 133.

(3) د. سعيد النحيلي، د. عبسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 212.

بالإلغاء إذا ما خالفت مبدأ المشروعية فإنها قد عدت قرار رفض التصديق وإلغاء المزايدة قراراً إدارياً منفصلاً قبلت الطعن فيه بالإلغاء أيضاً.⁽¹⁾

مما سبق يتبين وبما لا يدع مجالاً للشك بأن قرار إلغاء المناقصة من قبل الإدارة بعد قراراً إدارياً فردياً نظراً لتكامل جميع أركان القرار الإداري في هكذا قرار. ومن ثم تطبق على هذا النوع من القرارات النظرية العامة للقرارات الإدارية الفردية بحسبانها أعمال قانونية انفرادية، سواء من حيث شروط صحة القرار، أو من حيث الطعن فيه إلغاء أمام القضاء الإداري إذا توافرت فيه شروط الادعاء، سواء شرط الأهلية أو شرط المصلحة أو حتى شرط الميعاد⁽²⁾، وهذه الشروط تنطبق بالتأكيد على الخاسر في المناقصة لأنه من الغير استناداً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة. وما يثير الاهتمام في هذا السياق هو أن قرار إلغاء المناقصة يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، لذا ينبغي أن يخضع لرقابة القضاء الإداري تجنباً للأضرار التي تنجم عن قيام الإدارة بإساءة استخدام السلطة من خلال انحرافها عن المصلحة العامة وارتكابها انتقام أو محاباة أو تحيز. فما هي الحالات التي تلجأ من خلالها الإدارة إلى استخدام سلطتها في إلغاء المناقصة؟ وهذا ما سستم الإجابة عليه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني

حالات إلغاء المناقصة

من المبادئ الأساسية المسلم بها في مجال إبرام العقود الإدارية في فقهاء وقضاء، هو إن للجهة الإدارية الحق في العدول عن إتمام العقد وإلغاء المناقصة، إذا قدرت أن اعتبارات المصلحة العامة تقتضي ذلك، فإذا كانت الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد مقيدة باختيار المتعاقد الذي عينته لجنة

(1) د. سعيد النحيلي، د. عبيسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 215

(2) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 416.

المناقصة إذا رأت إتمام العقد، إلا أن اختصاصها في إبرام العقد يكون تقديرية، فلها العدول عن إبرام العقد معه، بأن تلغي المناقصة ⁽¹⁾، فمثلاً في فرنسا قضى مجلس الدولة بأن الوزير برفضه اعتماد إرساء المناقصة لم يفعل إلا مباشرة سلطاته المستمدة من القوانين واللوائح، ⁽²⁾ كما أكد القضاء الفرنسي منذ عام ١٨٣٠ عدم التزام الإدارة بتسبب قراراتها الصادرة برفض اعتماد المناقصة ثم استقر قضاؤه بعد ذلك على هذا المبدأ ⁽³⁾، وقد ذهب البعض إلى تبرير هذه السلطة بأن الإدارة لا تستطيع أن تتحمل فرض متعاقد عليها خصوصاً وأن التعاقد يعد معاوناً لها في إدارة المرفق العام، ولذلك خولت سلطة الاعتراض على شخص المتعاقد، كذلك خولت حق الاعتراض على مدى ملائمة العقد ذاته، إذ قد تتغير مقتضيات الصالح العام مع الزمن ويصبح التعاقد غير متفق مع مصلحة المرفق أو مع المصلحة المالية للإدارة ⁽⁴⁾، وفي مصر فقد استقر الفقه على إن الإدارة إذا كانت سلطتها مقيدة فمعنى ذلك عدم السماح لها بالتعاقد إلا مع من حددته لجنة البت، إلا أن هذه السلطة المقيدة يوازنها حق خطير للإدارة هو سلطتها التقديرية في عدم إتمام التعاقد والعدول عنه بإلغاء المناقصة كي لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله، أو إذا تبين عدم ملائمة اتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة أو المصلحة المالية أو المصلحة الإدارية ⁽⁵⁾، وهكذا فإن الأمر قد استقر على تخويل الإدارة سلطة

(1) د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، ع2، 1998، ص476.

(2) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص402.

(3) د. أحمد عثمان عياد. مظاهر السلطة العامة، مرجع سابق، ص176.

(4) Quancard. M, op. cit. p. 175.

(5) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق ص321.

العدول عن إبرام العقد الإداري⁽¹⁾، وضرورة من ضرورات حسن سير المرفق العام قد يقتضيها تحقيق الصالح العام الذي قد يضار من جراء التعاقد، ولا غضاضة في ذلك ما دامت قرارات الإدارة في نهاية الأمر برفض التصديق يخضع لرقابة القضاء بالإلغاء لتجاوز السلطة إذ يمكن ردها إلى جادة الصواب لو راودها الخطأ⁽²⁾. ونحن نؤيد هذا الرأي لأن إنجاز العقود الإدارية يتطلب بالضرورة أن يكون الأشخاص الذي سينفذون مشاريع الدولة ومرافقها العامة، أو الذين سيتولون إدارة هذه المرافق إنما ينبغي أن يكونوا على درجة عالية من الكفاءة الشخصية والمهنية، كما ينبغي أن تكون الحالة المالية والإدارية وحتى السياسية في الدولة ملائمة لاعتماد وتنفيذ العقد لذا فإذا تبين للإدارة من خلال تمحيصها تفحصها لهذه العوامل أنه من غير مصلحتها إتمام التعاقد، فلها الحق في اللجوء إلى إلغاء المناقصة أو حتى اعتماد طريقة أخرى للتنفيذ. ومما يجدر الإشارة إليه هنا إن عدول الإدارة عن التعاقد يختلف عن نكول الإدارة عن وعدها بالتعاقد⁽³⁾. فالعدول يقتضي أن تبدأ الإدارة في استيفاء

(1) د. أحمد عثمان عياد. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق ص 177.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 302.

(3) يشترط قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الوعد بالتعاقد حتى يصبح ملزماً ما يلي:

أ- يجب أن يكون ثمة التزام قاطع بالتعاقد وليس مجرد مشاورات مبدئية.

ب- أن لا يكون إبرام العقد النهائي قد علق على شروط لم تتحقق من الناحية العملية، لأن تلك الشروط تعد ضرورية في التعاقد ويكون العقد لو تم موقوفاً على تحققها.

ج- يجب أن يكون الوعد بالتعاقد قد صدر من الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد النهائي.

أنظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 369، د. خلف محمود الجبوري، العقود الإدارية، مصدر سابق هامش، ص ٦٦، وأما شروط الوعد بالتعاقد في القانون الخاص فهي (اكتمال أركان العقد أولاً وتعيين المسائل الجوهرية للعقد الموعود به ثانياً وتحديد مدة الوعد ثالثاً وتوافر الشكل الخاص بالعقد النهائي رابعاً) وحول تفاصيل تلك الشروط،

القيود والإجراءات السابقة على التعاقد ثم تعدل عن إتمام العقد لسبب، أو
لآخر، أما عدول الإدارة عن وعدها بالتعاقد فلا ينطوي على البدء في هذه
الإجراءات كأن تؤجر الإدارة عقاراً لأحد أفراد مع تعهدها ببيعه له في
المستقبل⁽¹⁾، وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الوعد بالتعاقد في القانون الإداري
يمثل عقداً مستقلاً وملزماً متى توافرت له الشروط اللازمة لقيام العقد
وسلامته⁽²⁾، فاصبغ عليه الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد في القانون الخاص،
وعليه فإذا نكلت الإدارة عن وعدها بالتعاقد ترتب على ذلك مسؤوليتها العقدية.
والواقع أن هذا القول ليس له مستقر في الفقه والقضاء إذ ذهب جانب من الفقه
إلى تبرير عدم دقة هذا القول من خلال:

- 1- وجوب التمييز بين قواعد القانونين الخاص والإداري بهذا الصدد، فبينما
تتوافر إرادة الالتزام بين الطرفين في القانون الأول فهي لا تتوافر في
الثاني بل تتخذ فقط صورة وعد صادر بالإرادة المنفردة ولا يكون من شأنه
ترتيب أي التزام عقدي في حق الإدارة، إذ أن توافق الإرادتين وهو العنصر
الجوهري في فكرة العقود ينتفي من أحكام الوعد إذ يلتزم الواعد بمشيئته
وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد⁽³⁾.
- 2- إن المنطق لا يؤيد الطبيعة العقدية للوعد بالتعاقد في القانون الإداري،
لأن الإدارة لها سلطة العدول عن إبرام العقد بالرغم من استيفاء العديد من
الإجراءات السابقة على التعاقد التي ارتبطت بها مع المرشح للتعاقد، ومن
غير المنطقي أن تلزم الإدارة بإبرام العقد الذي وعدت بإبرامه كما وإن

انظر: د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة في الفقه
وقضاء النقض المصري والفرنسي، ٢٠٠٤، ص ٦٩ وما بعدها.

(1) د. أحمد عثمان عياد. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 290.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 369.

(3) د. أحمد عثمان عياد. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 390.

ترتيب مسؤوليتها العقدية على عدولها عن هذا الوعد يوصلنا إلى نتيجة غير منطقية فمن المستقر أن الإدارة غير ملزمة وغير مسؤولة تجاه المتعاقد المرشح الذي تم الإرساء عليه من قبل لجنة المناقصة، فهذه المسؤولية تنتقي تجاه الوعد له من باب أولى⁽¹⁾.

3- إن الصالح العام يقتضي عدم ترتيب مسؤولية الإدارة عقدياً عند عدولها عن وعدّها بالتعاقد، فقد تتبدل الأوضاع أو تتغير الظروف التي دعت إلى إصدارها وعداً بالتعاقد، ولا مجال هنا للاعتداد بالطبيعة العقدية للوعد بالتعاقد في القانون الخاص بالنظر لاختلاف الروابط القانونية بين ضفتي القانونين⁽²⁾.

ونرى بأنه في ظل غياب الطبيعة العقدية للوعد بالتعاقد في مجال التعامل الإداري فإن الموعود له إذا ما قام بأعمال نافعة أثرت من ورائها الإدارة، فإن تطبيق نظرية الإثراء دون سبب هي السبيل لحمايته شرط أن تكون تلك الأعمال قد تمت برضاء الإدارة الصريح أو الضمني.

وفي سورية إن قرار الإدارة بالتصديق على المناقصة يدخل في نطاق سلطة الإدارة التقديرية وبالتالي لها الحق في العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وقد ورد ذلك في نص المادة 24 فقرة أ من القانون 51 لعام 2004 التي تقول: لا يعتبر المتعهد المرشح متعهداً إلا عندما استكمال إجراءات التصديق وتبليغه أمر المباشرة وللإدارة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ أمر المباشرة ولا يترتب للمتعهد أي تعويض طالما أنه لم يبلغ أمر المباشرة.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في سورية هذا المبدأ بقولها: «أن

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 370

(2) المرجع أعلاه، ص 371

المشرع في المادة /24/ من نظام العقود لم يلزم أمر الصرف بتصديق محضر المناقصة وإنما أجاز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً/ وهو نص ينطلق من الأسس العامة للعقود الإدارية التي تخول الإدارة عدم التعاقد في جميع الحالات سواء قبل البت في المناقصة أو بعدها إذا اثبت لها أن المصلحة العامة تقتضي ذلك».

وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة على أن يكون للمتعهد الحق بالمطالبة بالتعويض أن كان له وجه قانوني.

وفي اجتهاد آخر قررت محكمة القضاء الإداري، وأيدتها المحكمة الإدارية العليا بأنه: "إذا كان الثابت أن المدعي وان وقع العقد إلا أنه لم يبلغ أمر المباشرة، كما لم يقترن هذا العقد بالتصديق الأصولي، فلا يحق له أي تعويض، طالما أنه لم يتجشم أي ضرر إلا أنه طلبه برد قيمة الطابع ونفقات العقد الأصلية، تتفق مع روح العدالة والإنصاف ولا يدخل باب التعويض⁽¹⁾.

وإذا لم يقترن العقد بالتصديق وبوشر بتنفيذه من قبل المتعهد يعد العقد عندئذ عقداً فعلياً، وهو يرتب الحقوق والواجبات على التعاقد حسب النصوص الواردة فيه⁽²⁾.

وإذا قام المتعهد ببعض الأعمال فإنه يستطيع الحصول على هذه الأجر استناداً إلى نظرية (لكل عمل أجر)، وهي نظرية تستند بدورها إلى نظرية العقد الفعلي.

أما المشرع المصري فقد نص صراحة على حالات الإلغاء الوجوبي

(1) مجموعة المبادئ والأحكام القضائية في المحكمة الإدارية العليا السورية من عام 1965 لعام 1990. مجموعة حمورابي القانونية، مرجع سابق، ص 250

(2) مجموعة المبادئ والأحكام القضائية في المحكمة الإدارية العليا السورية من عام 1965 لعام 1990. مجموعة حمورابي القانونية، مرجع سابق، ص 255

وحالات الإلغاء الجوازي، وفي كلا الحالتين منح الإدارة سلطة تقديرية تمكنها من اختيار الحالة الأفضل والأكثر فائدة للخرينة⁽¹⁾، وهذا الإلغاء يأتي أحياناً قبل أن تصدر لجنة البت قرارها وأحياناً يتم الإلغاء بعد البت في المناقصة⁽²⁾. وقد أشار القانون المصري رقم ٨٩ لسنة 1998 إلى ذلك إذ نصت المادة (٣٥) منه على أنه (تلغى المناقصة قبل البت فيها إذا استغني عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك أو لم تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية، كما يجوز إلغاؤها إذا لم يقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط...). وبالتالي فإن القانون قد أوجب على الإدارة إلغاء المناقصة في حالات معينة، وأجاز لها الإلغاء أو إتمام التعاقد في حالة واحدة. ومن ثم ستنم دراسة كلا الحالتين بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

أ- الإلغاء الوجوبي: يتم الإلغاء الوجوبي في حالات ثلاث هي:

الحالة الأولى: أن تقتضي المصلحة العامة ذلك:

إذا كان القانون قد ألزم الإدارة بإلغاء المناقصة لتحقيق الصالح العام⁽³⁾، إلا أنه ترك لها المجال واسعاً كي تمارس سلطاتها التقديرية، لأن تقدير المصلحة العامة أمر تتركض فيه السلطة المختصة بالجهة الإدارية، ويخضع لتقديرها، على أن يكون قرارها بالإلغاء قائماً على أسس سليمة وغير مشوب بالتعسف. أو الانحراف، وتخضع في ذلك لمراقبة القضاء الإداري، وينبغي أن يكون قرارها بالإلغاء مسبباً وفقاً لاشتراط المادة (٣٥) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والمادة (١٢٧) من لائحته التنفيذية، في حين لم ينص المشرع السوري صراحة على حالات الإلغاء وإنما اشترط في قرار عدم التصديق أو إتمام العقد أن

(1) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 424.

(2) مجموعة المبادئ والأحكام القضائية في المحكمة الإدارية العليا السورية من عام 1965 لعام

1990. مجموعة حمورابي القانونية، مرجع سابق، ص 251

(3) محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 183.

يكون مسبباً فقط، وهنا (يجب التفرقة بين وجوب تسبیب القرار الإداري كإجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من أركان انعقاده فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبیب قرارها إلا إذا ألزمتها القانون بذلك وعندئذ يتعين عليها تسبیب قرارها وألا كان معيباً بعيب شكلي، أما إذا لم يوجب القانون تسبیب القرار فلا يلزمها ذلك كإجراء شكلي لصحته، بل ويحمل القرار على الصحة وذلك حتى يثبت العكس، وكلما ألزم المشرع صراحة في القوانين واللوائح جهة الإدارة بتسبیب قراراتها وجب عليها ذكر هذه الأسباب التي بني عليها القرار جلية، وألا كان للمتضرر أن يمارس حقه في التقاضي وسلوك الطريق الذي رسمه له القانون⁽¹⁾، إذا الأصل في القرارات الإدارية صحتها وأنها بذاتها دليل على الصحة وعلى توافر الأركان القانونية الموجبة للصحة وإن غايتها المصلحة العامة ما لم يقدم المتضرر من القرار الإداري عكس هذه القرينة، ومن ثم يكون عبء الإثبات عليه، وعيب اساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها وهو ما يقابل ركن الغاية في القرار من العيوب القصدية في القرار الإداري ويقوم حيث يكون لدى الإدارة قصد الإساءة أو الانحراف⁽²⁾ بحيث تهدف من القرار قصداً آخر غير المصلحة العامة كالانتقام من شخص أو محاباة آخر على حسابه وعلى ذلك فإن عبء إثبات هذا على عاتق من يدعيه بأن يقوم الدليل عليه حيث لا يمكن افتراضه لارتباطه بسلوكيات الإدارة⁽³⁾، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر سلطة الإدارة في العدول عن إبرام العقد متى رأت إن المصلحة العامة تقتضي عدم إبرامه إذ

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن 6206 لسنة 45 ق.ع جلسة 2001/12/8، سابق الإشارة إليه.

(2) د. سعيد النحيلي، د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 199.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1005 لسنة 44 ق 40، جلسة 2001/11/27 منكرور في (مجلة المحامين، القاهرة، ع3/2003، ص/303).

تقول (... ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع العارض الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا العارض ولا تستبدل غيره به، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام التعاقد وفي العدول عنه إذا ثبت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة)⁽¹⁾.

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول بأنها لا تختص بإلزام الإدارة بالصادقة على الإحالة نتيجة المناقصة لأن ذلك يخضع لسلطانها التقديرية، ولكن قرار إلغاء المناقصة إذا كان فيه إساءة في استعمال السلطة فإنه لن يكون بعيداً عن رقابة القضاء،

الحالة الثانية: الاستغناء عن المناقصة نهائياً:

وينقرر أيضاً إلغاء المناقصة إذا قررت السلطة المختصة الاستغناء عنها بشكل نهائي، أما لأن الإدارة لم تعد بحاجة إلى التعاقد، أو لأنها استغنت عن المناقصة كطريق لا يحقق مبتغاها فتستبدله بطريق آخر للتعاقد، وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن المقصود بالاستغناء (أما تبين عدم الحاجة إلى المواد، أو الاستغناء عن المناقصة العامة كوسيلة للحصول عليها، لأن غير هذه الوسيلة قد يكون اصلح من وجهة المصلحة العامة)⁽²⁾، كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في جلسة 1960/1/5 بأنه: (لا نزاع في إن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقد بعد فحص العطاءات وارسائها... ذلك إن طرح المناقصة في السوق، وتقديم العطاءات عنها

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 736 لسنة 28 ق جلسة 1988/5/14، أشار إليه د. محمد ماهابو العينين، مرجع سابق، ص 304.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم 213 في 960/2/13، أشار إليه (أحمد منصور، مصدر سابق، ص 350.

وفحصها وارسائها على صاحب أفضل عطاء، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد ومن ثم فهي تملك كلما رأت إن المصلحة العامة تقضي بذلك إلغاء المناقصة والعدول عنها، دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عند عدم إبرامه⁽¹⁾.

ولكن إذا قامت الإدارة بالاستغناء عن المناقصة، ثم أعلنت عنها بعد ذلك من جديد عن ذات الموضوع، أو كان الإلغاء يرجع إلى رغبة الإدارة في تمكين أحد الأشخاص من الدخول في المناقصة لم يشترك فيها أول مرة، فهنا تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يستوجب مسؤوليتها التقصيرية، ولهذا فإن المشرع المصري قد اشترط أن يكون قرار الإلغاء مسبباً، حتى يتمكن القضاء من مراقبة أسباب الإلغاء، وحتى لا تضيع حقوق الأفراد المتقدمين للمزايدة سدىً فإذا صدر القرار غير مسبب كان غير مشروع، ويشكل ركن الخطأ في جانب الإدارة⁽²⁾، وهنا نوجه دعوة للمشرع السوري والقضاء الإداري أن يتبنى هذه القواعد.

الحالة الثالثة: إذا كان بدل المناقصة أعلى من القيمة التقديرية:

إن القانون الحالي في مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لم يساير ما ذهب إليه المشرع في القانون السابق رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حينما فرض الأخير على لجنة البت عند إجراء المناقصة أن تراعي سعر السوق⁽³⁾. وقد صدرت في حين أحكاماً قضائية عديدة عن المحكمة الإدارية العليا، تقرر فيها للإدارة سلطة

(1) د. محمد ماهر أبو العنين، العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 636.

(2) حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 189.

(3) تنص المادة (29) من القانون رقم 89 لسنة 1983 على أنه (يجب عند البت في العطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محلياً أو خارجياً. كما يجب الاسترشاد أيضاً بأسعار السوق..).

إلغاء المناقصة وإعادتها للوصول إلى ثمن أقل، حتى ولو كان البديل في المناقصة الملغاة، يتجاوز القيمة الأساسية⁽¹⁾، في حين إن المادة (35) من القانون الجديد والمادة (117) من اللائحة أوجبت إلغاء المناقصة إذا لم تصل المناقصة إلى القيمة الأساسية مؤكداً المشرع على أهمية هذه القيمة التي حددتها لجنة المناقصة، واتجاه المشرع في القانون الحالي يتفق مع حكم المحكمة الإدارية العليا الذي كان قد صدر في 1969/2/1 إذ قضت فيه: (... إذا لم تقم بالمناقصة الحالات التي تجيز إلغائها وفقاً لأحكام القانون، فإنه ما كان يجوز إلغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيداً لإعادة المناقصة بقصد الوصول إلى ثمن أقل بل كان يتعين وفقاً لأحكام القانون... اعتماد إرسائها على المدعي ما دام قد تقدم بأفضل العطاءات وقام بالتزامه بإكمال التأمين المقدم منه... ويكون القرار الصادر بإعادة المناقصة وما ترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسائها على غير المدعي مخالفاً للقانون...)⁽²⁾.

ب- الإلغاء الجوازي:

أجاز المشرع المصري إلغاء المناقصة في حال لم يتقدم فيها سوى عرض وحيد مستوفي للشروط⁽³⁾. والعرض الوحيد أما أن يكون كذلك لأن عارضاً واحداً هو الذي تقدم، وأما أنه أصبح كذلك نظراً لاستبعاد باقي العطاءات لمخالفتها للشروط⁽⁴⁾. فالأصل إذاً هو إلغاء المناقصة في حال تقديم عارض واحد. إلا

(1) أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعون المرقمة: 2848 لسنة 33 ق.ع جلسة 1995/1/8، 1266 لسنة 33 ق.ع جلسة 1996/11/26، 2657 لسنة 37 ق.ع جلسة 1996/12/31، أشار إليها، حسن الفاكهياني، مرجع سابق ج49، ص105، 107، 113. وطعن رقم 1505 لسنة 29 ق.ع جلسة 1986/11/29 أشار إليه حمدي الحلفاوي، مرجع سابق، ص198.

(2) سمير صادق، مرجع سابق، ص36.

(3) المادة (35) من القانون 89 لسنة 1998 والمادة (117) من لائحته التنفيذية.

(4) د. سلمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص301.

أنه يجوز قبولها في هذه الحالة إذا توافر شرطان هما⁽¹⁾:

(1) أن تكون الحاجة للتعاقد لا تسمح بإعادة الإعلان عن المناقصة أولاً تكون ثمة فائدة ترجى من هذه الإعادة.

(2) أن يكون العرض الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر، ونتيجة طبيعية ألا تزيد عن القيمة الأساسية.

فإذا توافر هذان الشرطان فإن الإدارة تمضي بالمناقصة ويتم اعتمادها⁽²⁾، والسلطة التقديرية للإدارة واضحة في هذه الحالة، حيث يعود لها تقدير الحاجة للتعاقد التي تبرر عدم الإلغاء، أو إن الإعادة لا تحقق مصلحة الإدارة المالية، وإذا كان الأصل أن تلغى المناقصة في حالة العرض الوحيد لإعادة طرحها من جديد، فذلك لأن المناقصة تقوم على حرية المنافسة والإعلان عنها بقصد توجيه الدعوة إلى جميع الراغبين في التعاقد لتقديم عروضهم، فإذا لم تسفر إلا عن عرض وحيد فقد اضطرب حبل المنافسة وهو جوهر المناقصة⁽³⁾ وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه 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 التي تطلبها المشرع لذلك وإن قبول العطاء الوحيد في حد ذاته لا يكون مخالفة تأديبية يستوجب المساءلة⁽⁴⁾.

وفي كل الحالات التي ورد ذكرها فإن المشرع المصري قد اشترط لإلغاء المناقصة:

(1) محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 155.

(2) المرجع أعلاه، ص 160.

(3) د. علي خطر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق ص 256.

(4) حكمها في الطعن رقم 812 لسنة 13 ق جلسة 1969/2/1 أشار إليه أحمد منصور، مصدر سابق، ص 349.

- أن تصدر لجنة البت توصيتها بإلغاء المناقصة.
 - أن يصدر قرار من الوزير المختص أو من له سلطاته بإلغاء المناقصة.
 - أن يشتمل قرار الإلغاء على الأسباب التي بني عليها⁽¹⁾.
- بيد أن حصر حالات الإلغاء والنص عليها لا يحول دون ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية لإلغاء المناقصة وإن لم يرد فيها نص قانوني، وحالات الإلغاء غير المقررة بنص كثيرة، إذ أن لجنة المناقصة وكذلك سلطة الاعتماد يدهما ليست مغולה عن تقدير إلغاء المناقصة في غير الحالات التي ذكرها القانون، فقد يشوب إجراءاتها بطلان يستوجب الإلغاء إذ إن مجلسا الدولة في فرنسا ومصر استقر إفتائهما على أن بعض الإجراءات والضوابط الخاصة بنشر الإعلان عن المناقصة تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الإدارة والأفراد معاً وقصد منها كفالة احترام المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة وهي العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة⁽²⁾ بين العارضين للوصول إلى أفضل الأسعار بحيث يترتب على إغفال جهة الإدارة لهذه الشكليات الجوهرية بطلان الإعلان دون حاجة إلى نص صريح يقضي بذلك ولكن الإدارة إذا ما قررت إلغاء المناقصة ثم اتضح لها عدم صحة قرارها وعادت إلى إبرام العقد مع العارض الذي رست عليه المناقصة أول مرة فإن مثل هذا القرار يزيل عن تصرف الإدارة شبهة الخطأ الموجب للتعويض وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٧/٣/١٩٩٨ إذ جاء فيه (... وكان الثابت بالأوراق أن الهيئة المطعون ضدها قد أجرت المناقصة وفقاً لأحكام القانون وكانت المناقصة الذي أجرتها يوم ١٤/١/١٩٨٥ قد أدى إلى إرساء شراء توريدات إلى المزرعة السمكية... وكان قرارها بإعادة المناقصة يوم

(1) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 422.

(2) المادة (2) من القانون رقم 89 لسنة 1998.

1985/2/12 وتأجيل تلك الإعادة إلى يوم 1985/2/25 قد صدر بالمخالفة للقانون لعدم قيام سبب يبرر إلغاء المناقصة التي تمت يوم 1985/1/١٤ وما أسفرت عنه من إبرام عقد شراء المزرعة في ذلك التاريخ مع المطعون ضده الأخير فإن عودتها إلى المشروعية ورجوعها عن إعادة المناقصة يزيل عن تصرفاتها شبهة الخطأ الموجب للتعويض ومن حيث أنه لا يغير مما تقدم ما ساقه الطاعن من أسباب في تقرير الطعن، ذلك لأن الهيئة المطعون ضدها لم تضمن له الفوز في المناقصة الجديدة ولأن مجرد الإعلان عن المناقصة الجديدة لا ينشئ له مركزاً قانونياً ذاتياً لا يجوز المساس به ولأن الإدارة تملك إلغاء المناقصة بعد الإعلان عنها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وليس هناك أفضل في تحقيق المصلحة العامة من العودة للمشروعية بأعمال آثار المناقصة الأولى المطابقة للقانون ولأن المدة التي أعقبت إعلان نتيجة المناقصة الأولى وما تلاه عن إعلان عن الإعادة وتأجيل لا يمكن أن يترتب على مرورها الأضرار التي يزعمها الطاعن...⁽¹⁾.

⁽¹⁾ طعن رقم 38/864 ق.ع أشار إليه د ماهر أبو العينين. العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، ص506.

المطلب الثاني

الآثار القانونية لإلغاء المناقصة

إن تصرف الإدارة المتضمن إلغاء المناقصة التي اكتمل الإعلان عنها من جانب الإدارة، وانتهت إجراءاتها بقيام لجنة المناقصة باتخاذ قرار الإرساء على أحد العارضين، إن هذا التصرف لا يمكن أن يبقى من دون آثار قانونية سواء بالنسبة للإدارة ذاتها أو بالنسبة للمتعهد المرشح⁽¹⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن قرار لجنة المناقصة بالإرساء لا يعد الخطوة الأخيرة في التعاقد، بقدر ما يعد إجراء تمهيدياً للتعاقد تختص به جهات أخرى تحددها القوانين والأنظمة. فالعقد الإداري يبتدئ حينما يصدر قرار تصديق واعتماد إجراءات المناقصة بحيث يعتبر قرار الاعتماد والتصديق منشأً لعقد، وليس كاشفاً عنه⁽²⁾.

بيد أن هذا لا يمنع إطلاقاً قيام الإدارة المختصة بالعدول عن المناقصة وإلغاء المناقصة برمتها. إذ أن قرار الإدارة بالتصديق على المناقصة يدخل في نطاق سلطاتها التقديرية وبالتالي لها الحق في العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وقد ورد هذا الحكم في نص المادة 24 فقرة أ من القانون /51/ لعام 2004.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ماهي الآثار التي تنجم عن قيام الإدارة بالعدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة. هذا ما سنجيب عليه من خلال هذا المطلب الذي سنقسمه إلى فرعين اثنين. نخصص الأول لدراسة آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للإدارة، ونخصص الثاني لدراسة آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للمتعهد المرشح.

(1) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 402.

(2) المرجع أعلاه، ص 405

الفرع الأول

آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للإدارة

ما لا شك فيه أن إلغاء المناقصة من قبل الإدارة سوف يرخي بظلاله على الإدارة ذاتها. وهنا لابد من الإشارة إلى أن الإدارة هي القوامة على المرافق العامة وعلى ضرورة تسييرها بانتظام واضطراد.⁽¹⁾ وأنها عندما أعلنت عن المناقصة قامت بإجراءات تمهيدية بدراسة الجدوى الاقتصادية والإدارية والخدمية للمشروع وهذا كله لا يمكن أن يتحقق الا من خلال إنفاق جزء غير يسير من المال العام. فالإعلان عن المناقصة وتضافر جهود المعنيين وتخصيصهم الوقت اللازم لذلك والحصول على موافقات وأذونات الجهات المختصة، كل هذا رافق العملية التمهيدية لإعداد اضبارة المناقصة⁽²⁾.

وعليه أليس من المنطقي أن يطرح السؤال نفسه حول مصير هذا المال والجهد الذي تم انفاقه في حال قامت الإدارة بالعدول عن التعاقد والاستغناء عن المناقصة برمتها؟

إن الإجابة على هذا السؤال ستكون بالإيجاب، فلا يكفي أن تبرر الإدارة لنفسها بأنها أقدمت على إلغاء المناقصة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. إذ أن هذا المصطلح يعد كما هو معروف مصطلحاً فضفاضاً يحمل في ثناياه الكثير من الافتراضات الحسنة والسيئة.

فكما هو معروف فإن الإدارة تنطلق من الصالح العام وتنتهي إلى الصالح العام، فهذا الأمر لا يختلف عليه اثنان. بيد أن الخلاف سيكون حول التزام الإدارة فعلاً بمقتضيات المصلحة العامة وليس فقط قولاً.

(1) د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 512.

(2) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 267.

وبناء على ما ذكر فهل لأحد أن يتجاهل الآثار الآتية لإلغاء المناقصة تجاه الإدارة:

أولاً: إن إلغاء المناقصة يلحق الضرر بالمال العام بشكل أو بآخر، ويتجلى ذلك في النفقات والمصروفات التي تم انفاقها في مرحلة الاعداد للإعلان عن المناقصة⁽¹⁾.

ثانياً: إن إلغاء المناقصة سيتسبب ببعض الإرباكات الإدارية داخل الجهاز الإداري للدولة. فكما هو معلوم أن قرار الإعلان عن المناقصة مربوط قانونياً بالحصول على موافقات واذونات الجهات المختصة كمجلس الدولة والجهاز المركزي للرقابة المالية، وفي بعض الأحيان يحتاج الأمر إلى استخراج موافقة الحكومة متمثلة بمجلس الوزراء⁽²⁾.

ثالثاً: إن إقدام الإدارة على إلغاء المناقصة سينجم عنه بالتأكيد تأخير في إنجاز المرفق العام الذي كان من المفترض اكمال التعاقد من أجل تسييره، الأمر الذي يخل بقاعدة سير المرفق العام بانتظام واضطراب بشكل مباشر أو غير مباشر⁽³⁾.

رابعاً: أخيراً وليس آخراً إن إلغاء المناقصة سيؤدي بالتأكيد إلى توجيه أسهم الانتقاد إلى الإدارة المعنية من الجهات الرقابية والجهات المختصة، كما سيؤدي إلى زعزعة الثقة بين العارضين والإدارة⁽⁴⁾، الأمر الذي سينعكس سلباً على هيبة الإدارة والنيل منها.

(1) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 73.

(2) د. سعيد نحيلي، د عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق ص 152.

(3) المرجع أعلاه، ص 152.

(4) محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 83.

خامساً: لا يمكن التسليم بالنص القانوني الذي ورد في نظام العقود الموحد السوري رقم /51/ لعام 2004 والذي يحرم المتعهد المرشح من أي تعويض نتيجة إلغاء المناقصة إذا لم يبلغ أمر المباشرة⁽¹⁾.

فالمتعهد المرشح الذي اشترك في المناقصة وأنفق ما أنفقه، يستحق بالتأكيد وفق مبادئ العدالة التعويض عما لحقه من خسارة، وبالتالي وفي هذه الحالة يفترض أن تلزم الإدارة قانوناً بجبر الضرر الذي لحق بالمتعهد المرشح ويمكن تأسيس مسؤولية الإدارة هنا على مبدأ العدالة. وفي حال قبول هذا الرأي فسوف تقوم الإدارة بدفع التعويض من الخزينة العامة، ودون أن تحقق أي مقابل، بحسبان أنها لم تمضي في التعاقد مع المتعهد المرشح.

الفرع الثاني

آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للمتعهد المرشح

إذا كانت آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للإدارة بذلك الحجم والجسامة التي تم عرضها أعلاه فإننا نرى أن هذه الآثار تكون مضاعفة بالنسبة للمتعهد المرشح⁽²⁾. وهذه الآثار لا تقتصر على البعد المادي بل لا ينبغي إنكار البعد المعنوي لها، فحينما يقدم العارض على تقديم عرضه، فإن هكذا إجراء سيكون مترافقا بإنفاق الأموال اللازمة للاشتراك في المناقصة.

كما أن الثقة التي ينبغي أن تكون قائمة بين الإدارة والأفراد، ينبغي المحافظة عليها واحترامها وصيانتها وهي ثقة منبثقة من خصائص دولة القانون، التي يفترض أن تقدم الدولة نفسها في علاقتها مع الأفراد بهذه القيمة⁽³⁾.

(1) د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 831

(2) د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق 2007، ص 150.

(3) المرجع أعلاه، ص 155.

وسوف نتعرف من خلال العرض الآتي على واقع الدول محل المقارنة فيما يخص موضوع التعويض على المتعهد المرشح نتيجة الضرر الخاص الذي لحق به والناجم عن إلغاء المناقصة وعدم المضي في إتمام التعاقد. والسند الذي يمكن أن يركز إليه المتعهد المرشح للتعاقد للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة إلغاء المناقصة فيكون أساسه المسؤولية التقصيرية، وقد بينت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه المسؤولية في حكم حديث لها صدر بتاريخ 2002/3/31 جاء فيه بأن: (مسؤولية الإدارة عن قراراتها تقوم على وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار غير مشروع أي يشوبه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة وأن يلحق بصاحب الشأن ضرر مباشر من هذا الخطأ وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر وإذا تخلف ركن أو أكثر من هذه الأركان انتفت المسؤولية المدنية، والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً، والضرر المادي هو الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور، أما الضرر الأدبي فهو الذي يصيب مصلحة غير مالية للمضرور على أن يكون هذا الضرر مترتباً مباشرة عن الخطأ ومحققاً لأن التعويض يدور وجوداً وعدمياً مع الضرر ويقدر بمقدار ما يحقق جبره دون أن يجاوزه حتى لا يثري المضرور⁽¹⁾).

وبناء على ما ورد من مبادئ فإذا كان قرار الإدارة بعدم تصديق نتائج المناقصة غير مشروع فإن مسؤوليتها تنهض لتعويض المرشح للتعاقد عن الضرر الذي سببه خطأ الإدارة، وفي حكم للمحكمة المذكورة أعلاه جاء فيه إن (المناقصة إذا لم تقم فيها إحدى الحالات التي تجيز إلغائها وفقاً لأحكام القانون فإنه لا يجوز إلغائها لإعادة المناقصة بقصد الوصول إلى سعر أقل والقرار الصادر بإعادة المناقصة قرار غير مشروع ويتم التعويض عما رتبته من

(1) د. سعيد نحيلي، د عيسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، 2007، ص155.

ضرر وفوته من ربح⁽¹⁾، وذهبت في قرار آخر صدر عنها بتاريخ 1995/5/3 إلى أن الإدارة إذا قررت إلغاء المناقصة فإنه يتعين إصدار قرار الإلغاء في الوقت المناسب طبقاً لظروف كل حالة وإلا كانت ملتزمة بتعويض ما يكون قد لحق صاحب الشأن من أضرار نتيجة التراخي في إصدار قرار الإلغاء طبقاً لقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية⁽²⁾. ولكن إذا كانت المدة التي انقضت فيما بين إجراء المناقصة وإلغائها فترة تقتضيها عادة قيام الإدارة ببحث الموضوع من الوجهة القانونية حتى يأتي قرارها متسقاً وحكم القانون فإن الراسي عليه العقد لا يستحق تعويضاً عن تقويت فرصة يدعيها لعدم وجود ضرر لحق به، خلال هذه الفترة لكنه يستحق التعويض عن حرمانه من قيمة التأمين⁽³⁾، ولكن إذا قررت الإدارة إلغاء المناقصة وأعلنت عن مناقصة توريد المزرعة السمكية مرة ثانية ثم قررت إلغاء قرارها بالإعادة وإبرام العقد مع العارض الذي رست عليها المناقصة الأولى فإن عودة الجهة الإدارية إلى المشروعية برجوعها عن إعادة المناقصة، الذي كان قد تم وفقاً للقانون يزيل عن تصرفاتها شبهة الخطأ الموجب للتعويض خاصة، وإن من ادعى الأضرار فهي إنما أصابته بفعله وحده دون شريك، كونه قد امتنع عن استرداد التأمين الذي دفعه بعد الإعلان عن المناقصة الثانية غير المشروعة. وهو الذي سلك دروب المنازعة وأصر عليها، وبناء عليه فإن الطاعن لا يكون على حق فيما يطالب به من

(1) طعن رقم 812 لسنة 13 ق. جلسة 1969/2/1 أشار إليه، محمد محمد بدران، رقابة القضاء ص190.

(2) طعن رقم 1266 لسنة 33 ق. أشار إليه د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص199

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1286 لسنة 33 ق. عليا جلسة 1996/11/26 أشار إليه. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص200.

تعويض⁽¹⁾، وإذا ما قرر المحافظ إلغاء قرار لجنة البت المعتمد من وكيل الوزارة المفوض من المحافظ وتعاqude بالأمر المباشر مع عطاء لم يكن هو الأفضل فإن قراره هذا ينطوي على إهدار للقواعد المنظمة للمناقصات، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى إلغاء قرار المحافظ بإلغاء قرار لجنة البت فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون. أما بالنسبة للحكم بالتعويض للشركة التي رست عليها المناقصة إلا أنه قد نشأ لها مركز قانوني ذاتي بصور قرار لجنة البت بالترسية عليها واعتماد هذا القرار من السلطة المختصة وكيل الوزارة المفوض من المحافظ وفي إهدار هذا المركز والتعاقد مع غيرها ما يصيبها بإضرار تتمثل فيما لحقها من خسائر... وما فاتها من كسب بسبب عدم التعاقد معها، وإذا ما قدرت المحكمة هذا المبلغ بـ (25000) ألف جنيه، فإن حكمها يكون قد صادف صحيح حكم القانون ويكون الطعن المائل قد أقيم على غير سند من الواقع أو القانون مستوجباً الحكم برفضه..⁽²⁾.

وبالنسبة للقضاء الإداري في سورية فإنه يطبق قواعد المسؤولية التقصيرية ويحكم بالتعويض، ومناطق مسؤولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة عنها هو وجود خطأ من جانبها عندما يكون القرار الإداري غير مشروع ملحقاً بالضرر بصاحب الشأن مع قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽³⁾، فالخطأ هو واقعة مجردة قائمة بذاتها إذا تحققت أوجببت مسؤولية

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 864 لسنة 38 ق.ع جلسة 1998/8/17. أشار إليه.

محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 200.

(2) حكم المحكمة العليا، طعن رقم 4721 لسنة 41 ق.ع جلسة 999/1/26، أشار إليه د. محمد

ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 550

(3) د. سعيد نحيلي، د. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق 2007، ص 170.

مرتكيها عن تعويض الضرر الناشئ عنها، وهذا الضرر كما ذكرنا أما أن يكون مادياً أو أدبياً⁽¹⁾.

إذ إن إبرام العقد الإداري يمر بمراحل مختلفة ومتعددة تجري في فترات متلاحقة فتسبق مولده طائفة من الإجراءات التمهيدية والمقدمات الاصولية المعتادة التي تهئ له الوجود القانوني ومن المسلم به بأن الإدارة لها سلطة تقديرية واسعة في الإبرام فحتى لحظة التوقيع تستطيع أن تمتنع عنه إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك وبالتالي يترتب على رفض التعاقد وعدم الإبرام الآثار الآتية:

1- انتفاء الرابطة التعاقدية: ذلك أن امتناع الإدارة المختصة عن إبرام العقد يجر معه بصورة عامة الية انتفاء الرابطة العقدية وقد أكد القضاء الإداري هذه الحقيقة في أكثر من مناسبة ولهذا لا يصح القول بإلغاء العقد بل الاصح أن يقال بانعدام العقد⁽²⁾.

ولكن إذا انتقت الان الرابطة العقدية فهذا لا يعني انتفاء كل أثر حقوقي يمكن أن يحتج به الفرد الذي كان مرشحاً للتعاقد فباب المطالبة بتعويض العطل والضرر يبقى مفتوحاً لمصلحة هذا الفرد سواء على أساس الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما أو على أساس تحمل التبعية (المسؤولية بلا خطأ التي تؤسس على مبدأ الغرم بالغنم)⁽³⁾.

ففي حالة الخطأ المرتكب من قبل الإدارة تسأل الإدارة في حالة مبنية على أساس الخطأ الذي يتمثل في امتناعها عن إبرام عقد باشرت أولى مراحلها،

(1) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، ص 310.

(2) المرجع أعلاه، ص 322

(3) المرجع أعلاه، ص 325

وأهملت أو امتنعت عن إنجاز مرحلة لإبرام الأخيرة أي مرحلة توقيع العقد باعتبارها جرت المرشح إلى التعاقد وعقدت معه مفاوضات وجشمتها نفقات⁽¹⁾.

على أن القضاء الإداري كثيراً ما يستعصي عن إعطاء حكم بالمسؤولية وهو يتطلب شروطاً صعبة المنال فهو يستلزم أن يكون الضرر محققاً حالاً ومباشراً وجسماً خالياً من تبعة تخالطه وتكون حالة على المرشح⁽²⁾.

وقد أوجب القضاء الفرنسي حالة جديدة فهو لا يحكم إلا إذا تأكد أن الإدارة قد حصلت على منفعة من جراء التعاقد الذي وصم بالفشل.

وعلى العموم فإن الشروط التي بتطلبها القضاء الإداري للحكم بالتعويض في حالة التعاقد الفاشل هي:

1- أن تكون الأشغال الملزمة والمتعهد بها قد انتفعت بها الإدارة ولو ببواكيرها وان يكون النفع نفعاً حقيقياً⁽³⁾.

2- أن يكون قد جرى التعاقد على الأشغال غير المبرم عقد بشأنها بناء على موافقة الرئيس الإداري.

وبهذا نصل إلى ختام هذا البحث الذي عالجنّا فيه الأسس النظرية للسلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية وتطبيقاتها القضائية في كل من فرنسا ومصر وسورية ونأمل أن نكون قد وفقنا بتغطية البحث علمياً وبالمنهجية التي تفترضها ادبيات البحث العلمي.

والله الموفق

(1) سعيد النحيلي. د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 177.

(2) المرجع أعلاه، ص 180

(3) محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 234.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

من خلال دراستنا التفصيلية للسلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية، فقد ظهر جلياً الأبعاد القانونية والإدارية والاجتماعية، لممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في إبرام العقود الإدارية، واستخدامها هذه السلطة في العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة.

صحيح أن القانون منح الإدارة مجموعة من الامتيازات والسلطات الاستثنائية لتمكينها من تحقيق أهدافها المتمثلة في خدمة الصالح العام، ولكن الصحيح أيضاً أن هذه الامتيازات ومنها امتياز السلطة التقديرية تشكل بآن معاً سلاحاً خطيراً تجاه الأفراد. لذا رأينا كم كان هناك تشديد على موضوع الرقابة القضائية على قرارات الإدارة التي تتخذها في نطاق اختصاصاتها التقديرية، بغية إلغاء أي قرار يثبت فيه للقضاء إساءة الإدارة لاستعمال سلطتها التقديرية.

وقد رأينا أن منح الإدارة سلطة تقديرية في إبرام العقود الإدارية، إنما يعد أمراً طبيعياً تقتضيه ضرورات المرفق العام، بحسبان أن الإدارة هي المسؤولة أولاً وأخيراً عن سير المرافق العامة في علاقتها مع جمهور المنتفعين. بيد أن الواقع العملي أظهر لنا كم هو حجم الممارسات اللاقانونية التي ارتكبتها الإدارة في معرض ممارستها لسلطتها التقديرية في نطاق العقود الإدارية وقد كان محور بحثنا متركزاً على تبرير السلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية، ولكن وبنفس الوقت كان يشغلنا موضوع حماية المتعهد المرشح تجاه تعسف الإدارة.

ومن خلال عرضنا وصلنا إلى النتائج الآتية:

1. سلطة الإدارة مقيدة دوماً بالنصوص القانونية بدءاً من الإعلان عن المناقصة وحتى تبليغ أمر المباشرة. فلا مجال لممارسة السلطة التقديرية في الكيفية التي تعلن من خلالها عن المناقصة أو في اختيار البيانات التي يتضمنها الإعلان ولا حتى في اختيار المتعهد المرشح الأفضل والمحكوم بمبدأ آلية الإرساء.
2. السلطة التقديرية للإدارة ضرورية في نطاق العقود الإدارية، لأن حرمانها منها سيؤدي إلى شل حركة الإدارة، في الوقت الذي تحتاج فيه إلى اختيار أكفأ المتنافسين، الأمر الذي يمكنها من مواجهة كافة الاحتمالات المتوقعة وغير المتوقعة في أثناء مرحلة التعاقد.
3. ما يؤكد النتيجة السابقة هو عجز المشرع عن الإحاطة بكافة التفاصيل، فليس من المنطق بشيء أن ننتظر من المشرع أعداد وصفة مسبقة الصنع، وأن بحدد للإدارة خارطة طريق كاملة ومن الألف إلى الياء، وأن يقيد بها بإجراءات وقيود قد تؤدي إلى عرقلتها وافسائها في تحقيق الهدف المسند إليها. وما يعزز هذه النتيجة هو أن المشرع بعيد كل البعد عن واقع العمل الإداري وجزئياته. زد على ذلك أن التفاصيل والثغرات لا تظهر إلا في أثناء التطبيق، الأمر الذي يدفعنا للقول بضرورة وجود السلطة التقديرية للإدارة خدمة للمصالح العام.
4. السلطة التقديرية للإدارة في نطاق العقود الإدارية تظهر في الكثير من مراحل التعاقد فالمشرع السوري منح الإدارة سلطة تقديرية تتجلى بالسماح لها بقبول العرض الوحيد، بعد أن تكون قد أعلنت مجدداً عن المناقصة إذا وجدت مصلحة في ذلك (المادة 20 من الفقرة د/ (1,2) من قانون العقود الموحد /51/ لعام 2004).

5. تظهر السلطة التقديرية بشكل واضح وصريح في نطاق العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة برمتها إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، أي أن ذلك يدخل ضمن ملاءمات وتقديرات الإدارة.
6. تملك الإدارة سلطة تقديرية أيضاً في نطاق اختيار الوسيلة الكفيلة بإعلام الراغبين في الاشتراك في المناقصة، وذلك إذا كانت هذه الوسائل غير المنصوص عنها قانوناً متفقة مع النظام العام.
7. إن قرار لجنة المناقصة لا يعد المرحلة التي من شأنها أن تنشئ العقد، إذ إن نشوء العقد مرتبطاً بتصديق واعتماد قرار اللجنة من قبل أمر الصرف الذي منحه المشرع سلطة تقديرية في اعتماد المناقصة أو العدول عنها، إذا كان ذلك في خدمة المصلحة العامة، ومن ثم فإن قرار الإدارة بالتصديق على المناقصة يعد قراراً إدارياً مكتمل الأركان وله أثر منشئ للعقد وليس كاشفاً عنه.
8. إن قرار الإدارة في إلغاء المناقصة والعدول عن التعاقد يعد قراراً إدارياً مكتمل الأركان ومنتج لآثاره، ومن أهم هذه الآثار عدم ولادة العقد بين الإدارة والمتعهد المرشح.
9. لا يمكن تجاهل آثار إلغاء المناقصة سواءً بالنسبة للإدارة من جهة، أو بالنسبة للمتعهد المرشح من جهة ثانية. فقد بدا واضحاً في أثناء العرض كم هي النتائج خطيرة على المال العام، وهيبة الإدارة، في حال إقدامها على إلغاء المناقصة، وكذلك الأمر لا يمكن تجاهل الضرر الخاص الذي يصيب المتعهد المرشح في حال إلغاء المناقصة والعدول عن التعاقد.

ثانياً: المقترحات:

إزاء ما ذكر أعلاه من نتائج ومن خلال متابعتنا الحثيثة لموقف المشرع السوري بخصوص إجراءات إبرام العقد الإداري، ومن خلال متابعتنا لاجتهادات القضاء الإداري بهذا الخصوص، فقد تبين لنا بعض الثغرات التي نوصي بما يلي لتجاوزها:

1- تعديل المادة 14 فقرة أ من القانون رقم 51 لعام 2004 على أن تصبح على النحو الآتي:

(..... وللإدارة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ أمر المباشرة على أن يترتب للمتعهد المرشح تعويض عادل عن الضرر الخاص الذي لحق به على أساس مبدأ العدالة).

2- عدم المبالغة في تفسير الاستثناءات التي يمكن أن تقيد مبدأ آلية الإرساء. فمثلاً عندما نقول أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في استبعاد العرض الأقل لعدم كفاءته فنياً أو مالياً، أو لسوء السمعة، ينبغي عندئذ أن يكون قرار الإدارة مبنياً على وقائع موجودة فعلاً وأن يخضع تكييف الإدارة لهذه الوقائع لرقابة القضاء. إن تطبيق هذا المقترح سيؤدي إلى احترام مبدأ المنافسة والمساواة واللذين تقوم عليهما المناقصة بأفضل صورة.

3- نعترف أن إثبات عيب إساءة استعمال السلطة من قبل الادرة أمام القضاء الإداري يعد أمراً غاية في الصعوبة، بيد أن هذا الأمر ليس مستعصي على القاضي الإداري، في محاولة الكشف عن الحقائق بكل ما يتاح أمامه من حجج وبراهين، إحياء لمبدأ المشروعية.

4- نقترح عدم التوسع كثيراً في تطبيق نظرية الشروط غير المألوفة في نطاق العقود الإدارية، لأن المتعهد في النهاية ليس إلا معاوناً وشريكاً في تأمين المرافق العامة، ومن ثم منحه الحماية القانونية والقضائية الكافية تجاه

قرارات الإدارة سواء الصادرة لدى ممارستها اختصاصاتها المقيدة، أو لدى ممارستها اختصاصاتها التقديرية.

6- تعديل الفقرة ج من المادة 9 من القانون رقم 51 لعام 2004 لتصبح كالآتي:

(يجوز في الحالات التي تستوجب السرعة انقاص المهل المنصوص عليه في الفقرة (أ) المتقدمة وعلى الاقل - في أي حال من الأحوال - عن عشر أيام في المناقصات الداخلية). وذلك بدلاً من خمسة أيام كون هذه المدة غير كافية ابدأ وغير مقبولة.

7- تعديل المادة 25 من القانون رقم 51 لعام 2004 على أن تصبح على النحو الآتي:

(يبقى المتعهد المرشح مرتبطاً بعرضه طيلة المدة المحددة لهذا الارتباط في دفا تر الشروط أو الإعلان وإذا لم يبلغ أمر المباشرة خلال ذلك حق له خلال سبعة أيام تلي انتهاء المدة المذكورة أن يتخلى عن عرضه بكتاب مسجل في ديوان الجهة العامة التي أجرت المناقصة، وإلا يتجدد حكماً، ارتباطه بعرضه مدة أخرى تسري بدأ من اليوم الذي يلي تاريخ انتهاء المهلة المعطاة للمتعهد المرشح، وهكذا في كل مرة، على أن لا تتجاوز مدة ارتباط المتعهد المرشح بعرضه ثلاثة أشهر). إذ أن مدة الستة أشهر طويلة ومربكة ومن شأنها وخاصة ضمن الظروف الحالية أن تسهم في زيادة التكاليف على المتعهد المرشح نتيجة التقلبات الاقتصادية الكبيرة.

8- إضافة فقرة قانونية تحظر بشكل واضح كسر الأسعار في المناقصات في كافة مراحلها وتتضمن جزاءً على تجاوز هذا الحظر، حتى لو كان كسر الأسعار معترفاً به على أساس أرضية العرف الإداري.

9- نقترح أن يتبنى المشرع السوري نصاً صريحاً يحدد لحظة إبرام العقد وحذا لو كانت لحظة الإبرام محددة بتاريخ صدور القرار النهائي في الإبرام والذي يدل على توقيع السلطة المختصة وليس إلى موعد تبليغ أمر المباشرة.

10- نقترح أن يأخذ المشرع في سورية بقبول العروض المتأخرة تأخر طفيفاً، شريطة أن لا يؤدي قبول العرض المتأخر إلى خرق مبدأ المنافسة الحرة.

11- دعم الإدارات عن طريق تأهيل الكوادر الإدارية والتي تنهض بمهام التعاقد، ولا سيما في المجالات القانونية والإدارية والمعلومات التكنولوجية. ويتم ذلك عن طريق إقامة دورات داخلية وخارجية يشرف عليها بعض المختصين والأكاديميين.

12- نقترح أن يتبنى المشرع السوري حكماً صريحاً بإعلان نتائج الإرساء والإبرام بواسطة طرق النشر المعروفة أسوة بالمسلك الذي يتبناه المشرع الفرنسي والمصري.

المراجع العلمية

أولاً - الكتب العامة:

1. د. ابراهيم طه فياض، العقود الإدارية، مطبعة الفلاح، الكويت، 1998.
2. د. أحمد سلامة البدر، العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
3. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
4. أحمد حسن الزيان، وحامد عبد القادر، ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الاول، مطبعة مصر، 1960.
5. د. جابر نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
6. د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.
7. د. خميس سيد اسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، القاهرة، 1994.
8. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
9. د. سعيد نحيلي، د عبسي الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، الدراسات القانونية، 2007.
10. د. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

11. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1975.
12. د. شاب توما منصور، القانون الإداري، جامعة بغداد، بغداد، 2010.
13. محمد صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، جامعة بغداد، بغداد، 2004.
14. المحامي صبحي سلوم، موسوعة العقود، الطبعة السادسة، 2006، دار الأنوار، دمشق.
15. د. عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الانشائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
16. د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار الفكر العربي، 1994.
17. د. عبد الله حنفي، العقود الإدارية، الكتاب الاول دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
18. د. عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
19. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.
20. د. عمر حلمي فهمي ود ربيع فتح الباب، مبادئ القانون الإداري، ، جامعة عين شمس، عين شمس، 2004.
21. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
22. د. ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الاول، دار أبو المجد، القاهرة، 2003.

23. د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
24. د. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003.
25. د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002.
26. د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مطبعة جامعة دمشق، 2007.
27. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
28. د. محمد سعيد أمين، دراسة وحيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة 1992.
29. د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، سنة 2000.
30. د. محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة، القاهرة، دار النهضة، 2000.
31. د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
32. د. محمود الصالح، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
33. المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة في العقود الإدارية، مطبعة الداوي، دمشق، 2000.

34. د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة أولى، 2015.

ثانياً - الرسائل العلمية:

1. د. نجيب خلف الجبوري، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقدين معها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1984.
2. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة سنة 1976.
3. د. علي عبد الحسين الخطيب، دور الفقه والقضاء في إنشاء طوارئ التنفيذ في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2002.
4. د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.

ثالثاً - المقالات والمجلات:

1. د. سليمان الطماوي، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية القانون، جامعة فاروق الأول سنة الرابعة، العدد الأول والثاني، الاسكندرية، 1950.
2. عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مجلة الحقوق، الصادرة عن جامعة الكويت العدد 3، 1986.
3. د. عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان، عقد المزايدة في الشريعة الإسلامية مع التركيز على بعض القضايا المعاصرة، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الرابع، الرياض، 1993.

4. د. غازي فيصل مهدي، أوجه الطعن بالإلغاء والطعن بالنقض في مجال القضاء الإداري، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، بغداد، مجلد 8، عدد 5، 2001.
5. د. غازي فيصل مهدي، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام، 1، مجلة بغداد، بغداد، 2002.
6. د. ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، 1980.
7. د. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، العدد الثاني، عمان، 1998.

رابعاً - الدساتير والقوانين والمراسيم والقرارات:

1. الدستور السوري النافذ لعام 2012، الجريدة الرسمية.
2. الدستور المصري النافذ لعام 2014، وليد رمضان تواب، الموسوعة الجامعة للعقود الإدارية.
3. قانون العقود السوري رقم 51/ لعام 2004
4. القانون المالي الأساسي للعاملين في الدولة في سورية رقم 50/ لعام 2004
5. قانون العقوبات العام السوري رقم 148/ لعام 1994.
6. القانون المالي الأساسي السوري الصادر بمرسوم التشريعي رقم 92/ لعام 1967.
7. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لعام 1998.
8. قرار وزير المالية المصري 1367 لعام 1998 المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

خامساً - الدوريات ومجموعة الأحكام وموسوعات:

1. مجموعة حمورابي القانونية، دمشق، 2010.
2. مجلة المحامون، دمشق، 2010، الإصدار الثاني، العدد الأول.

سادساً - باللغة الأجنبية:

1. **Charles Eiermann-** Cours de droit adminisratif. LGDJ1982.Le Pouvoir desrcctionnaire. Paris. 1989.
2. **Chapus.R.Droit administraif.TI.Delta.paris** ed9.1995
3. **Brechon –Moulenes** ,Droit des marches publiques.Monitor.paris. 1999.

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
1	مقدمة
3	أولاً: التساؤلات التي يثيرها موضوع البحث
4	ثانياً: أسباب اختيار الموضوع
6	ثالثاً: مشكلة البحث
6	رابعاً: أهداف البحث
7	خامساً: أهمية البحث
7	سادساً: منهجية البحث
9	خطة البحث
11	مبحث تمهيدي: السلطة التقديرية للإدارة ومجالاتها
14	المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة
16	الفرع الأول: عناصر السلطة التقديرية للإدارة
19	الفرع الثاني: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة.
22	المطلب الثاني: مجالات السلطة التقديرية للإدارة
22	الفرع الأول: ماهية العقود الإدارية وأنواعها.
24	الفرع الثاني: أساليب إبرام العقود الإدارية.
	الفصل الأول
	السلطة التقديرية للإدارة في نطاق الإجراءات التمهيدية
29	للتعاقد
33	المبحث الأول: إجراءات التقدم إلى التعاقد مع الإدارة
34	المطلب الأول: إجراءات الإعلان عن التعاقد.
35	الفرع الأول: القيود السابقة على الإعلان في المناقصة.

رقم الصفحة	الموضوع
46	الفرع الثاني: ماهية الإعلان وشروطه.
51	الفرع الثالث: مدة الإعلان ووسائل نشره
56	المطلب الثاني: الشروط القانونية المتعلقة بتقديم العروض.
57	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الراغبين بالتعاقد
57	الفرع الثاني: شروط قبول العرض
84	المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في إرساء العقد الإداري.
84	المطلب الأول: الإرساء وطبيعته القانونية
85	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للإرساء وآثاره القانونية
89	الفرع الثاني: مبادئ الإرساء
94	المطلب الثاني: السلطة المختصة بالإرساء
94	الفرع الأول: تشكيل لجنة المناقصة
104	الفرع الثاني: اختصاص لجنة المناقصة
	الفصل الثاني
	سلطة الإدارة التقديرية في الإجراءات النهائية في إبرام العقد الإداري
125	المبحث الأول: الطبيعة القانونية لقرار الإبرام وآثاره القانونية
127	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقرار الإبرام والسلطة المختصة باتخاذ
127	الفرع الأول: التكييف القانوني لقرار الإبرام
141	الفرع الثاني: السلطة المختصة باتخاذ قرار الإبرام
147	المطلب الثاني: الطبيعة التقديرية لقرار الإبرام والنتائج المترتبة عليه

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الأول: الطبيعة التقديرية لقرار الإبرام	147
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على صدور قرار الإبرام	153
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة وآثارها القانونية	178
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المناقصة وحالات الإلغاء	179
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لقرار إلغاء المناقصة	179
الفرع الثاني: حالات إلغاء المناقصة	179
المطلب الثاني: الآثار القانونية لإلغاء المناقصة	195
الفرع الأول: آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للإدارة	195
الفرع الثاني: آثار إلغاء المناقصة بالنسبة للمتعهد المرشح	197
الخاتمة	203
المراجع العلمية	209
الفهرس	217