



جامعة دمشق
كلية الحقوق

إجراءات الإبرام المقيدة عند إبرام العقد الإداري

دراسة مقارنة

بحث علمي قانوني أعد لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية

إعداد الطالبة

آية محمد فايز البداوي

إشراف الدكتور

عبد الرحيم الصفدي

مدرس في قسم القانون العام

٢٠١٧ / ١٤٣٩ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللهم أخرجنا من ظلمات الوهم

وأكرمنا بنور الفهم

واقترح علينا بمعرفة العلم

وسهل أخلاقنا بالحلم

الإهداء

إلى من يشاركني لحظات سعادتي وحزني ، إلى من شجعني في متابعة
تحصيلي العلمي ،فقدم لي سبل النجاح إلى زوجي ورفيق دربي الدكتور محمد
عمر القصار

ياسمينة روحي ، وبسمة أملي، وزهرة بيلسان ...إبنتي بسمة
إلى من جعلني أجد ذاتي وأرى هدفي في الحياة...من علمني مخافة الله عزّ
وجلّ وحسن الخلق..والدي العزيز
إلى من زرعت الأمل في نفسي، وعلمتني حب الحياة..

إلى من تسكت الكلمات عندها وتصغر العبارات أمامها..والدتي العزيزة
إلى من جمعني بهم بيت واحد وحب خالد، فكبرت معهم وأكبر بهم ..
أخوتي الأعزاء: آمال ، أحلام ، أسماء ، أحمد

إلى من كنت إبنتهم ، وأعتز بنسبهم السيد عمر قصار وباسمة الرئيس
إلى المنهل الذي استقيت منه المعرفة وأرشدني في مسيرتي العلمية والمهنية ولا
أزال أطلب المزيد ... المحامي الأستاذ محمد قصار بني المرجه
إلنمن مدّ لي يد العون، فكان مثال الأخ الأكبر.. المحامي محمد قرّة طحان
إلى من أتمنى لهم الحياة السعيدة والمستقبل مزهر بالنجاح..... أبناء أخوتي
إلى أخوة لم تلههم أمي.. إلى الذهب العتيق.. أصدقائي

كلمة شكر وامتنان

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من السادة:

الدكتور المشرف: **عبدالرحيم الصفدي**

الدكتور : **محمد العموري**

الدكتور: **أحمد إسماعيل**

على منحهم لي من وقتهم الثمين ، للإشراف على بحثي

المتواضع وتوجيهي بإرشاداتهم الكريمة ونصائحهم الغنية

التي ساهمت بشكل كبير بتقويم بحثي .

المقدمة:

اتسع عمل الإدارة وازداد نشاطها نتيجة لتطور مفهوم الدولة وانتقالها من الدولة الحارسة إلى الدولة الراعية، فلم تعد تقتصر مهام الإدارة على القرارات الإدارية التي تصدرها بإرادتها المنفردة الملزمة للأفراد، وإنما امتدت لتشمل العقود الإدارية ، والتي تلجأ إليها الإدارة لتأمين احتياجاتها وتنتم عن طريق التقاء إرادتها مع إرادة الشخص الطبيعي أو الاعتباري لينتج عن ذلك عقداً إدارياً، بينما تتميز القرارات الإدارية أنها توجد تعبيراً عن إرادة الإدارة المنفردة دون اتحاد مع إرادة أخرى، وأن تكون القرارات ملزمة للمخاطبين بها.

فإذا كنّا بصدد أداة العقود التي تلجأ لها الإدارة لتحقيق أهدافها نجد أن العقد لا ينعقد ولا يكون له وجود إلا بالتقاء إرادة الإدارة مع إرادات أخرى منفردة أو مجتمعة ، والإدارة في إطار عقودها هذه لا تتعاقد دائماً بوصفها صاحبة السيادة وإنما قد تتخلى عن امتيازاتها وتتصرف بكونها شخص من أشخاص القانون الخاص وهنا تخضع لقواعد القانون الخاص.

ومن هنا أصبحت العقود التي تبرمها الإدارة دائرةً بين نوعين من التعاقدات، نوع تتمسك فيه بامتيازاتها مما يجعل إرادتها أعلى من إرادة المتعاقد معها فيظهر العقد في شكل يختلف عن عقود القانون الخاص ومتضمناً شروطاً لا نظير لها في مجال علاقات القانون الخاص، ويمثل النوع الثاني فيما تعقده الإدارة من عقود متخيلة عن سلطاتها وامتيازاتها، فتكون في موقع مساوٍ لموقع المتعاقد معها وإرادتها مساويةً لإرادته، ومن ثم يخضع العقد في كل منازعاته لقواعد القانون الخاص.

وبالرغم من الإقرار بوجود العقد الإداري والأخذ به عند مختلف الدول إلا أنه لا يزال هناك اختلاف حول المعايير التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود فمثلاً في التشريع السوري والمصري، اشترط المشرع توافر ثلاثة معايير لوصف أي عقد بكونه عقداً إدارياً، أولاً يجب أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، والمقصود هنا بالإدارة الشخص المعنوي العام سواء أكان مركزياً أم غير مركزي وهذا ما يطلق عليه المعيار العضوي، ثانياً أن يرتبط العقد بالمرفق العام، ثالثاً أن يتضمن شروط غير مألوفة في العلاقات التعاقدية التي يحكمها القانون الخاص، وهذين المعيارين السابقين يتعلقان بمحل العقد أو بموضوعه، لذلك فهما يشكلان معاً ما يسمى (المعيار الموضوعي)، تلك كانت أركان العقد الإداري عند المشرع السوري والمصري فإذا اختلفت أحد هذه الأركان تجرد العقد من كونه عقداً إدارياً وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي اكتفى بتوافر شرطين ألا وهما: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد وأن يتصل العقد بالمرفق العام، ونظراً لأهمية العقد الإداري ولدوره في تأمين احتياجات الجهات العامة، وتعزيز الصلة بين القطاعين العام والخاص، كان لابد لنا من التعرف على آلية إبرام تلك العقود والتي تتجلى بجملة من الإجراءات التي رسمها المشرع بصورة مسبقة في سبيل التوصل إلى اختيار المتعاقد مع الإدارة وإبرام العقد، ويهدف المشرع من وراء تقييد الإدارة في اختيار المتعاقد معها إلى تحقيق هدفين، الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة، وهذا يستلزم بدهاء التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، والثاني: مراعاة المصلحة الإدارية ويتطلب تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص على تحقيقها، وإن إعطاء الإدارة إمكانية

الاختيار يعني السماح للإدارة بالتدخل وإعطائها السلطة التقديرية في ممارسة أعمالها سواء أكانت ضمن نطاق العقود أم القرارات الإدارية.

إلا أنه لا يمكن إطلاق يد الإدارة في ممارسة أعمالها واتخاذ قراراتها خوفاً من تعسفها في استعمال حقها والإضرار بحرية الأفراد، لذلك كان لابد من تقييد سلطتها تارةً، وإطلاقها تارةً أخرى مع إضفاء نوعاً من الرقابة القضائية على سلطتها التقديرية حمايةً لحقوق الأفراد.

وإن التطبيق العملي للاختصاص المقيّد والسلطة التقديرية للإدارة يظهر من خلال أركان القرار الإداري الصادر عن الإدارة، سواءً بهدف إحداث أثر أو مركزاً قانونياً يتعلق بفرد (قرار ترفيع موظف أو ترقّيته) ، أم قراراً صادر عن الإدارة في معرض إبرامها عقداً إدارياً.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من خلال تسليط الضوء على السلطات التي تتمتع بها الإدارة في معرض إبرامها العقد الإداري، فمن حيث المبدأ العام تملك الإدارة السلطة التقديرية في ممارستها لنشاطها، إلا ما قد يقيد بها المشرع مسبقاً، وإن نشاط الإدارة يتكون من قرارات وعقود إدارية، وهذه الأخيرة لا تنبذ فيها السلطة التقديرية إلا من خلال القرارات المنفصلة عن العقد، ولذلك فإن تحديد مجال السلطة التقديرية يتحقق من خلال تحليل القرار الإداري للتعرف على أركانه وعناصره، ومن ثم تبيان مواطن السلطة التقديرية والرقابة القضائية عليها .

ويتطرق البحث إلى إبرام العقد بالاستناد إلى أسلوب التعاقد القائم على أساس السلطة المقيدة للإدارة، وهذا بدوره يتألف من مجموعة من الإجراءات موضوعة بصورة مسبقة من قبل المشرع وملزمة باتباعها من قبل الإدارة، تبدأ بالإعلان عن التعاقد وتقديم العروض من جانب العارضين، وتنتهي بعملية إرساء العرض وتوقيعه مع المتعاقد الذي قدم السعر الأقل دون النظر إلى معايير أخرى ككميار الجودة، والكفاءة الفنية للعارض أو خبراته، وهذا ما يطلق عليه مبدأ الإرساء التلقائي على السعر الأقل.

وللتخفيف من الآثار التي تترتب على المبدأ السابق أوجد المشرع حالات خاصة من المناقصة تقوم على اختيار الإدارة المتعاقد معها استناداً إلى ما يتمتع به من خبرات وأعمال تتصل بموضوع العقد وهذا ما يطلق عليه

المناقصة المقيدة، إضافةً إلى المناقصة التي تعتمد على السعر السري الموضوع من قبل الإدارة كمعيار لتحديد السعر الأفضل .

إشكالية البحث:

تظهر إشكالية البحث من خلال إيجاد حلاً لتساؤلات عديدة تتعلق بوضع العقد المبني على إغفال أحد الإجراءات المناقصة أو تجاوز بعضها .. هل سيكون العقد المبرم استناداً لهذه الإجراءات المعيبة صحيحاً أم باطلاً؟... وهل هناك مجال لتفادي الخطأ الجوهرى الحاصل أثناء إبرام العقد أم لا ؟ وما هو مستند ذلك ؟ وهل يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يسحب عرضه بعد تقديمه إلى الجهة العامة ؟ وهل تستحق الإدارة التعويض في هذه الحالة أم لا ؟ .. وما هو الأساس الذي تستند عليه في هذه الحالة؟... كل هذه التساؤلات وغيرها تطرحها إشكالية البحث في إجراءات الإبرام المقيدة للعقد الإداري، ونحن سنحاول إيجاد حلاً لهذه التساؤلات من خلال توضيح لأهم القرارات والنصوص القانونية والآراء الفقهية التي تناولت هذا الموضوع بجوانبه المختلفة..

منهج البحث:

سيتم إتباع المنهج التحليلي المقارن وإجراء المقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري والسوري بعد تحليل النصوص القانونية التي تتعلق بموضوع البحث.

خطة البحث:

قد قمت بتقسيم موضوع البحث إلى فصلين، الفصل الأول يتناول السلطات التي تتمتع بها الإدارة في معرض إبرام العقد الإداري، ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة المقيدة والتقديرية، والمبحث الثاني: مجال التقيد والتقدير في سلطات الإدارة، والمبحث الثالث: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

أما الفصل الثاني يتناول أسلوب التعاقد القائم على أساس السلطة المقيدة للإدارة (المناقصة العامة)، ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: المبادئ الأساسية التي تعتمد عليها المناقصة، والمبحث الثاني: الحالات الخاصة في المناقصة، أما المبحث الثالث: إبرام العقد ضمن إطار المناقصة .

مع ذكر التشريعات المقارنة النازمة لعملية إبرام العقد وفق المناقصة أو المزايدة، ومنها تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ وتعديلاته لعام ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩ .

كذلك قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، والقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ في سوريه .

الفصل الأول

السلطات التي تتمتع بها الإدارة في معرض إبرامها للعقد الإداري

قد يحدد القانون للإدارة القرار الذي يجب عليها اتخاذه، بحيث لا يكون لها الحرية في الامتناع عن اتخاذ القرار أو اتخاذ قرار آخر، وفي حالات أخرى لا يفرض القانون على الإدارة تصرفاً معيناً إزاء وضع ما ، فتكون حرة في اتخاذ القرار، حيث أن سلطة الإدارة في إصدارها لقرارها تكون مقيدة وأحياناً تكون تقديرية، هذا لا يقتصر على أعمال الإدارة المعتادة فحسب، وإنما يمتد ليشمل أيضاً تصرفات الإدارة في معرض تلبية احتياجاتها ولابد لنا بدايةً من التطرق إلى ماهية السلطة التقديرية والمقيدة في المبحث الأول، ومن ثم نتجه لتبيان مجال التقييد والتقدير في عمل الإدارة في المبحث الثاني، ومن ثم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في المبحث الثالث.

المبحث الأول:

ماهية سلطة الإدارة المقيدة والتقديرية

نتحدث في هذا المبحث عن مفهوم السلطة المقيدة للإدارة من خلال المطلب الأول ومفهوم السلطة التقديرية في المطلب الثاني، وذلك من خلال التعريف بهما وعرض لأهم آراء الفقهاء حول كل من السلطتين، ثم نبين المبررات التي تقوم عليها كلاً منهما .

المطلب الأول: مفهوم السلطة المقيدة للإدارة.

يقصد بالسلطة المقيدة للإدارة: أنه يتوجب على الإدارة إذا ما توافرت شروط معينة التصرف على نحو معين بمقتضى القانون دون أن يكون لها خيار في ذلك، فالقانون هو الذي يرسم للإدارة سلوكها في مباشرة سلطتها، وفي حالة توافر هذه الشروط يجب على الإدارة أن تتصرف وفق ما يمليه عليها هذا القانون و إلا كان تصرفها باطلاً وغير مشروع ، ومحقاً للإلغاء والتعويض إذا كان له مقتضى.

وقد عرف الأستاذ (Michou) السلطة المقيدة بقوله: ((يتوجب على الإدارة أن تتخذ قرارات فرضها القانون مقدماً ، فمهمتها مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها))^(١)، وأيضاً رأى الأستاذ (Greo) أنه في حالة ((السلطة المقيدة لا يترك القانون للإدارة أية حرية

1-د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الأول، الدار الجامعية، عام ١٩٩٤.

في التقدير، بل أنه يفرض عليها بطريقة أمرة التصرف الذي يجب عليها
(إتباعه))

وقد عزّف مجلس الدولة الفرنسي السلطة المقيدة للإدارة في قضية
(Letendart) بتاريخ ١٣/١١/١٩٤٦ بأنها " السلطة التي يحدد فيها القانون
مباشرة وبشكل واضح كل مايتوجب على السلطة الإدارية التنفيذية من نواحي
الاختصاص والأصول والإجراءات وسبب التصرف الإداري ومحلّه والغاية منه،
وفي هذا المضمار لايبقى أي خيار لهذه السلطة في السلوك الذي يتوجب
عليها إتباعه " (١).

وبرأينا بأن سلطة الإدارة تكون مقيدة إذا قيد القانون مسبقاً مسلكها
بظروف ووقائع معينة يتعين مواجهتها بإجراء معين بالذات، أو قيده بهدف
معين بالذات، وكمثال على ذلك القرار الصادر عن لجنة المناقصة بقبول
العارض و اشتراكه في المناقصة متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها
في المادة /١١/ من قانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، ورفض استبعاده.

وكذلك اتخاذ الإدارة قرار بترقية أحد الموظفين على أساس الأقدمية
المطلقة، ففي هذه الحالة إذا قررت الإدارة إجراء الترقّيات في درجات شاغرة
وتوفرت شروط الترقية بشأن أحد الموظفين فإنه يتعين على الإدارة في هذه
الحالة إصدار قرار ترقية الموظف دون النظر إلى مدى ملائمة أو عدم ملائمة

١- د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الإسكان العسكرية، دمشق،

الترقية بشأنه، فتكون سلطة الإدارة مقيدة عندما تنعدم عندها حرية التقدير، أي تكون ملزمة من قبل القانون باتخاذ موقف محدد.

ونستخلص من ذلك بأن المشرع يفرض وبشكل أمر وملزم على جهة الإدارة عند اتخاذها قرار بصدد واقعة معينة الغاية التي يتعين عليها تحقيقها من القرار، ويحدد لها الإجراءات التي يتوجب عليها اتباعها للوصول إلى تلك الغاية^(١).

ويتصل الاختصاص المقيد بفكرة مشروعية أعمال الإدارة لأنها تكون مقيدة في القرار التي تتخذه بما يفرضه عليها القانون ، وبعد هذا الاختصاص المقيد ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد تعسف الإدارة وظلمها، وتتمثل هذه الحماية في القيود التي يضعها القانون على الإدارة في ممارسة نشاطها، حيث يراقب القضاء مشروعية القرار ويملك إلغاءه إذا ما تبين أنه يخالف عن ما يحتم القانون اتخاذه.

وبخلاف السلطة المقيدة للإدارة، هناك سلطة أخرى تتمتع بها الإدارة بامتيازات وتتصرف بحرية إلى حد معين وهذه السلطة يطلق عليها السلطة التقديرية أو الاستثنائية، وسنتناولها في المطلب الثاني.

١- د. خليفة علي الجبراني، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ليبيا، عام ٢٠٠٥، ص ٣١٠.

المطلب الثاني: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية أو استثنائية في الحالات التي يترك فيها القانون للإدارة حرية في تقدير الظروف الواقعية، فيكون لها الحق في أن تتدخل أو لا تتدخل بناء على تلك الظروف، كما يكون لها أن تختار بحرية القرار الذي تراه ملائماً مع هذه الظروف في حال قررت التدخل.

وقد عبّر الفقيه الفرنسي (Michou) عن ذلك بقوله ((أن السلطة التقديرية تتحقق في كل مرة تستطيع فيها السلطة الإدارية أن تعمل بحرية ودون أن يكون هناك مسلكاً محدداً تفرضه بطريقة مسبقة إحدى القواعد القانونية))^(١).

وقد ورد مفهوم السلطة التقديرية في كثير من أحكام مجلس الدولة المصري منها قوله: " إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الجهة الإدارية تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها وتترخص في تقدير ملائمتها ومراعاة ظروفه ووزن ملابساته المحيطة به طالما أن الباعث عليه ابتغاء مصلحة العامة لم يشبّه عيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة للقانون"^(٢) .

ولقد أوضح الدكتور سليمان محمد الطماوي هذه السلطة بقوله أنها ((تلك السلطة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء ،

١- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، كتاب الأول، القاهرة، عام ٢٠٠٥. ص ١٩٧.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥٨ لسنة ٤٤ ق تاريخ ١٩٨٧/٢/٤، مجموعة المبادئ القانونية ص ٣٣٤.

لتختار في حدود الصالح العام، وقت تدخلها ووسيلة التدخل ، وتقدير خطورة بعض الحالات))^(١) .

وبهذا فإن أغلب التعاريف تتفق حول عناصر ومقومات السلطة التقديرية للإدارة، وهي أن تمتلك الإدارة قدراً من حرية التصرف في ممارسة اختصاصها والمهام المناطة بها، دون أن يفرض عليها القانون وجوب التصرف على نحو معين، وكمثال على ذلك إن الإدارة تمتلك العدول عن توقيع العقد ودون أن يحق للمتعاقد المؤقت الذي رست عليه المناقصة أن يطالب بالتعويض طالما كان هدفها من ذلك هو مراعاة المصلحة العامة وهذا ماستتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني.

كذلك قضى مجلس شورى الدولة في لبنان على أن سلطة الإدارة المختصة بالتصديق على التزام المرشح الراغب بالتعاقد بطريق استدرج العروض ، هي سلطة استثنائية طبقاً لقانون المحاسبة العمومية، فلها أن تصدق فينفذ الالتزام كما لها أن ترفض^(٢).

مبررات السلطة التقديرية:

تتدرج السلطة التقديرية ضمن الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية، حيث أن خضوع الإدارة لمبدأ المشروعية في جميع الحالات

١- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة عين شمس، طبعة سادسة، عام

١٩٩١، ص ٢٠٩

٢- قرار مجلس الشورى رقم ١٠٨ تاريخ ١١/٢٨/١٩٩٥، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد

العاشر، ١٩٩٧، ص ١٧٣-١٧٤.

والظروف يعتبر المثل الأعلى لحماية حقوق وحريات الأفراد وبشكل صريحاً متيناً لدولة الحق والقانون، غير أن تقييد الإدارة بذلك المبدأ بكيفية صارمة ومطلقة، من شأنه أن يوصم عمل الإدارة بطابع الآلية والروتين ويسلب معها روح الابتكار والخلق والإبداع ولذلك كان طبيعياً أن يتم تطبيق مبدأ المشروعية بشيء من المرونة، خاصة وأن مقتضيات التطور الحديث قد استلزمت تدخلها في كثير من مجالات الحياة التي كانت من قبل محظورة عليها، والتي تلتبس فيها الإدارة منفذاً للخروج على ذلك القيد وعذراً يبيح لها موازنة المصلحة العامة مع مصلحة الأفراد .

ونتيجة لهذه المقتضيات ابتدع الفقه والقضاء، بل والمشرع أيضاً بعض النظريات التي تسمح للإدارة بالخروج على مبدأ المشروعية في حالات محددة تعتبر بعضاً منها عوامل موازنة لهذا المبدأ نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية السلطة التقديرية بينما تعتبر إحداها استثناءً حقيقياً له كنظرية أعمال السيادة.

وبذلك فإن السلطة التقديرية تجد تبريرها في مقتضيات العمل وضرورات الحياة الإدارية ، بحيث أن المشرع يضع قواعد عامة مجردة فلا يستطيع أن يتنبأ بجميع الحالات الخاصة التي تحكمها هذه القواعد ، فلذلك يجب أن يترك للإدارة معالجة الحالات الواقعية ووزن ظروفها وملابساتها، لأنها أكثر احتكاكاً بالأفراد وأقرب إلى الجمهور^(١) ولذلك منح المشرع للإدارة هذه السلطة شعوراً منه بأنها أقدر على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة ، وأنه مهما حاول لا يستطيع أن يتصور الحالات جميعها التي قد تطرأ في العمل الإداري ويرسم الحلول المناسبة لها فالسلطة التقديرية ضرورة

١- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة عين شمس، الطبعة السادسة، عام ١٩٩١، ص ٢٥٩.

لحسن سير العملية الإدارية وتحقيق غايتها، وهي ضرورة اجتماعية فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع ، وأيضا فيما يتعلق بعلاقتها بالقضاء.

آ . بخصوص علاقة الإدارة بالمشرع ، يرد بخصوصها اعتبارين هما:
الاعتبار الأول : مستلزمات تطبيق القواعد العامة التي يصوغها
المشرع على الحالات المتعددة والمتشعبة التي تعرض أثناء التنفيذ
والتي لا يمكن للمشرع بأي حال من الأحوال أن يحيط بها مقدماً.

الاعتبار الثاني : يرجع إلى الخبرة والتجارب التي تكتسبها الإدارة،
ووسائلها الخاصة التي تستقي منها خبراتها ولهذا فإن المشرع لابد أن
يعتمد في جانب كبير على حسن تصرف الإدارة.

ب . أما بخصوص علاقة الإدارة بالقضاء ، فالقاضي لا يستطيع أن
يبد رقابته إلى الجانب التقديري من نشاط الإدارة، وذلك لعدة اعتبارات
نذكر منها الآتي:

الاعتبار الأول: إن القاضي يكون عادة بعيداً عن المكان الذي تتم فيه
الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة.

الاعتبار الثاني: أن القاضي تنقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات
التي تعرض للإدارة، كما أنه لا يحيط تمام الاحاطة بالوسائل التي
تتخذها الإدارة لدرء مثل هذه الحالات، وسنبحث عن رقابة القضاء
على السلطة التقديرية للإدارة بالتفصيل في المبحث الثالث.

وبعد أن استعرضنا معنى السلطة التقديرية، ومعنى صورتها العكسية
وهي السلطة المقيدة أو الاختصاص المقيّد حسب التعبير الشائع في الفقه،

يجب أن نعرف الآن أن معنى كل من السلطة التقديرية والاختصاص المقيّد هو معنى أو مفهوم نسبي، فالاختلاف بين كل منهما ليس اختلافاً في الجوهر وإنما في الدرجة، فالسلطة التقديرية والاختصاص المقيّد يتعلّقان باختصاص السلطة الإدارية، ومدى الحرّية والملائمة التي يعطيها المشرّع للإدارة في مباشرة تلك الاختصاصات، ففي بعض الحالات تضيق حرية الإدارة في مباشرة بعض اختصاصاتها القانونية إلى حدٍ بعيد فنكون أمام اختصاص مقيّد، وفي حالات أخرى يترك المشرّع للإدارة حرية أكبر في مدى والدرجة في مباشرة بعض الاختصاصات الأخرى فنكون أمام السلطة التقديرية، فالاختلاف بينهما هو إذن نسبي ومتفاوت في مدى خضوع الإدارة للقانون وليس اختلافاً في الجوهر.

معايير السلطة التقديرية :

هناك ثلاثة معايير تميز السلطة التقديرية عن السلطة المقيّدة للإدارة:

أولاً: معايير الرقابة القضائية: إذا مارس القضاء رقابته على العمل الإداري كانت صلاحية الإدارة مقيّدة، وإذا انتفت هذه الرقابة نكون بصدد صلاحية تقديرية.

ثانياً: معيار مدى إلزاميّة القواعد القانونية ومعيار عمومية وتجريد القواعد القانونية:

أ . ويقوم على التفريق بين القواعد الحاسمة وبين القواعد الجوازية لتحديد فيما إذا كانت القواعد العليا تمنح الجهات أو الهيئات الأدنى السلطة التقديرية أم لا.

ب . وتأسيساً على ذلك فإن اختصاص رجل الإدارة لن يكون تقديرية إلا بقدر ما يضيفه في قراره من العناصر أي القاعدة التي استمد منها اختصاصه فيكون اختصاصه مقيد إذا اقتصر قراره على التقييد الحرفي والآلي للقاعدة التي استمد منها اختصاصه دون أن يضيف له عناصر جديدة.

ثالثاً: معيار مدى كفاية تجديد النظام القانوني: ويعتمد هذا المعيار على القاعدة القانونية التي يستمد منها السلطة، فإذا كانت جازمة بصلاحيه مطلقة تكون كذلك، أما إذا تركت بدون دلالة فهي تقديرية.

وعموماً فإن دليل الاختلاف والنسبية بين السلطتين يظهر من خلال مجال التقييد والتقدير الذي يمس أركان القرار الإداري، والذي سنبحثه في المبحث الثاني .

المبحث الثاني:

مجال التقيد والتقدير في السلطات الإدارية.

من المعروف أن القرار الإداري يقوم علي خمسة أركان وهي ، ركن السبب، والشكل ، والاختصاص، والمحل ، والغاية ، ووفق هذه الأركان نستطيع أن نحدد مدى السلطة التقديرية والاختصاص المقيد.

ولذلك سنتحدث عن الأركان التي يغلب عليها طابع التقيد في المطلب الأول، والأركان التي يغلب عليها طابع التقدير في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأركان التي يغلب عليها طابع التقيد.

وتتمثل في ركن الاختصاص (الفرع الأول)، والشكل (الفرع الثاني)، والغاية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: ركن الاختصاص.

الاختصاص هو القدرة القانونية التي تعطي الإدارة مكانة اتخاذ قرارات معينة، وفيما يتعلق بركن الاختصاص في القرارات الإدارية تكون سلطة الإدارة مقيّدة دائماً، إذ أنها ملزمة فيما تصدره من قرارات باحترام قواعد الاختصاص، فلا يتصور صدور قرار من جهة غير مختصة ، وبذلك يكون قرارها باطلاً إذا صدر من سلطة غير مختصة، حيث أن قواعد الاختصاص دائماً آمرة، وأن عيب الاختصاص هو العيب الوحيد من عيوب القرار الإداري الذي يتعلق

بالنظام العام فإن ذلك يستتبع قيام القاضي ببحثه من تلقاء نفسه دون حاجة للتمسك به من جانب الطاعن بالإلغاء في القرار الإداري، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا المصرية في حكمها رقم /٢٥٧/ الصادر بتاريخ ١٤/٦/١٩٧٠ إلى أن (عيب عدم الاختصاص يتعلق بالنظام العام ، وتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها)^(١).

وفي نطاق إبرام العقود الإدارية فقد قضت المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ على أنه "يقصد بالسلطة المختصة بالاعتماد في مجال إبرام العقود الإدارية الوزير ومن له سلطاته....كل في نطاق اختصاصه" فالوزراء هم المختصون في دائرة قطاعاتهم الوزارية بإبرام عقود الدولة، على أن يتقيد كل وزير في هذا المجال بنطاق وزارته، فلا يمد اختصاصه إلى القطاعات الوزارية الأخرى.

وإن مخالفة النص السابق يترتب عليه بطلان القرار الصادر عن السلطة غير المختصة بإصداره وبطلان جميع الآثار التي تترتب عليه ، وإن كانت تلك المخالفة تنطوي على درجة كبيرة من الجسامة فإنها تؤدي لإنعدام القرار الإداري (صدور قرار إداري من غير موظف عام) وبالتالي فإنه يحق للإدارة سحب القرار في أي وقت .

وقد أشار قانون العقود الموحد للجهات العامة في سوريا رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ إلى ركن الاختصاص في إبرام العقد الإداري من خلال نص المادة

١- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٣١٠.

٢٤ منه والتي قضت بأن يصدّق محضر المناقصة من أمر الصرف ونلاحظ بأن المادة السابقة حصرت أمر تصديق المناقصة بأمر الصرف ولم تعطِ الخيار بذلك لمن ينوب عنه أو يفوضه بذلك.

كما أن الاختصاصات المحددة لكل سلطة ليست حقوقاً قابلة للتصرف فيها بغير قيود، وبالتالي لايجوز التنازل عنها أو التفويض فيها إلا ضمن ضوابط وقيود معينة ينص عليها القانون، ولايجوز التوسع فيما ورد به النص أو الاجتهاد في مجاوزة نطاقه.

ومع ذلك فإنه يجوز التفويض به استثناءً إذا تضمن القانون نصاً يسمح به، وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون قرار التفويض محدداً بحيث لايفوّض به صاحب السلطة جميع الاختصاصات التي منحه القانون إياها على اعتبار أن الاختصاص يمارس ولا يتنازل عنه^(١).

ويشكل ركن الاختصاص وركن الشكل مظهر القرار الخارجي وهما يتعلقان بكيفية ممارسة السلطة، سواءً أكانت سلطة مقيّدة أم تقديرية.

ويثور التساؤل هنا حول علاقة عنصر الاختصاص بالسلطة التقديرية للإدارة؟ وما إذا كانت الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية في مجال الاختصاص؟

في الحقيقة لايتصور من الناحية القانونية والعملية أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في مجال ممارسة الاختصاص ابتداءً، لأن الشخص الإداري إما

١- د. حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٣، ص ١١٣.

أن يكون مختصاً بالقيام بعمل أو أن لا يكون كذلك، ولكن عندما يكون مختصاً بالقيام به، فالقانون قد يعطيه سلطة تقديرية في أدائه لهذا العمل أو قد يقيدّها.

وهذا يكون لاحقاً على اختصاصه به^(١)، حتى في الحالات التي يتم فيها التفويض في الاختصاص، فإن ذلك يتم بناءً على نص قانوني، قانون أو لائحة، ولا يجوز التفويض إلا لمن حددهم القانون وفي نطاق المسائل التي حددها النص، وأخيراً لا يجوز أن يكون التفويض شاملاً لكل اختصاصات الموظف بل يجب أن يكون جزئياً فقط^(٢)، ويبقى للمفوض حرية تقدير ملائمة قيامه بمباشرة الاختصاص المفوض فيه إلى جانب المفوض إليه، إذا رأى في بعض الحالات أن مباشرته للاختصاص بنفسه أكثر ملائمة، علاوة على سلطته التقديرية في تفويض أو عدم تفويض في اختصاصه واختيار من يتم تفويضهم إذا تعدد هؤلاء الجائز تفويضهم قانوناً وتحديد الاختصاصات محل التفويض من بين اختصاصاته المتعددة^(٣).

أما في حالة الحلول فإنه يتم بقوة القانون متى توافرت شروطه، حيث يمارس الشخص الذي يحل محل غيره جميع اختصاصاته بصفة مؤقتة.

١- د. حمد عمر حمد ، المرجع السابق، ص ١١٤.

٢- د. محمد محمد بدران ، رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، دار النشر الجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٨٨.

٣- د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، منشورات جامعة الاسكندرية، ١٩٩٢ ص ١٣٢.

الفرع الثاني: ركن الشكل.

ويعرف الشكل بأنه مجموعة قواعد الإجرائية والشكلية محددة لإصدار القرارات الإدارية، فقد يشترط القانون للقرار شكلاً معيناً أو اتخاذ إجراءات تمهيدية قبل إصدار القرار، ولهذا فإن الإدارة تكون ملزمة دائماً فيما يصدر عنها من قرارات باتباع الشكليات والإجراءات، سواء تلك التي نص عليها القانون أو التي لم ينص عليها^(١)، حيث تلتزم الإدارة بالأشكال التي تستمد من المبادئ العامة للقانون والقواعد العامة في الإجراءات، إذا كانت تمثل شكلاً أو إجراءً جوهرياً، وإلا أصبحت قراراتها محلاً للطعن بالإلغاء والتعويض عنها.

وكما يقول الفقيه الألماني " اهرنج " فإن الشكليات والإجراءات تعد الأخت التوأم للحرية، وهي العدو للدود للتحكم والاستبداد^(٢).

ويظهر ركن الشكل في نطاق إبرام العقود الإدارية من خلال مجموعة من الإجراءات التي أوجب المشرع أن يصب فيها العقد الإداري وأهمها في التشريع السوري نص المادة /١٤/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ حيث اشترط المشرع تقديم العروض في المناقصة ضمن مغلفين ويتم وضعهم في مغلف ثالث معنون باسم الجهة المحددة في الإعلان، وترتب على مخالفة تلك شروط بطلان العرض المقدم من قبل العارض.

١- محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، (لا يوجد دار النشر)، الطبعة الثانية، عام

١٩٩٩، ص ٢٣٥.

٢- د. سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة، المرجع السابق، ص ٩٥.

وكذلك في مصر، فقد اشترط المشرع في المادة ١١/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد تشكيل لجان البت من عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد، إلى جانب رئيس اللجنة، ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية إذا تجاوزت القيمة مائتي وخمسين ألف جنيه، وكذلك عضو من إدارة الفتوى بمجلس الدولة إذا تجاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه.

وكما سبق وتحدثنا عن تشابه ركن الاختصاص والشكل من حيث أنهما يشكلان مظهر القرار الخارجي وهما يتعلقان بكيفية ممارسة السلطة، سواء أكانت سلطة مقيدة أم تقديرية، وإن أباح القضاء الإداري للإدارة الخروج في بعض الأحيان عن قواعد الشكل فإن ذلك لن يكون اعترافاً منه للإدارة بأي مجال للتقدير بالنسبة لعنصر الشكل في القرار الإداري، ولكن لأسباب أخرى كالتفرقة بين الأشكال الجوهرية وغير الجوهرية والتمييز بين أن تكون قواعد الشكل مقررة لمصلحة الإدارة أو لمصلحة الإدارة والأفراد^(١).

وفي تقدير جانب من الفقه أن الأساس السليم الذي يجب أن تقوم عليه التفرقة بين الشكل الجوهري والشكل الثانوي الذي لا يصل إلى البطلان هو درجة الجسامة في عيب الشكل الذي يصيب القرار، فإذا كان عيب الشكل جسيماً لدرجة أن عدم تجنبه يمكن أن يؤثر في القرار ويغير جوهره، عدّ الشكل جوهرياً (كأن يصدر قرار بحرمان المتعهد من الدخول في المناقصات دون

١- د. ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨،

ذكر سبب ذلك في مضمون القرار)، وإذا لم تصل المخالفة إلى هذه الدرجة من الجسامة عدّ شكلاً ثانوياً^(١).

بينما اتجه جانب آخر من الفقه إلى أنه يجب التخلي عن التفرقة التي يقيمها القضاء الإداري بين الأشكال الجوهرية والأشكال الثانوية، لأنه مهما كانت العلة أو الهدف من هذا التمييز، فإنها لا تعتبر أساساً كافياً لإهدار المشروعية ومخالفة القانون دون جزاء بحجة أنه "لا يعد شكلاً جوهرياً" إذ يتعين على القاضي الالتزام باحترام المشروعية دون تقصير لأهداف المشرع وعلّة التشريعات.

إن عنصر الشكل يتضمن طوائف كثيرة من الشكليات والإجراءات، ويميز الفقه بين قسمين مختلفين منهما وهما:

الأول: الشكليات السابقة على صدور القرار الإداري، وهو يشمل كافة الإجراءات التي يتم اتخاذها قبل الإصدار، وإلا غدت غير مشروعة في حال عدم الالتزام بها ويخصص لهذا القسم اصطلاح "الإجراءات" مثال ذلك ضرورة الإعلان عن المناقصة قبل إجرائها .

والثاني: الشكليات المتعلقة بالمظهر الخارجي للقرار الإداري، أي الصورة التي يجب أن تفرغ فيها عند إصدارها ، ويخصص لهذا القسم اصطلاح "الشكليات" ، ويرتب القضاء الإداري الفرنسي آثار قانونية على هذا التمييز فلا يحكم بعدم مشروعيتها وبالتالي عدم إلغائها إذا خالفت الشكل إلا إذا

١- د. ماهر أبو العينين، مرجع السابق، ص ١٣٦.

كان شكلاً جوهرياً، في حين أنه يحكم بعدم المشروعية وبالتالي إلغائها إذا كانت قد خالفت الإجراءات أو الإجراءات الواجب اتباعها^(١)، وبمعنى آخر إن مخالفة الشكل لا يترتب عليه إلغاء القرار إلا إذا كان شكلاً جوهرياً، أما الإجراء فإنه يترتب على مخالفته عدم مشروعية القرار الصادر من الإدارة، دون تمييز بين إجراء جوهري وإجراء غير جوهري.

وهذا ما يدعونا إلى القول بأن التمييز الذي جاء به القضاء الإداري الفرنسي بين الشكل والإجراءات، كان بهدف الإشارة إلى أن السلطة التقديرية للإدارة تكمن في نطاق شكل الثانوي أو الغير جوهري للقرار الإداري .

الفرع الثالث: ركن الغاية.

والغاية (الغرض ، الباعث ، الهدف) هي النتيجة النهائية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قراراتها، وهنا تتعدم حرية الإدارة في التقدير بتاتاً، فهذه الغاية يحددها المشرع دائماً إما وفقاً للقيود العام، وهو قيد المصلحة العامة، وإما وفقاً للقيود المخصص الذي يضعه المشرع لكل قرار على حدى، فقد يتصدى المشرع لتحديد أهداف القرار الإداري الذي تنوي الإدارة اختياره على سبيل الحصر، فإن الإدارة تلتزم بأن تستهدف تحقيق هذه الأهداف دون غيرها فلا يكون لها أن تبتغي هدفاً آخر حتى لو رأت أنه يتعلق بالصالح العام، وبمعنى آخر حتى لو كان الهدف المخصص من شأنه تحقيق المصلحة العامة في تقدير الإدارة، وهو ما يطلق عليه "مبدأ تخصيص الأهداف"، فركن الغاية إذاً

١- د. حنفي محمود عفيفي، المبادئ العامة للإجراءات الإدارية غير القضائية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٠، ص ٤٩.

هو القيد الخارجي لكل حرية تتمتع بها الإدارة في التقدير^(١)، ففي نطاق المصلحة العامة للإدارة أن تترخص في تقدير أهمية بعض الظروف الواقعية أو القانونية التي تصادفها، وفي اختيار الوقت المناسب لاتخاذ قرارها، وفحوى القرار الذي تصدره إذا لم يفرض عليها المشرع الوسيلة التي يتعين استعمالها لمواجهة سبب التدخل.

ومن هنا فإن ركن الغاية يعتبر عنصر من عناصر التقييد في القرارات الإدارية، ولذلك فإن جميع قرارات الإدارة يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة مما يخضع سلطة الإدارة لمبدأ المشروعية ويقيد بها، فإذا ما تجاوزت الإدارة هذا الهدف (القيد) كان قرارها مشوب بعيب (الانحراف بالسلطة).

وأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر تردد هذا القيد باستمرار كقاعدة لا تقبل الاستثناء، وعلى سبيل المثال قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٦ مارس ١٩٦٥ (إن عيب الانحراف الذي يبطل عمل الإدارة يقع عندما تستعمل الإدارة سلطاتها التقديرية لتحقيق غرض غير معترف به).

وقد تبني المشرع السوري ما قضت به أحكام القضاء الإداري في مصر عندما منح المشرع للإدارة حق العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي

١- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة عين شمس، دار الفكر العربي، عام ١٩٦٧، ص ٥٥٠.

وقت وقبل تبليغ المتعهد أمر المباشرة دون أن يطالب المتعهد بأي تعويض، شريطة أن يكون الهدف من ذلك هو تحقيق المصلحة العامة^(١).

وبالرغم من تضيق نطاق عمل الإدارة ضمن أركان القرار الإداري التي يغلب عليها طابع التقيد، إلا أنه يبقى لها قدرٌ من الحرية في اتخاذ قراراتها وملائمة تصرفها والتي تتجلى في أركان القرار الإداري التي يغلب عليها طابع التقدير والتي سنتناولها من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الأركان التي يغلب عليها طابع التقدير.

تتجسد أبرز معالم السلطة التقديرية للإدارة وبشكل واضح في ركني السبب والمحل وذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول: ركن السبب.

ركن السبب في القرارات الإدارية هو حالة واقعية غالباً (Situation de fait) أو قانونية أحياناً (Situation de droit)، تعرض للإدارة فتدخل على أساسها وتصدر قرارها^(٢).

ويجب أن يتوفر في سبب القرار الإداري شرطان: يتمثل أولهما في وجوب كون هذا السبب قائماً وموجوداً حتى تاريخ اتخاذ القرار الإداري، وثانيهما: يجب أن يكون السبب الذي ركنت إليه الإدارة في اتخاذها لقرارها

١- الفقرة ١ / من المادة ٢٤ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

٢- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الكتب الجامعية، ٢٠٠٥،

مشروعاً، فإذا استندت الإدارة في حالة السلطة المقيدة إلى أسباب غير التي حددها لها المشرّع، فإن قرارها يكون غير مشروع، فإن قررت الإدارة استبعاد مرشح من المنافسة لسبب خارج عن الشروط المحددة وفق المادة ١١ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ ، وكذلك حتى في مجال السلطة التقديرية فإنه لا يكفي أن يكون السبب الذي استندت إليه الإدارة موجوداً، بل يجب أن يكون صحيحاً من الناحية القانونية ومبرراً لإصدار القرار الإداري.

وقد يتجه المشرّع إلى إلزام الإدارة باتخاذ تصرف محدد بالذات بمجرد توافر شروط معينة يحددها القانون، تتمثل في الأسباب التي يجب أن تقيم الإدارة عليها قرارها، بحيث لا يكون للمختص بذلك أية سلطة تقديرية في صدد تحديد مضمون القرار، كما لو ألزم القانون قبول العرض المقدم من العارض متى توافرت فيه الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصات.

ويلعب عنصر السبب في القرار الإداري دوراً مهماً في الرقابة القضائية على القرارات الإدارية، وعلى الأخص من حيث ملائمتها مع دوافع اتخاذه ومدى إمكانية تبريره، ويتطلب ذلك من القاضي الإداري البحث في البواعث والأسانيد والدوافع الموضوعية التي حملت رجل الإدارة على اتخاذ قراره ولا تخرج سلطة الإدارة بخصوص هذا الركن عن الصور الثلاث الآتية:

أولاً- التحقق من صحة الوقائع التي تدخلت الإدارة على أساسها:

يصدر القرار الإداري بناءً على وقائع مادية، ويكون القرار الإداري مشوباً بعيب السبب وقابلاً للإلغاء سواء أكانت سلطة تقديرية أو مقيدة إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريرها لوقائع غير صحيحة أو غير موجودة.

ويمارس القاضي الإداري رقابته على السبب إذا كان مثار النزاع هو البحث في صحة قيام الحالة التي تدخلت الإدارة على أساسها ، وهذا ما أفصحت المحكمة الإدارية العليا المصرية عنه في حكمها والذي قضى بأن ((عن السبب وهو أحد الأركان الأساسية التي يجب أن يقوم عليها القرار الإداري يشترط أن يكون موجوداً حقاً وصدقاً، فإن لم يكن كذلك بأن كان وهمياً أو صورياً كان القرار الإداري باطلاً غير منتج لأي أثر))^(١).

وهذا الجانب لا تستقل الإدارة بتقديره، بل يخضع لرقابة القضاء الإداري، فهو إذاً تابع للاختصاص المقيد في هذه الصورة، وقد يتجه القضاء الإداري إلى إلغاء القرارات الإدارية إذا ثبت أن الأسباب التي تدرعت بها الإدارة غير موجودة^(٢).

١- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٤٨٨ لسنة ٤٤ ق تاريخ ٢/٤/١٩٩٠، مجموعة المبادئ

القانونية ص ٣٧١.

٢- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٥٢.

لذلك فإنه يمكن إيجاز الشروط الموضوعية لصحة الوقائع المادية بمايلي^(١):

١- يجب أن تكون هذه الوقائع محققة الوجود وقائمة قبل صدور القرار الإداري، وذلك لأن النظر إلى مشروعية هذا القرار أو عدمها تعود إلى تاريخ صدور هذا القرار.

٢- كما يجب أن تكون الوقائع محددة، لذلك فقد اتجه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر إلى اعتبار القرار الإداري المبني على أسباب عامة أو غامضة أو مجهولة قراراً خالياً من الأسباب^(٢).

وكذلك فقد سارت الإدارة في سوريا على هذا المبدأ من خلال قراراتها التي جاءت منطوية على سبب إصدارها كالقرار الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٥/٥٣ تاريخ ٢٠١٥/١/٢٢ والمتضمن عدم اعتماد أي وثيقة مترجمة صادرة عن مكتب الترجمان المحلف السيدة ميادة الأحمد وذلك بسبب إعلان وزارة العدل بالكتاب رقم ٣٧٨ تاريخ ٢٠١٥/١/١١ بورود وثائق مترجمة من مكتب المذكورة رغم أنها مسافرة خارج القطر.

٣- يشترط جدية الأسباب المادية ومشروعيتها، بحيث يجب أن تكون مطابقة للقانون أو النظام العام.

١- د. سامي جمال الدين ، قضاء الملازمة، مرجع السابق، ص ١٥٩.

٢- حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ١٩٥٦ / ٣/ ٤ قضية ١٥٠ لسنة ٨ق ،المجموعة ص ٢٢٢.

ثانياً- التكيف القانوني للوقائع بفرض ثبوتها:

إذا كان مثار النزاع هو التكيف القانوني للوقائع بفرض ثبوتها والتي تمسكت بها الإدارة، فكما تلتزم الإدارة بوجوب قيام السبب تلتزم بصحة التكيف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار الإداري، أي أن يكون السبب من الناحية القانونية مبرراً لاتخاذ القرار، ومن ثم فإنه لا يكفي أن تقوم الإدارة باستبعاد العرض المقدم من أحد العارضين لكونه مخالف للشروط المعلن عنها في إعلان المناقصة، وإنما يجب أن تكون هذه المخالفة تقتضي استبعاد العرض أو بمعنى آخر يجب أن يكون التكيف القانوني لسبب الاستبعاد (مخالفة شروط الإعلان) صحيحاً من الناحية القانونية ويستوجب النتيجة التي توصلت إليها الإدارة .

فالمقصود من عملية التكيف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية، بحيث يمكن أن يحمل القرار المتخذ عليها بعدها دافعاً مشروعاً لاتخاذها^(١).

وقد اتجهت محكمة القضاء الإداري المصري إلى ذلك بقولها: " إن الجهة الإدارية تترخص في تقدير ملائمة إصدار القرار الإداري ومراعاة ظروفه ووزن ملابساته المحيطة به طالما كان القرار قائماً على وقائع صحيحة مستقاة من مصادر ثابتة في الأوراق ومؤدية إلى النتيجة التي انتهى إليها مستخلصة

١- د. محمود سلامة جبر، الرقابة على تكيف الوقائع في قضاء الإلغاء- مجلة إدارة قضايا

الحكومة- السنة ٢٨- ١٩٨٤، عدد ٤، ص ١١٣.

استخلاصاً سائعاً مستهدفاً الصالح العام غير مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة للقانون^(١).

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا في مصر بتاريخ ٣١ مايو ١٩٧٠ و الذي قضى بأن (المادة ٥٧ فقرة "د" من قانون التقاعد لا تحرم الموظف من حقوقه التقاعدية إلا إذا حوكم بالنفاذ من أجل جريمة إرتكبها ضد شخصية الدولة أو أمنها الداخلي، وليست الجريمة التي عوقب عليها الطاعن من هذه الجرائم، ومن ثم تكون إدارة التقاعد حين صدر قرارها بالحرمان على ذلك السبب تكون قد أقامته على فهم خاطئ للقانون)، وإن التكييف القانوني في هذه الصورة يخضع لرقابة القضاء الإداري^(٢).

إلا أن هناك نوعان من القرارات التي يتمتع مجلس الدولة الفرنسي والمصري على ممارسة الرقابة على التكييف القانوني للوقائع الدافعة لاتخاذ القرار، بل تقتصر رقابته على مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع فقط، دون التطرق إلى بحث التكييف الذي أضفته الإدارة عليها، بحيث يترك للأخيرة حرية إجراء عملية التكييف القانوني لها دون رقابة منه، وإن أدى ذلك إلى زيادة السلطة التقديرية للإدارة في هذه الخصوص، وتتمثل هذه القرارات فيمايلي:

١- حكم بتاريخ ١٢/٦/١٩٥٣ ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة، ص ٢٠٩.

٢- د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام ٢٠٠٣.

١- قرارات الضبط الإداري: وهذه القرارات تتعلق بسلامة الدولة وأمنها والمحافظة عليها وتتعلق بتنظيم نشاط وإقامة الأجانب والجمعيات والمطبوعات الأجنبية.

٢- القرارات التي تحتاج إلى التقدير فني أو تكون وقائعها ذات طابع فني معقد، حيث يجد مجلس الدولة نفسه أمامها عاجزاً عن مباشرة الرقابة عليها بنفسه ودون حاجة إلى الاستعانة برأي الخبراء من أهل العلم، كتقييم البحوث المقدمة للجان فحص الإنتاج العلمي^(١).

وبرأينا إن غياب الرقابة على التكيف القانوني للوقائع وتركها بيد الإدارة، يجعل الأمر لاختيار السبب وتعيين الأثر المترتب عليه بيد الإدارة، دون وجود رقيب عليها، وخاصةً بعد اتساع مهامها وارتباطها بمفهوم الدولة الراعية، مما من شأنه أن يفقد الغرض من وجود الرقابة وهو حماية الأفراد من تعسف الإدارة في استخدام حقوقها، فلا ضرر إن طوّرت الرقابة القضائية لتشمل الرقابة على خطأ الإدارة في التقدير، وجعل الرقابة موضع التطبيق الفعلي في قضاءنا المختص.

ثالثاً- تقدير الخطورة المحتمل تولدها من الوقائع الثابت حدوثها:

قد يترك المشرّع للإدارة سلطة تقديرية في اختيار سبب القرار وذلك عندما لا يحدد القانون سبب اتخاذه أو يحدده ولكن بصورة غير جامدة، وهنا يكون للإدارة سلطة تقديرية في الاختيار والتصرف، فإن تقدير خطورة العمل

١- د. خالد خميس الحمد ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، المرجع السابق، ص ٢١٤.

في ذاته، والنتائج التي قد تترتب عليه من الجوانب التقديرية التي تستقل الإدارة بالترخص فيها دون معقب من القضاء الإداري.

فمثلا في قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ترخص جهة الإدارة بتقدير مقتضيات النفع العام للمشروع المراد نزع الملكية لصالحه، وفي مجال الضبط الإداري ترخص الإدارة بتقدير أهمية وخطورة الظروف التي تسعى إلى التدخل بشأنها^(١).

ومن المسلم به في فرنسا أن الإدارة عندما تتمتع بسلطة تقديرية، فهي في وضع يسمح لها أكثر من غيرها بتقدير الأمور تقديراً سليماً، أو على الأقل أقرب إلى السلامة من أي تقدير تجريه هيئة أخرى، ومادام تقديرها يقوم على أساس من الوقائع الثابتة، فمن الخير أن تترك حرة في تقدير المخاطر التي تترتب على هذه الوقائع ومادامت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

إلا أنه يقع على عاتقها في هذه الحالة أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام به، وعليها أن تجريه بروح موضوعية وبعيداً عن البواعث الشخصية، وبشرط أن يكون لديها جميع العناصر اللازمة لإجراء هذا التقدير. وفي حال أراد الفرد أن يطعن في تقدير أجرته الإدارة فإنه يكفي أن يثبت أن الإدارة حين قامت بهذا التقدير كانت في حالة لا تمكنها من اتخاذ قرار سليم، وتكمن مهمة القاضي في بحث الظروف والأحوال التي أجرت فيها الإدارة هذا التقدير المطعون فيه، لأن القرار الصادر عن الإدارة لا يخضع

١- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

لرقابة القضاء متى كان مثار النزاع تحديد الخطورة المحتمل نشؤها عن الوقائع الثابت قيامها^(١) باعتبار ذلك من الأمور التي تعود لتقدير الإدارة المحض .

الفرع الثاني: ركن المحل.

إن محل القرار الإداري هو موضوع القرار أو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار، في الحال ومباشرةً بالمراكز القانونية القائمة، وبذلك يتميز عن العمل المادي الذي يكون محله دائماً نتيجة مادية وواقعية^(٢)، وقد يلجأ المشرع إلى تحديده، وقد يتركه بلا تحديد ، وفي هذه الحالة يكون للإدارة سلطة تقديرية فيما يتعلق بمحل القرار عندما تترك قواعد القانون لها -في مواجهة أسباب معينة - إمكانية الاختيار بين عدة حلول ، فبعد أن تتحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر تدخلها، وبعد أن تكيفها التكيف القانوني الصحيح ، وتقدر الأخطار التي قد تتجم عنها ، تواجه اتخاذ قرار معين ، وهنا يكمن الاختصاص التقديري للإدارة ، والذي يتمثل في ثلاث عناصر:

١- حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع:

إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل إذا تحققت أسباب معينة، وأن تقوم بتصرف معين، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في التدخل أو عدم

١- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٥٣.

٢- د. حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٨٧.

التدخل، فإن مجرد تحقق أسباب تجيز تدخل الإدارة لا يلزمها ذلك بالتدخل وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر (إن أمر المحكمة التأديبية من حق جهة الإدارة تستعمله أو لا تستعمله حسب إرادتها)^(١).

٢- اختيار وقت التدخل:

ففي حالة لم يلزم المشرع الإدارة التدخل في وقتاً معيناً فإنها حرة في اختيار وقت تدخلها، فإنها حتى لو كانت ملزمة أصلاً بإصدار القرار أو بإصداره على نحو معين، وذلك لأن الوقت المناسب لا يمكن تحديده مقدماً في معظم الحالات ثم فإن المشرع كثيراً ما يترك تحديده للإدارة لتتخير في اختياره على ضوء خبرتها وتجاربها السابقة.

٣- اختيار فحوى القرار:

فإذا لم يملِ المشرع على الإدارة مقدماً نوع القرار الذي يجب اتخاذه، وفحواه فإن سلطة الإدارة تكون تقديرية في تحديد الأثر القانوني الذي تريد ترتيبه على القرار الإداري، بشرط أن يكون هذا الأثر ممكناً وجائزاً قانوناً، فالمشرع في مثل هذه الحالة يكتفي برسم الخطوط العامة، ثم يترك للإدارة حرية التصرف وفقاً لكل حالة على حدة باختيار التنظيم الذي تريده، أو الوسيلة التي تواجه بها الموقف، دون معقب من القضاء، مثال ذلك أن ينص القانون على حق الإدارة في توقيع عقوبة تأديبية على العامل في حالة ارتكاب خطأ تأديبي دون أن ينص على ماهية العقوبة التأديبية لهذا الخطأ، بحيث يحدد أنواع

١- د. حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٣، ص ١١٦.

العقوبات التأديبية بموجب نص قانوني ويترك للإدارة اختيار العقوبة المناسبة للفعل المرتكب .

ويمكن استخلاص نتيجة مهمة تتمثل في أن الاختصاص الإدارة في عنصر المحل يكون مقيداً كلما كانت الأسباب محددة بحيث يتم تكييف الوقائع وتحديد أهميتها من قبل الإدارة بطريقة غير إرادية لدرجة ما ويكون محل القرار هو نتيجة منطقية للأسباب، وبمثابة عملية منطقية تؤدي فيها المقدمات إلى النتائج ويمكن معرفة القرار الذي سيتخذ مسبقاً، وعلى العكس تكون السلطة التقديرية في هذا الشأن إذا كانت الأسباب وتكييفها يتم بإرادة الإدارة وبصورة مباشرة دون أن تحدد مسبقاً من قبل المشرع عندها تستحيل معرفة القرار قبل تدخل المختص بتطبيق القاعدة، وبالتالي يمكن مباشرة السلطة التقديرية بصدد عنصري المحل والسبب في آن واحد وهو الأمر الغالب قانوناً.

وإن هذه السلطة الممنوحة للإدارة ليست مطلقة، وإنما تبقى خاضعة للرقابة القضائية عليها، وهذه الرقابة تنقسم إلى قسمين (رقابة الإلغاء ورقابة التعويض) وتختلف درجاتها وفق التصرف الخاضع للرقابة، وسنقوم بالتعرف على الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وما يتفرع عنها من خلال المبحث التالي .

المبحث الثالث:

رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة

من خلال هذا المبحث سنقوم بالتعرف على موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ودرجاتها في المطلب الأول، ومن ثم سلطات القاضي في الرقابة والتي تنقسم إلى قسمين : رقابة الإلغاء ورقابة التعويض في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ودرجاتها .

في ظل السلطة الممنوحة للإدارة في حرية التدخل واتخاذ القرار الإداري، كان لابد من وجود سلطة رقابية تمارس على أعمال الإدارة وتحمي حقوق الأفراد وحرياتهم في حال تعسفت الإدارة في استخدام حقها، وهنا ظهرت اتجاهات عديدة بين مؤيدٍ ومعارضٍ للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وسنتناولها بالتفصيل في الفرع الأول، ومن ثم تنتقل إلى درجات الرقابة والتي اعتبرت كنتيجة لهذا الاختلاف في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف الفقه من الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية

برز في مجال رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة اتجاهان، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء يتمتع عن بسط رقابته على أعمال الإدارة المستندة على سلطتها التقديرية، فالقاضي بحسب رأيهم يمارس المشروعية وليس رقابة الملائمة ولا يجوز أن يمارس سطوته على الإدارة فيجعل من نفسه رئيساً لها في حين يذهب الجانب الآخر على جواز تدخل القاضي لمراقبته السلطة التقديرية على أساس ما يتمتع به القاضي من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري فيمكن له أن يحول بعض القضايا المدرجة في السلطة التقديرية والمرتبطة بالملائمة إلى قضايا تتدرج تحت مبدأ المشروعية تلتزم الإدارة باتباعها وإلا تعرضت أعمالها للبطلان^(١)، وفي ذلك اتجه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على تعدي الحدود الطبيعية لرقابة السلطة التقديرية للإدارة، وقرر أن يوسع من نطاق رقابته القضائية إلى حد التدخل في تقدير ملائمة إصدار القرار^(٢).

مما دفع الفقه إلى تحديد مستويات للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تبدأ في الرقابة الدنيا، ومن ثم الرقابة العادية، وتنتهي بالرقابة القصوى وهي أعلى مستويات الرقابة.

١- د. محمد رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦. ص ١٧١.

٢- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢١٠.

الفرع الثاني: درجات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

١- الرقابة الدنيا:

وفيها يمارس القاضي الإداري الرقابة على تصرفات إدارية تدخل بلا جدل في حدود السلطة التقديرية، والتي تتمثل في الاختصاص والهدف، أي يجب ان تهدف السلطة التقديرية من وراء تصرفها تحقيق المصلحة العامة وتأمين النظام العام والمحافظة عليه^(١)، وفي حال خرجت الإدارة عن ذلك الغرض سيترتب عليه بطلان القرار الإداري بسبب إساءة استعمال السلطة كما يجب ألا يشوب التصرف الإداري أي عيب في الشكل، وهذه هي رقابة **المشروعية الخارجية** التي تمارس فيها الرقابة ضمن حدها الأدنى وتشمل التثبت فقط من الوجود المادي للوقائع، ومخالفة القانون والانحراف بالسلطة، دون أن تمتد إلى الأسباب ويتحقق القاضي الإداري من أن العمل المعروض عليه يقوم على وقائع صحيحة وغير مشوب بخطأ القانون أو عيب الانحراف بالسلطة^(٢).

كأن تقوم الإدارة المتعاقدة في سوريا باستبعاد العارض لثبوت ارتكابه جرم شائن يمنعه من الاشتراك في المناقصة وذلك وفقاً لأحكام المادة ١١/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

١- د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الإسكان العسكرية، جامعة دمشق،

١٩٨٧، ص ٥٦٥.

٢- د. يوسف الخوري، القانون الإداري، الجزء الثاني، بدون دار نشر، ١٩٩٨، ص ١٦٢.

٢- الرقابة العادية أو الوسطى:

وهي تتمثل في رقابة القضاء على مدى دخول الواقعة في نطاق تطبيق القانون أي الرقابة على السند القانوني لتدخل الإدارة بملاحظة فصلها عن مسألة الوصف أو التكييف القانوني.

ويعد هذا المستوى من الرقابة أكثر فاعلية من الرقابة الأدنى ويحتاج من القاضي إلى تمحيص وجهد أكبر في الوقائع المعروضة أمامه، وهي تمس السلطة التقديرية بدرجة أكبر، لأن القاضي لا يقتصر في رقابته على الوجود المادي للوقائع، وإنما تمتد لتشمل صحة الوصف القانوني لهذه الوقائع، بمعنى أن الواقعة التي استندت إليها الإدارة لإصدار القرار الإداري لا يجب أن تكون صحيحة فقط، وإنما يجب أن تكون كافية لتبرير النتيجة القانونية التي استنتجتها الإدارة^(١).

وبالرغم من كون هذا المستوى من الرقابة أكثر عمقاً وتطوراً من سابقه إلا أنه لم يصل إلى إمكانية مراقبة جانب الملاءمة في عمل الإدارة ومدى التناسب بين قرار الإدارة وأسباب التدخل كما نشاهده في الرقابة القصوى التي يمارسها القضاء الإداري.

٣- الرقابة القصوى:

ويسمى البعض من الفقه رقابة الملاءمة، ويعتبر هذا المستوى من الرقابة أكثر عمقاً واتساعاً وأهمية، لأنه يتناول الجانب الأهم للسلطة التقديرية

١- د. خالد خميس الحمد، السلطة التقديرية والرقابة القضائية عليها، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

من خلال رقابة عنصر الملاءمة، حيث تقوم الإدارة بممارسة سلطتها التقديرية على عناصر المشروع الداخلية والتي تظهر ببقية أركان القرار الإداري فإنها تمارس على سبب اتخاذ القرار الإداري ومحل القرار نفسه، ويراقب القاضي مدى ملاءمة السبب لطبيعة القرار المتخذ، إلى جانب التأكد من صحة قيام الوقائع ووصفها القانوني، ومن ثم ينتقل إلى النتيجة والتي تتمثل بالقرار المتخذ، ويبحث مدى التناسب بين القرار المتخذ والواقعة التي كانت سبباً له، فهذه الرقابة تشكل في الواقع حدوداً لممارسة السلطة التقديرية.

وكمثال على ذلك، كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في سوريا من تصديق الطعن رقم ٢١١٩ لعام ٢٠١٤ الوارد على حكم المحكمين وبالقرار رقم ٤٢٠/ط تاريخ ٢٠١٤/٣/٣ والقاضي بإلزام الشركة الفرنسية (ABB AUTOMATION) بدفع مبلغ خمسة آلاف وسبعمائة وواحد وثلاثون يورو إضافة إلى فائدة سنوية مقدارها ٥% للشركة العامة لمصفاة حمص نتيجة لإخلال الشركة المذكورة بالتزامها المتضمن توريد وتشغيل المرجل البخاري المفروض بموجب المناقصة رقم ٧٩٩٤٧/ تاريخ ٢٠١٢/٢/٣٠^(١).

كذلك فقد أيد مجلس الشورى الدولة اللبناني مبدأ خضوع سلطة الإدارة التقديرية لرقابة أسباب قراراتها، وعلى سبيل المثال حكمه الذي قرر فيه "أن الاجتهاد مستمر في القول بأنه عندما تمارس الإدارة صلاحياتها بحسب سلطتها الاستثنائية وتتخذ قراراتها ملاءمة فيجب أن لا تتركز تلك القرارات على وقائع

١- راجع تعميم رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٥/٩٩ تاريخ ٢٠١٥/٢/١٧.

مادية مغلوطة أو غير صحيحة أم على خطأ قانوني أم على خطأ ساطع...^(١).

وبرأينا إن سلطة الإدارة التقديرية لاتمنع من رقابة القضاء وإنما هي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لاتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه انحراف في السلطة أو خطأ في التقدير، وهي بذلك لاتتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ماتخفف من اختصاصات الإدارة المقيدة.

وفي معرض التحدث عن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة لابد من التعرف على مدى سلطة القاضي الإداري تجاه الإدارة من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

سلطات القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية.

إن القاضي الإداري في نطاق رقابته على السلطة التقديرية للإدارة يتمتع بنوعين من ولاية القضاء، قضاء الإلغاء والذي سنتناوله في الفرع الأول، وقضاء التعويض أو مايسمى بالقضاء الكامل في الفرع الثاني.

١- قرار رقم ٤٤٩ تاريخ ١٩٩٨/٤/٢، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد ٣/١٩٩٩، المجلد الثاني، ص ٤٢٥.

الفرع الأول: السلطة التقديرية وقضاء الإلغاء

ينحصر دور القاضي الإداري في قضاء الإلغاء بالتحقق من مشروعية القرار المطعون فيه، وإذا تأكد من عدم مشروعيته، فإنه يستطيع فقط أن يلغي القرار المعيب باللامشروعية) سواءً أكانت عيب الاختصاص - عيب الشكل - مخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة) وهذا الحكم يعد بمثابة إنعدام لذلك القرار وإنهاء الآثار المترتبة عليه.

ودعوى الإلغاء تنتمي إلى القضاء العيني أو الموضوعي لأنها تثير مخالفة القاعدة القانونية بغض النظر عن العلاقة التي تربط بين هذه المخالفة وحقوق الأفراد بينما تنتمي دعوى التعويض إلى القضاء الشخصي لأنها تستهدف حماية المراكز القانونية الخاصة التي تمنح صاحبها حقوقاً شخصية.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر انتساب دعوى الإلغاء إلى القضاء العيني في حكمها رقم ٣٣/ الصادر في ١٩٥٧/٣/٩ حيث نص على: (إذا كان من الثابت أن الخصومة انصبت على طلب إلغاء قرار إداري.. فموضوع الدعوى هو اختصاص القرار الإداري في ذاته ووزنه بميزان القانون ويكون حصيناً من الإلغاء إذا لم ينطو على عيب أو أكثر من تلك العيوب، والخصومة عينية بالنسبة إلى القرار بمعنى أن الحكم الصادر بالإلغاء يكون حجة على الكافة)^(١).

١- د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٣٦٨.

وقد حرص القضاء الإداري في كل من مصر وسوريا وفرنسا على إعطاء الحق للإدارة في الاختيار، وحماية حقوق الأفراد والحفاظ عليها، فإذا وجد أنها تجاهلت مبدأ المشروعية وهي تقدم على عمل أو اتخاذ قرار تظن أنه من اختصاصها وضمن سلطتها، فإن القرار المتخذ سيلغى لعدم مشروعيته.

وقديماً لم يكن للقاضي أن يلغي القرار الإداري لعدم ملائمته ولكنه فيما بعد فرض على الإدارة رقابة على كيفية ممارستها لسلطتها التقديرية، وأخضع الملاءمة ذاتها لرقابته فيما إذا كانت الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية^(١).

وتبعاً لذلك كان لابد من البحث مدى سلطة قاضي الإلغاء في رقابة عنصر الملاءمة أولاً، وقوة القرارات التي يتخذها قبل الإدارة ثانياً.

أولاً- سلطة قاضي الإلغاء في رقابة عنصر الملاءمة:

تطورت فكرة الرقابة القضائية على ملاءمة القرار الإداري، فبعد أن كانت قاصرة على التكييف القانوني للوقائع، امتدت لتشمل تقدير الإدارة لخطورة وأهمية الأسباب القرار وفيما إذا كانت الوقائع تكفي لتبرير الإجراء المتخذ بالاستناد إليها^(٢).

وقد حازت هذه الرقابة صدقاً واسعاً في أحكام مجلس الدولة الفرنسي و ذلك عندما قرر القاضي ممارسة رقابة الملاءمة على الإجراءات الصادرة

١- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع السابق، ص ١١٨.

٢- د. ماهر أبو العينين، مرجع السابق، ص ٤٨٧.

عن سلطات البوليس المحلية، حيث لايقف دور القاضي بالتأكد من وجود الاضطرابات المزعومة أو الخطر على الأمن، بل عليه أن يبحث مدى ملائمة القرار الصادر لمواجهة الظروف التي دعت إلى إصداره^(١).

وكذلك الأمر في مصر وسوريا، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أهم أحكامها على مايلي: (مبدأ الشرعية يلزم الإدارة عند إصدارها القرار الإداري بقواعد قانونية يجب مراعاتها، فالقانون قد يفسح للإدارة قدراً من الحرية تستقل من خلاله بوزن مناسبة إصدار القرار وتقدير ملائمة أو عدم ملائمة إصداره، وإذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار وملاءمته، فإنه ثمة التزاماً يقع عليها وهو أن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير، وأن تجرّيه بروح موضوعية بعيداً عن البواعث الشخصية، وبشرط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه مؤدى ذلك بأن تقدير الملائمة يجب أن يقوم على أسباب مقبولة تخضع جهة الإدارة في ذلك لرقابة القاضي الإداري الذي لايتعرض لتقدير جهة الإدارة في ذاته، وإنما للظروف التي أحاطت به، وللقاضي أن يتحرى بواعث القرار وملايساته للوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من القرار، وما إذا كان مصدره قد تغيا به وجه المصلحة العامة أم انحرف عن غايته^(٢)).

1-Braibant(g),op,cit,1974,p229.

د- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة، مرجع سابق، ص ٢١٩.

٢- الطعن رقم ٤٠٤ لسنة ق جلسة ١٢/٣/١٩٩٥، السنة الثامنة والثلاثون، مجموعة (مرجع سابق)، ص ٣٧٨.

وبذلك فإن القاضي الإداري يمارس مدى ملاءمة الظروف والبواعث التي كانت السبب في اتخاذ القرار الإداري، وما إذا كانت تهدف من وراءه تحقيق المصلحة العامة أم لا.

أما في سوريا، فقد اعترف القضاء الإداري السوري لنفسه بسلطة رقابة على عنصر الملاءمة في القرارات الإدارية، ويتجسد ذلك من خلال قوله "إن الفقه والاجتهاد الإداريين استقرا على أن تستقل الإدارة بتقديرها لمن تريد التعاون معهم من المتعهدين في خدمة المرافق العامة المكلفة بإدارتها والإشراف عليها ولها أن تستبعد منهم من تراه غير كفء بالتعامل معها لتنفيذ مشاريعها على أكمل وجه، وأنه لامعقب على تقديرها إلا من حيث زاوية الملاءمة بين التدبير الذي تتخذه الإدارة العامة والفعل الذي صدر عن المتعهد"^(١).

مما سبق يتضح لنا أن مجلس الدولة السوري قد أعمل رقابته على جوانب الملاءمة في قرارات الإدارة وحسناً فعل أسوةً بقضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري وذلك بهدف الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد، حتى لا تنتسف الإدارة بسلطتها وتتخذ سلطتها التقديرية وسيلةً للمساس بهذه الحقوق والحريات.

وبعد التعرف على رقابة الملاءمة لابد من التطرق لقوة القرارات التي يتخذها القاضي الإداري تجاه سلطة الإدارة، وهذا في الفرع الثاني .

١- رأي مجلس الدولة السوري رقم ١١/ لسنة ٢٠٠٣ في القضية رقم ٥٠٤ صدر في

ثانياً- قوة القرارات التي يتخذها القاضي الإداري تجاه الإدارة:

استقر الاجتهاد في فرنسا على أن القضاء عندما يتولى النظر في مشروعية القرار فإنّ بإمكانه أن يبطل هذا القرار كلياً أو جزئياً إذا كان القرار يقبل التجزئة في حال كونه معيباً بأحد عيوب عدم المشروعية، مثال إصدار قرار عن الإدارة المتعاقدة بفرض غرامة تأخير (٠.٠٠١) وسحب التعهد منه وذلك نتيجة لتأخره في البدء بتنفيذ التزاماته ، وبذلك تكون الإدارة قد أساءت استعمال السلطة في إصدار قرارها بسحب التعهد من المتعاقد معها، ويكون قرارها تبعاً لذلك معرضاً للإبطال في الشق الثاني منه ، كذلك فإنه يجب على القاضي البحث في مشروعية الدوافع التي أدت إلى صدور هذا القرار دون أن يحل دوافع جديدة محل الدوافع التي ذكرتها الإدارة وأسندت إليها قرارها^(١) .

كما استقر الاجتهاد على أنه ليس للقاضي إرسال أوامر إلى الإدارة لأن ذلك يشكل تهديداً لاستقلالها ويمكن أن يعطل السير المنتظم للمرافق العامة.

وبالرغم من ذلك، فقد منح المشرع الفرنسي القاضي الإداري سلطات تتجاوز حدود الحظر السابق وتمثلت في جانبين تعلق الأول بالعقود الإدارية، والثاني امتد ليشمل القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والصادرة عن الإدارة المتعاقدة.

١- د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، حقوق الطبع للمؤلف،

١- **في المجال التعاقدى:** إن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود، ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أنها توجه إلى قرار نهائي وهو تعبير عن الإرادة المنفردة للإدارة و بينما يعبر العقد عن توافق إرادتين.

إضافةً إلى أنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ المشروعية والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية^(١).

ولكن المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يلاحظ أنه قد أفسح مكاناً محدوداً للاستثناء من هذين المبدأين، وذلك من خلال توجيه دعوى الإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

تلجأ الإدارة في سبيل تعاقدتها مع أشخاص لإصدار قرارات إدارية تمهيدية، وقد استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا وسوريا بأنه يمكن الطعن بالإلغاء بهذه القرارات المنفصلة عن العقد الإداري ولكن من قبل الغير لأن سبيل المتعاقد هو قضاء التعويض أمام قاضي العقد، أما غير المتعاقد فلا يمكنه أن يلجأ إلى قاضي العقد، ومن ثم فتح له باب قضاء الإلغاء.

١- د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، منشورات جامعة حلب، حلب، الطبعة الثانية، ١٩٨٠، ص ١٨١

وانطلاقاً من ذلك فإن يجب التفرقة بين المناقصة التي تسبق العقد، وبين العقد الذي يأتي نتيجة المناقصة، فالمنازعات التي تنشأ عن العقد نفسه تدخل في ولاية القضاء الكامل (قضاء التعويض) لمحكمة القضاء الإداري، أما المنازعات الناشئة عن القرار الإداري القاضي بإحالة المناقصة لأحد المتزاحمين فتدخل في نطاق ولاية قضاء الإلغاء للمحكمة المذكورة، (ويجوز إقامة الدعوى من قبل كل ذي مصلحة: المناقصين الخاسرين أو المكلفين)^(١).

ولكن الطعن في القرار الإداري المنفصل عن طريق دعوى الإلغاء في حالة العقود الإدارية، يتميز بنتيجة أساسية وخطيرة، وهي معرفة مدى أثر الإلغاء على العقد الإداري بذاته.

إن المنطق الحقوقي يقضي بأن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج، لأن ما يبنى على باطل فهو باطل، وقضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه (Ste`be`thunoise) الصادر في ١٩٥٤/٣/١ بأن إلغاء القرار الصادر بالتصديق على عقد امتياز، يجعل طلب التفسير المقدم إلى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع، لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تجزأتها، بالرغم من أن الإدارة والمتعاقد معها لم يطلبوا أمام قاضي العقد ترتيب الآثار التي تتولد عن الحكم الصادر بإلغاء^(٢)، ونحن نؤيد ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي ونأمل أن ينهج مجلس الدولة السوري هذا المسلك

١- حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم ٨٧ ف.ط عام ١٩٧٠ القاضي بإلغاء قرار الإدارة المتضمن حرمان المتعهد من دخول المناقصات لأنه قد امتنع عن توقيع مشروع عقد مخالف للعرض الذي قدمه من قبله ، المجموعة ص ١٥٦.

٢- د. عبد الله طلبه، المرجع السابق، ص ١٨٢.

المرتتب على إلغاء القرار الإداري المنفصل نتائجه كافة في مجال العقود، إذا كان القرار أساسياً في إنشاء العقد.

ولكن مع صدور قانون ١٩٩٢/١/٤ (نظام القضاء المستعجل الموضوعي) والذي أدخلت المادة الثانية منه إلى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، وفيها منح القاضي الإداري مساحة واسعة غير مألوفة من السلطات تصل إلى حد إرسال الأوامر إلى الإدارة.

وتتدرج سلطة إرسال الأوامر هذه ضمن الإجراءات التحفظية التي يملك قاضي هذه الدعوى القيام بها، وتتضمن إمكانية فرض الغرامات التهديدية ووقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام تلك^(١).

فالقاضي المختص بهذه الدعوى، يستطيع أن يأمر الإدارة على سبيل المثال بأن تنشر إعلاناً عن المناقصة المطروحة في حال عدم قيامها بذلك أو أن تعيد نشر هذا الإعلان إذا كان الإعلان الأول غير مشروع، كما يستطيع أن يأمرها بالقيام بتصرفات محددة، بحيث تكون إجراءات إبرام العقد متطابقة مع منطق المنافسة كما يفترض القانون^(٢).

1-Richer (L) Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1995, P.143

٢- د. مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، المجلد ٢٠، العدد الثاني، ٢٠٠٤ ص ٢٠٠

٢- في مجال القرارات الإدارية:

أعطى القانون المتعلق بالمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف في فرنسا والصادر بتاريخ ١٩٩٢/١/٤ للقاضي إمكانية توجيه الأوامر للإدارة مع فرض غرامة تهديدية في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: يمكن للقاضي الإداري بأن يدرج في حكمه أمراً يتضمن إلزام الإدارة بالقيام بإجراء تنفيذي محدد، وهذا الإجراء التنفيذي يجب أن يكون متفريعاً بالضرورة عن مقتضى الحكم القضائي، كأن يحكم القاضي بإلغاء قرار فصل موظف ثم يأمر الإدارة بإعادة هذا الموظف إلى عمله، ويمكنه في هذه الحالة أن يحدد مهلة زمنية للإدارة للقيام بالإجراء التنفيذي ضمنه، كما يمكنه القيام بفرض غرامة تهديدية^(١) لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم القضائي إذا مضت المدة الزمنية ولم تنفذ الإدارة خلالها الحكم القضائي^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة الإدارة بعد الإلغاء هي سلطة مقيدة لأن القاضي يأمرها باتخاذ إجراء تنفيذي محدد.

١- الغرامة التهديدية: هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية حيث أن القاضي يستطيع أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عيناً خلال مدة معينة، فإذا تأخر في ذلك كان ملزماً بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من التأخير، أو في كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه، وذلك حتى يقوم بالتنفيذ أو الامتناع نهائياً عن الإخلال بالتزام، ومن ثم فإنه يرجع على القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، الذي يجوز له نهائياً أن يحوو هذه الغرامات أو أن يحوو هذه الغرامات أو أن يخفضها. راجع د. جعفر محمود المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٣.

٢- د. خالد خميس المحمد، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، جامعة حلب، حلب،

الحالة الثانية: وتتضمن إمكانية قيام القاضي بتوجيه الأمر إلى الإدارة في سبيل اتخاذ قرار جديد ولكن بعد إجراء تحقيق جديد، بحيث يعيد الملف إلى الإدارة لتقوم بفحصه مجدداً وضمن فترة زمنية معينة، ودون أن يشير إليها بالإجراء الذي يجب أن تتخذه، وهنا يتوجب على الإدارة أن تقوم بإصدار قرار جديد تتدرك فيه وجه اللامشروعية الذي لحق بالقرار الأول الملغى وهنا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية بعد الإلغاء.

لأن القاضي لم يفرض على الإدارة إجراء تنفيذي محدد، وغالباً ما قد يكون سبب إلغاء القرار أحد عيوب المشروعية الخارجية (عيب الشكل وعيب الاختصاص) باعتباره قابل للإصلاح من قبل الإدارة، ويمكن للقاضي أن يدعم قراره بفرض غرامة تهديدية تدفع عن كل يوم تأخير في تنفيذ الحكم القضائي بحيث تكون الغرامة التهديدية وسيلة لضمان تنفيذ الحكم الصادر عن القاضي .

وكمثال على ذلك ما حكمت به المحكمة الإدارية العليا في ليون بإلغاء قرار العمدة "ville-saone-sur-franche" المتعلق برفض منح رخصة بناء لإحدى شركات الاقتصاد المختلط، وقد استند قرار الرفض المذكور إلى كون المشروع المقدم مخالف لمقتضيات الانسجام المعماري في المنطقة التي يراد البناء عليها، وطالبت المحكمة بإلغاء الحكم وقرنته بأمر موجه إلى الإدارة

بوجوب إعادة فحص ملف طلب الترخيص مرة أخرى وبإجراء تحقيق جديد، وخلال مدة الأشهر الثلاثة التي طلبتها الشركة المدعية^(١).

وإذا كانت سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء قد توسعت بهذا الشكل، فما هو مدى سلطاته في نطاق قضاء التعويض؟

الفرع الثاني: السلطة التقديرية وقضاء التعويض

تمثل دعوى القضاء الكامل الطريق القضائي الذي يمكن أن يسلكه الأفراد المتضررون من تصرفات الإدارة القانونية والمادية نتيجة قيامها بتنظيم وتسيير المرافق العامة بما تتمتع به من سلطات وامتيازات، ذلك أن القاضي في دعوى القضاء الكامل التي تشمل التعويض والإلغاء يبحث في أساس التصرف الصادر عن الإدارة وعند ثبوت مخالفته لمبدأ الشرعية، فإنه لا يقف عند إلغائه فقط وإنما يحكم على الإدارة بالتعويض للمتضرر من هذا التصرف، ودعوى القضاء الكامل هي دعوى خصوم، كما عرفها الفقهاء.

وبدايةً لابد من التعرف على سلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري في نطاق قضاء التعويض أولاً، ومن ثم أهم التطبيقات القضائية في نطاق التعويض لدى التشريعات المقارنة ثانياً.

1-C.E.,4.3.1998,M.Fourti,R.F.D.A.,1998,P178.

أولاً- السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري في نطاق قضاء التعويض:

يملك القاضي الإداري في نطاق دعوى التعويض صلاحيات واسعة قد تصل إلى تبديل القرار المطعون به أو استبداله بغيره، وذلك عندما يحدد المبلغ الصحيح للضرية المفروضة على الممول، ولكنه لا يستطيع أن يلزم الإدارة بالقيام بعمل مالم يكن ضرورياً لتنفيذ حكم قضائي^(١).

ويمكن أن تكون سلطات القاضي الإداري في مجال قضاء التعويض تنمة أو نتيجة لاستعمال سلطاته في إلغاء التصرف أو القرار الإداري ونجد ذلك جلياً في مجال العقود الإدارية، حيث ذهب مجلس الدولة السوري إلى أنه: " ومن حيث أنه مع التسليم بأن للإدارة الحق في تعديل العقد الإداري دون حاجة إلى نص يقضي بذلك صراحةً بدعوى أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض دوماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته، إلا أن لهذا الحق حدوداً وصوراً معينة إذ تستطيع الإدارة تعديل الشروط المتعلقة بسير المرفق العام إلا أنها لا تمتلك بأي حال من الأحوال أن تمس بالمزايا المالية المقررة للمتعهد بمقتضى العقد، إذ أن هذه الشروط ملزمة للإدارة ويتعين عليها احترامها^(٢).

١- عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص ٣١٠.

٢- الرأي رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٣ في القضية رقم ٥١٩ بتاريخ ٢٤/٧/٢٠٠٣ سجلات الآراء الاستشارية لقسم الفتوى والتشريع، مكتبة مجلس الدولة، غير منشور.

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أنه يمكن أن يحكم للإدارة بالتعويض إلى جانب إمكانية الإلغاء أو إبطال التصرف إذا ما سببت بتصرفها المعيب ضرراً للآخرين.

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر، أن الإدارة تخضع لرقابة القضاء الإداري فيما يصدر عنها من قرارات أو ما تقوم به من أعمال، حيث يراقب القاضي السبب الذي دفع الإدارة إلى اتخاذ القرار وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار، وله أن يحكم بالتعويض المناسب إذا كان السبب مخالفاً للقانون وترتب عليه ضرر للخصم^(١).

هذا فيما يتعلق بالقرارات الصادرة عن الإدارة، أما بالنسبة للعقود الإدارية، فإنه يحق لمحكمة القضاء الإداري أن تفصل في المنازعات التي تنشأ عن القرارات الإدارية التي تتصل بعملية إبرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون الحاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الإلغاء، ويكون لها أن تراقب مدى مطابقة القرار للقانون وأن تجاوز هذا الحد إلى رقابة الوقائع^(٢)، ويدخل في اختصاص هذه المحكمة النظر في كافة المنازعات الخاصة بانعقاد العقد^(٣)، أو

١- الطعن رقم ٢٧٧/ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٧/ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٧٧، ص ٢٧٣.

٢- د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، ١٩٦٧، ص ٢٩٦.

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٠ عندما قررت أن (إن) عدم تصديق العقد من قبل السلطة المختصة يجعل الرابطة العقدية معدومة وإن قبول الإدارة للاحضارات موضوع العقد وتسليمه ايصالات لقاءها تباعا دون أن تنذره بان يتصرف على مسؤوليته لعدم اتمام مراسيم تصديق العقد، كل ذلك من شأنه أن يعطي مشروع العقد صفة واقعية، ويعطي القضاء الإداري سلطة فض لمنازعات الناشئة عن تنفيذه (المجموعة لعام ١٠٧٠ ص ١٦٢).

صحته أو تنفيذه أو انقضائه، وهي تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الإدارة في قضاء التعويض تتعدى المسؤولية التقصيرية إلى نوع جديد من المسؤولية قائم على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة (عندما ينشأ الضرر عن رفض الجهات الإدارية المختصة تنفيذ حكم قضائي يحمل الصيغة التنفيذية الرسمية حكم به لصالح أحد الأفراد لأن تنفيذه أصبح يتعارض مع المصلحة العامة) ، غير أن هذا النوع من المسؤولية له صفة استثنائية ويقوم بدور تكميلي بالنسبة للمسؤولية التقصيرية^(١).

ثانياً- التطبيقات القضائية في نطاق التعويض لدى التشريعات المقارنة:

تتمثل التطبيقات القضائية لدعوى التعويض في صور مختلفة وفق التالي:

١- قد تستهدف الدعوى بطلان العقد:

نظراً لوجود عيب في تكوين العقد الإداري . وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي . ليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلا سبيل القضاء الكامل، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا في سورية موقف القضاء الفرنسي بحكمها ٣٩ و ٤٠ لسنة ١٩٦٦ عندما ذكرت أن : (إهمال الإدارة في تطبيق

١- د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص ٣١٩.

إجراءات المزادة وعدم التوقيع على محضر المزادة ممن رسا عليه المزداد يجعل عقد البيع المنظم نتيجة لذلك مشوباً بالبطلان^(١).

٢- قد تستهدف الدعوى الحصول على مبالغ مالية:

وذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد كما ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية بأن (القضاء الإداري صاحب الرقابة على أعمال الإدارة يملك أن يعدل مبلغ الغرامة المفروضة، بما يتناسب مع تقصير الإدارة في اتخاذ الخطوات اللازمة لتأمين حاجات المرفق العام، والضرر الذي يلحقه التأخير فعلاً بالمشروع المتعاقد من أجله بعد موازنة درجة الإهمال أو التقصير بين الطرفين صاحبي العلاقة)^(٢).

أو في صورة تعويض عن أضرار تسبب فيها المتعاقد الآخر، يحصل ذلك عندما يحكم القاضي الإداري بالتعويض على الإدارة لتراخيها أو لتعجلها في اتخاذ قرار معين بالرغم من كون الإدارة تمتلك السلطة التقديرية في تحديد الوقت المناسب لاتخاذ القرار، وكمثال على ماسبق: حكم مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة بالتعويض بسبب تأخرها أكثر من سنة دون مبرر في تسليم أحد الأفراد ترخيصاً بالبناء^(٣).

١- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٩٦٦، ص ١٣٧.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٢، مذكور في مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٦٦، ص ٢١٢.

٣- د. عبد الله طلبه، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

٣. قد تتوخى الدعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية.

فإذا صدر من الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فإن للمتعاقد أن يطلب إبطال ذلك التصرف عن طريق دعوى القضاء الكامل، كما أنه يستطيع أن يلجأ في مثل هذه الحالة إلى قضاء الإلغاء لإبطال التصرف وتحتفظ دعوى المتعاقد بهذه الحالة بصفقتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل . ولو اقتضت الدعوى على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفقتها متعاقدة ولهذا نتائج هامة تتمثل بإجراءات التقاضي ومدده لاختلاف كل من قضائي الإلغاء والتعويض عن الآخر.

ويستنتج من ذلك أنه إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نص القانون وتطبيقاً لأحكامه فإن القرار الصادر بالإلغاء يطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء، إما إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذاً لأحكامه، فإن المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس الولاية الكاملة لهذا القضاء^(١).

٤. وأخيراً، فقد تستهدف الدعوى فسخ العقد:

يمكن للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد في حدود معينة ودعواه تدرج ضمن نطاق القضاء الكامل، وفي ذلك حكمت المحكمة الإدارية العليا في سورية بأن حق الادارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل تملك الإدارة

١- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في ٢٧/١/١٩٥٨.

اتخاذها في كل مرة يبدو لها أن المتعاقد قد أخل بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً، ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض شريطة أن يثبت للقضاء أن الفسخ وقع تعسفياً.

كذلك يختص القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل بالفصل على الوجه المستعجل في القرارات التي تتصل بالعقد الإداري وتكون بهدف اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لاحتتمل التأخير إلى حين صدور قرار نهائي في موضوع الدعوى الأصيل^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن أحد المتعاقدين - خاصة الشركات الأجنبية - قد يلجأ إلى التمسك ببعض النصوص أو الاتفاقيات لحل الخلافات المتولدة عن العقد متجاوزةً نصوص التعاقدية وأحكام القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، لذلك فقد اشترط المشرع تضمين دفاتر الشروط الخاصة بندا يتعلق بتقديم العارض تصريح خطي واضح لالابس فيه أنه يلتزم بموجبه التزاماً كاملاً بأحكام العقود النافذ الصادر بالقانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤.

وبرأينا، بالرغم من اتساع مدى سلطة القاضي في دعوى الإلغاء إلا أنها لازالت تركز على فكرة أساسية وهي الضغط على الإدارة بهدف تنفيذ حكم قضائي، عن طريق فرض غرامة تهديدية، دون أن تتدخل بصميم عمل الإدارة، وإن الصلاحيات الممنوحة للقاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل لانجد تطبيقها الفعلي إلا من خلال المنازعات التي تتعلق بالالتزامات

١- د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، منشورات جامعة الاسكندرية،

التعاقدية، وتضعف فيما عدا ذلك ليبقى أمام المتضرر سبيل الوحيد للتقاضي هو اللجوء لدعوى الإلغاء فقط.

وعموماً فإن ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في مجال العقود الإدارية تكاد أن تضيق أمام التطبيق الشائع لأسلوب التعاقد القائم على أساس السلطة المقيدة للإدارة والذي تقيد فيه الإدارة بمعيار واحد لإرساء العقد على العارض بعيداً عن بقية المعايير الأخرى التي قد تشكل عنصراً أساسياً ودافعاً لإرساء العقد في بقية أساليب التعاقد الأخرى.

ولهذا كان لابد من التطرق لأسلوب التعاقد المقيد لسلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها، والبحث في الحالات الخاصة له ومن ثم إبرام العقد استناداً له وهذا ماسنتاوله بالتفصيل من خلال الفصل الثاني.

الفصل الثاني

أسلوب التعاقد القائم على أساس السلطة المقيدة للإدارة

(المناقصة العامة)

إن الإدارة في معرض إبرامها للعقد الإداري لا تملك سلطة واسعة في اختيار التعاقد معها، بل إن هناك جملة من الإجراءات فرضها المشرع بصورة مسبقة وألزم بها الإدارة عند لجوئها للتعاقد، وهذه الإجراءات تتبلور بمجموعة من أساليب التعاقد منها ما تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة (كالمناقصة و المزايدة العامة) ، ومنها ما تترك فيها للإدارة سلطة تقديرية تختلف وفق أسلوب التعاقد المتبع، ونظراً لأهمية أسلوب التعاقد القائم على أساس السلطة المقيدة للإدارة ولكونه يستند على معياراً واحداً فقط، كان لابد لنا من دراسة هذا الأسلوب و ماهيته، والمبادئ الأساسية التي يعتمد عليها (المبحث الأول)، ومن ثم نتعرف على الحالات الخاصة في المناقصة (المبحث الثاني)، وأخيراً إبرام العقد ضمن إطار هذا الأسلوب (المناقصة العامة) في المبحث الثالث.

المبحث الأول

المبادئ الأساسية التي تعتمد عليها المناقصة

تعتبر المناقصة تقنية إجرائية لإبرام العقد الإداري تقوم على تعاقد جهة الإدارة مع أفضل المتقدمين إليها من الناحية المالية والفنية في سبيل أداء الخدمة المطلوبة بعد اتباع مجموعة من الإجراءات القانونية^(١)

- فهي تهدف لاختيار المتعاقد الذي يتقدم بأقل سعر أو عطاء وأفضل المواصفات أو شروط فنية - وهي تلجأ إلى هذا الأسلوب في حال الرغبة في الحصول على خدمات أو أدوات أو سلع أو إنشاءات تحتاجها المرافق العامة .

ونظراً لأهمية المناقصة في تأمين احتياجات الإدارة والتي كادت أن تكون واجبة الاتباع عند لجوء الإدارة إلى إبرام العقود بالرغم من أن القاعدة العامة في فرنسا ومصر وسوريا وهي حرية الإدارة في اختيار الطرف الآخر في العقد ما لم يوجد نص يفرض عليها اتباع طريقة معينة في ذلك، ولكن كثرة النصوص القانونية التي تقضي باتباع الإدارة لطريقة المناقصات والمزايدات تكاد تجعل منها قاعدة .

أما عن المزايدة فهي تتشابه مع المناقصة بإجراءاتها القانونية، إلا أنها تنتهي باختيار من يتقدم بأعلى سعر أو عطاء ممكن، حيث أن مصلحة الإدارة

١- د. رمضان محمد بطيخ، التزامات ما قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية، جامعة عين شمس،

تكمن في اختيار من يتقدم إليها بأعلى سعر إن أرادت بيع أو تأجير أموالها المنقولة أو غير المنقولة.

ولذا فإننا سنقتصر على الحديث عن أسلوب المناقصة مع ملاحظة أن كافة القواعد والمبادئ التي سوف نقوم بدراستها تسري أيضاً على أسلوب المزايدة.

والمناقصات العامة تجسد القاعدة العامة أو الأسلوب الأصيل للإدارة في التعاقد لما فيها من ضمان المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المناقصة ألا وهي حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، والعناية بحيث يتاح لكافة الراغبين في التعاقد مع الإدارة أو لكافة من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتعاقد أن يتقدموا للاشتراك فيها ، ولذا تسمى المناقصة المفتوحة.

وهذه المبادئ هي التي تكوّن الشكل القانوني للمناقصة، وتمنحها الشرعية ونظراً لأهمية مبدأ المنافسة الحرة ولكونه الركيزة الأساسية التي تقوم عليها المناقصة، كان لابد من البحث فيه بالتفصيل في المطلب الأول، ومن ثم الانتقال إلى القيود والضوابط الذي تضعها الإدارة على مبدأ المنافسة الحرة وهذه القيود تستلزمها المصلحة الإدارية والفنية للإدارة المتعاقدة وهذا ماسنبحثه في المطلب الثاني .

المطلب الأول: المنافسة الحرة

إن البحث في المنافسة الحرة كمبدأ من المبادئ الأساسية التي تعتمد عليها المناقصة يقتضي التعرف على مفهوم المنافسة الحرة أولاً وهذا ما سنقوم بدراسته في الفرع الأول، ومن ثم التطرق إلى نطاق المنافسة الحرة وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم المنافسة الحرة

ويقصد بها فتح باب التزام الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقضي بأن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة ، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم، وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة يجب أن تكون واحدة للجميع .

وبناءً عليه فإن سلطة الإدارة في قبول المرشحين في نطاق المناقصة العامة هي سلطة مقيدة تماماً ، فإذا كان المتنافس لم يراعِ الضوابط والأصول اللازمة والضرورية لدخول ساحة المنافسة ، فإن الإدارة تقوم باستبعاده وكذلك الأمر إذا كان قد استنفذ كل الشروط المطلوبة لدخول المناقصة ، حيث لا يكون للإدارة أي مساحة تقديرية لرفض قبوله .

وفي فرنسا فقد تبنت الاجتهاد القضائي الإداري في فرنسا المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المناقصات العامة (حرية المنافسة - المساواة في المنافسة بين المرشحين - شفافية الإجراءات) .

وذلك من خلال الحكم الصادر في قضية Bourgad تاريخ ١٩٤٨/٧/٩ حيث قضى بأن: (قواعد المنافسة والمساواة بين العارضين هي جوهر المناقصة وبالتالي فإنه لا يمكن للإدارة أن تمارس تمييزات قانونية أو واقعية تؤدي إلى تفضيل بعض العارضين وإلى إلقاء أعباء على عاتق بعضهم الآخر)^(١).

إضافة إلى أن القضاء والفقهاء الفرنسيين أوجدا بعض الضمانات الأساسية منعاً من تعسف الإدارة في نطاق قبول العارضين وهما :

١. الضمانة الأولى والتي تتمثل في قاعدة أولوية فحص شخصية العارض قبل فحص عرضه ، بمعنى أنه يجب على اللجنة أن تستطلع الوثائق المطلوبة التي تؤكد تحقيق الشروط المطلوبة من العارض ، ثم تقوم بفحص عرضه وتدقيقه وذلك خوفاً من أن يتأثر فحص شخصية العارض بنتيجة فحص عرضه.

وكذلك فقد اتخذ المشرع السوري من هذه الضمانة قاعدة قانونية تسري عليها آلية فض العروض عند إجراء المناقصة أو طلب العروض، وهذا ما سنتناوله في المبحث الثالث.

٢- أما عن الضمانة الثانية فتتجسد بقاعدة لا إلغائية قرار قبول الدخول إلى المنافسة وهذا يعني بأن قرار قبول المرشح يكون قطعياً وغير قابل للتراجع عنه ، ألا أنه في حال كشفت الإدارة بعد صدور قرار القبول المرشح

١- د. محمد الحسين ومهند نوح، لعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٤١.

بأنه خالف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة /١١/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ (كأن تبين فيما بعد أن المرشح متعامل مع إسرائيل أو له مكتب أو مصنع فيها) ففي هذه الحالة تملك الإدارة فسخ العقد إن تم الإرساء المناقصة عليه وتبليغه أمر المباشرة .

٣- الضمانة الثالثة تتجلى في مبدأ الحضورية حيث أن استبعاد أحد المرشحين يجب ألا يتم إلا في حضور هذا المرشح أو من يمثله قانوناً وبعد سماع ملاحظاته مع وجوب تسبيب قرار الاستبعاد.

ويعتمد مبدأ المنافسة الحرة على نصوص الدستور في الجمهورية العربية السورية ، والتي تتعلق بالمساواة بين الأفراد أمام القانون وذلك في الحقوق والواجبات ، مما يعني ذلك ضرورة التطابق والمماثلة بين مراكز المتنافسين عند إبرام العقد الإداري.

إضافةً إلى أن تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ والمعدل بتاريخ ١٧/١١/٢٠٠٨ نص في مادته الأولى على ضرورة مراعاة المبادئ التالية، حرية المنافسة، المساواة في المعاملة بين المرشحين، وإجراءات الشفافية، وإن هذه المبادئ تؤدي إلى ضمان فعالية النظام العام والتي تتجسد في (الضبط الإداري والصحة العامة والسلامة العامة) والاستخدام السليم للأموال العامة .

وقد نصّ قانون المناقصات والمزايدات المصري في مادته الثانية على مبدأ المنافسة الحرة: (تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلنية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة).

الفرع الثاني: نطاق مبدأ المنافسة الحرة

إن المنافسة الحرة تعني المنافسة الكاملة ، إلا أنه يحق للإدارة أن تضع شروطاً معينة أقرها المشرع والاجتهاد ، لإيجاد حدود منطقية للمنافسة من حيث أنها تشكل ضوابط وقيود على هذا المبدأ الأخير، وهذه القيود تستلزمها المصلحة الإدارية والفنية للإدارة المتعاقدة وهي تتجسد فيما يلي:

أولاً. الأهلية القانونية: حيث يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية للتعاقد، وقادراً على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات في مواجهة الإدارة، لذلك فإنه لا يمكن أن يشترك في المناقصة ناقص الأهلية أو فاقدها، هذا إذا كان المتعاقد شخصاً طبيعياً، أما إذا كان شخصاً معنوياً فهنا تنثور عدة إشكاليات تتجلى بالتمثيل القانوني لهذا الشخص المعنوي والأهلية الزمنية له .

لذلك فإنه يتوجب على من يقوم بتمثيل هذا الشخص المعنوي أن يبرز الوثائق التي تثبت مشروعيته للتمثيل^(١).

١- راجع الموقع www.alhashme.com مقال منشور للدكتور مازن ليلو راضي - الوسيط في القانون الإداري - دار النشر الحديثة - عمان - ٢٠٠٠ / تاريخ الزيارة ١٤ - ٧ - ٢٠١٣ .

وبالتالي فإنه إذا تم قبول شخص طبيعي على أنه ممثل عن الشخص المعنوي في المنافسة على الرغم من عدم إبراز الوثائق المطلوبة قانوناً لذلك، فإن هذا القبول ينصرف للشخص الطبيعي وليس المعنوي الذي يمثله، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي^(١).

وفيما يتعلق بالأهلية الزمنية للشخص المعنوي ، فهناك أشخاص تؤسس بموجب عقود محددة المدة وبالتالي في حال تقديم عرض من شركة وكانت قد انقضت مدة تأسيسها، فإن عرض الشركة يعتبر صادراً عن شخص غير ذي أهلية، ولهذا السبب فإنه يجب على الأشخاص المعنوية الخاصة إذا أرادت التقدم للمناقصات، أن تقدم إثباتاً لوجودها القانوني، وذلك بالنسبة للحاضر .

كذلك في حال انقضاء الشركة أو توقفها بعد تقديم العرض فإنه يتوجب عليها إعلام جهة الإدارة بذلك^(٢) .

ولكن يجب الإشارة إلى أن مسألة تقدير الأهلية القانونية للمرشحين سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أم اعتباريين، يعتبر من اختصاص القاضي المدني وحده، ويكون الحكم الصادر عنه فيما يخص الأهلية القانونية للمرشحين ملزماً ومقيداً للقاضي الإداري.

1-Pouyaud.D,op.cit,p55

٢- المادة ٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٩٩٨ ان يتضمن الشق الفني من العرض الذي يقدمه المرشح على (بيان الشكل القانوني للجهة مقدمة العطاء والمستندات الدالة على قيامها قانوناً).

ثانياً_الشرف المهني والمدني:

يقصد بالشرف المهني ضرورة توافر عناصر الثقة في شخص المرشح وهذا يحتم عدم قبول المرشحين الذين تم شهر إفلاسهم ، أو الخاضعين للتصفية القضائية .

وقد تبنى تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ في المادة /٤٨/ هذا القيد ، حيث نصت المادة المذكورة على عدم جواز قبول عروض الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين أشهر إفلاسهم أو الذين هم قيد التصفية القضائية، مالم يرد إليهم اعتبارهم القانوني .

أما في سوريا فليس هناك نص صريح يحكم مسألة الشرف المهني، إلا ما جاء به البند /٢/ من الفقرة أ من المادة ١١ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤، في سورية من وجوب إرفاق صورة عن السجل التجاري للمرشح مع العرض، من شأنه أن يوضح صورة الشرف المهني تماماً لهذا المرشح ، وإن كان من المحبذ أن يتناول المشرع السوري ذلك صراحةً .

ولكي يكون العارضون متمتعين بالشرف المدني، يجب أن يتمتعوا بحسن السيرة والسلوك ، إذ ليس من مصلحة الإدارة أن تتعاقد مع شخص مشبوه أو ذي سوابق جنائية، وقد ضمن المشرع السوري ذلك في نصوص القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ ، عندما اشترط على من يود الاشتراك في المناقصة ألا يكون محكوماً بجناية أو بجرم شائن مالم يُرد إليه اعتباره .

ويقصد بالجرم الشائن الجرائم التي هي من نوع الجرح، والجرح الشائن هي الجرح التي يمكن أن تشين صاحبها نتيجة رد الفعل الاجتماعي العنيف عليها^(١)، وبذلك فهي لا تشمل المخالفات أي تلك التي لاتحمل خطورة تهدد أمن المجتمع واستقراره، والجناية وفقاً لقانون العقوبات السوري هي الجريمة المعاقب عليها بعقوبة جنائية^(٢)، أما الجنحة فهناك جرح تشكل جرم شائن، وجرح أخرى لاتشكل ذلك، وهكذا فإن مفهوم الجرم الشائن وفق المادة السابقة جاء شاملاً ليتترك للإدارة السلطة التقديرية في اعتبار جرائم معينة تدخل ضمن نطاق الجرائم الشائنة، ويستبعد بالتالي فاعلها من دخول للمنافسة.

وقد ذهب مجلس الدولة السوري في قراره رقم /٣٧٥/ لعام ١٩٧٠ إلى أن جرم حمل السلاح وجرم التسبب خطأً بقطع كابل هاتف أثناء القيام ببعض الحفريات لايعتبر جرماً شائناً ولايمنع مرتكبهما من الاشتراك في المناقصة^(٣)، وجرم الرشوة الذي يحكم علمرتكبه بالحبس والغرامة يمنع من المناقصة^(٤).

١- د. مهند نوح، المناقصة كطريقة من طرق التعاقد مع الإدارة، جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٥، ص ٢٥.

٢- نص المادة /١٧٨/ من قانون العقوبات السوري.

٣- د. صبحي سلوم، موسوعة العقود، ج ١، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٩١، ص ١١٣.

٤- حكم مجلس الدولة السوري رقم /٣٣٥/ لعام ١٩٧٢، مذكور عند موسوعة العقود للدكتور صبحي سلوم، ص ١١٣.

إضافةً إلى منع الوزارات والمؤسسات وسائر جهات القطاع العام والمشارك وتحت طائلة المسؤولية من التعامل مع أشخاص سبق وأن حكم عليهم قضائياً بجرم اختلاس أموال الدولة^(١).

وكذلك قد حدد قانون العقوبات الفرنسي عام ١٩٩٤ في مادته /٣١٤/ عدداً من الجرائم التي تمنع مرتكبيها من الدخول إلى المنافسة والتي ترتبط أساساً بفساد الذمة المالية لمرتكبيها ومخالفة واجبات النزاهة في مواجهة الدولة، وجرائم خيانة الأمانة.

كذلك فقد اشترط المشرع المصري فيمن يود الاشتراك في المناقصة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة فضلاً عن المقدرة الفنية في المادتين (٣) و (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨، حيث أوجبت المادة السابقة فسخ العقد مع شطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين إذا ثبت أن المتعاقد شرع بنفسه أو بواسطة غيره في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو حصل على العقد بطريق الرشوة.

ويحق للإدارة أن تستبعد من قائمة عملائها من لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها في ذلك السلطة التقديرية لايقيدها سوى عيب إساءة استعمال السلطة ، أي أن تقوم الإدارة باستبعاد مرشح لغرض شخصي بحجة أنه لا يتمتع بالسيرة الحسنة وتكون بذلك مستغلة السلطة التقديرية الممنوحة لها ويكون قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة .

١- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٣٤/ب- ١٥/٧٨٩ تاريخ ٢٦/٣/١٩٨٠.

ثالثاً_عدم جواز الجمع بين صفة المتعاقد وصفة الموظف العام:

إن الجمع بين صفة المتعاقد مع الإدارة وصفة الموظف العام قد يكون في غير صالح الإدارة ، لأنه إذا أتيح للموظفين العامين أن يتعاقدوا مع الإدارة فإنهم سوف يمارسوا تأثيراً واضحاً على إبرام العقد وعلى تنفيذه على حد سواء^(١).

إضافةً إلى احتمال وجود عنصر التفضيل والمحابة على بقية العارضين لكون العارض عالماً بأمور الإدارة.

وقد منع المشرع الفرنسي المتعاقد من اشتراكه في العقود التي تعلن عنها الجهات العامة، وذلك من خلال نصوص تشريعية مختلفة منها المادتين/٤٣٢ و ١٤/ من قانون العقوبات الفرنسي عام ١٩٩٤ والتي تمنع كل موظف أو مأمور أو عامل إداري بالمعنى الواسع للكلمة من أن يتدخل بأي شكل كان في نطاق أي عملية إدارية ومن بينها العقود التي تبرمها الإدارة، وكذلك قانون الوظيفة العامة الذي أوجب على الموظفين أن يكرسوا كل نشاطهم المهني لتنفيذ المهام التي أوكلت إليهم ويحظر عليهم بالتالي أن يجمعوا بين أكثر من استخدام عام^(٢)، والاستخدام العام هو كل عمل يكون مأجوراً من موازنات الجماعات العامة أو المشاريع الوطنية، وهذه القاعدة لا تنطبق على الموظفين فحسب وإنما على كل وكلاء الجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة

١- راجع www.mohamoon-montada.com / مقال للمحامي أحمد سويد بعنوان تكوين العقد

الإداري- منتدى المحامين العرب- تاريخ الزيارة ٢٤-٧-٢٠١٣.

٢- المادة /٢٥/ من القانون الوظيفة العامة الصادر بتاريخ ١٣/٧/١٩٨٣.

الإدارية ومأجوريها، وأيضاً العاملين في المؤسسات الصناعية والتجارية وحتى على المؤسسات المرتبطة مالياً بالدولة، وقد وردت استثناءات لهذه القاعدة حيث أجاز للموظفين أن يقدموا استشارات أو يقوموا ببعض أعمال الخبرة لصالح الإدارة وفي مجالات تدخل ضمن اختصاصهم، كأن تطلب الإدارة من موظف يحمل إجازة في الاقتصاد ويعمل كمحاسب لدى الإدارة أن يقدم نموذج عن برامج المتبعة في حساب ميزانية المشروع المتعاقد عليه.

ولم يكن المشرّع المصري أقل تشدداً من نظيره الفرنسي في هذا المجال، حيث أكد عدم جواز الجمع بين صفة المتعاقد وصفة الموظف من خلال العديد من النصوص التشريعية أهمها قانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد حيث تبنى المشرّع المصري هذه القاعدة تحت تسمية الحرمان الوقائي من الاشتراك في المنافسة، وذلك منعاً من تفضيل المصلحة الخاصة لبعض المسؤولين على المصلحة العامة للدولة، وقد نصت المادة /٣٩/ من قانون نفسه على أنه "يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون بالذات أو بالوساطة التقدم بطلبات أو عروض لتلك الجهات ، كما يحظر شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال".

وبذلك فإن المشرّع المصري قد منع العاملين في الجهات العامة من الاشتراك في المناقصات والمزايدات، سواء بالذات أو بالوساطة و جاءت كلمة العاملين مطلقة فلم تقتصر على أشخاص معينين من العاملين في الجهات العامة .

ولم يبتعد المشرع السوري عن مسلك نظيره في فرنسا ومصر، حيث حظر على العاملين في الدولة الاشتراك في المناقصات والتعهدات وفق نص المادة ٦٥ من النظام الأساسي الموحد للعاملين في الدولة والتي حظرت على العامل في الدولة:

١- أن يشترك في المضاربات المالية أو أن يمارس أي عمل من الأعمال التجارية أو الصناعية .

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

وقد تضمن القانون ٥١ ذلك في المادة (١١) منه عندما اشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصات (أن لا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة وألا يكون عضواً في المكاتب التنفيذية للإدارة المحلية ضمن محافظته تحديداً).

ونلاحظ من خلال هذه المادة بأن كلمة العاملين جاءت مطلقة لتشمل كل من له موقع من مواقع المسؤولية يمارس فيه نشاطاً لصالح جهة من الجهات العامة سواءً أكان وجوده في ذلك الموقع عن طريق الانتخاب أم

التسمية أم التعيين^(١)، ويجري العمل الإداري في سوريا على عدم جواز اشتراك العاملين لدى الجهات العامة في كافة المزايدات والمناقصات التي تجريها الإدارة، سواءً أكانت تقع ضمن دائرة عمل الموظف أو في سواها من الدوائر^(٢).

رابعاً_الجنسية:

اتجهت معظم التشريعات في نطاق المناقصات العامة على تفضيل المواطنين على الأجانب حيث كان الأجنبي يستبعد فوراً من نطاق المنافسة بسبب جنسيته الأجنبية فقط وبغض النظر عن مؤهلاته الفنية والمادية، وهذا مايسمى بالشرط التفضيلي، إلا أنه ونظراً لسياسة فتح السوق، وتحرير التجارة الدولية فقد تضاعف هذا التمايز بين الوطني والأجنبي في نطاق دخول المناقصات العامة^(٣).

كذلك كما هو عليه الحال في فرنسا ، والتي خضعت إلى النظام القانوني الذي يحكم الاتحاد الأوروبي منذ إبرام معاهدة روما سنة ١٩٥٧ والتي منعت المادة ٧ منها صراحة أي تمييزات بسبب الجنسية في نطاق العمليات التجارية أو الاقتصادية التي تتم في دولة عضو في الاتحاد^(٤).

١- رأي مجلس الدولة السوري رقم ٦٣ / ج . ع. لسنة ١٩٧٥.

٢- كتاب وزارة المالية رقم ١/١٥٤٦٤ ، تاريخ ١٩٧١/٨/٩.

٣- أ. د. أميرة النشواني، السوق الأوروبية المشتركة وأزمة الشرق الأوسط، الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٨٧، ص ٢٤.

٤- د. مهدي نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ٢٠٠١ ، ص ٤٢٠.

واستناداً لذلك فإنه يعتبر كل شرط متعلق بالجنسية غير مشروع وفي حالة خرق مبدأ التفضيل هذا يحق لأي متضرر من الإجراء التمييزي على أساس الجنسية أن يلجأ إلى محكمة العدل الأوروبية التي تتمتع بسلطات واسعة في التحقيق واتخاذ أحكام في مواجهة الدولة المخالفة، وتوجيه الأمر بضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لمراعاة الالتزامات المفروضة بمقتضى القانون الأوروبي.

وإن هذا الحكم لا يقتصر على رعايا دول الاتحاد الأوروبي، إنما يمتد ليشمل الأجانب المقيمين في فرنسا وذلك وفق قرار المجلس الدستوري الفرنسي لعام ١٩٩٠^(١).

أما في مصر فلم يتضمن التشريع المصري شرطاً بخصوص جنسية المتعاقد، وإن كان قد تضمن ما يفيد تشجيع المنتجات الوطنية، حيث نصت المادة /١٦/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ على أن يعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعراً، إذا لم تتجاوز الزيادة فيها ١٥% من قيمة أقل عطاء أجنبي، ولكن ذلك لا يعني أن قانون المناقصات والمزايدات قائم على أساس تفضيلي، لأن القانون نفسه قد راعى صراحة الإعلان عن المناقصات العامة في الخارج في الحالات التي تستلزم ذلك^(٢).

1-C.E.,4.3.1998,M.Fourti,R.F.D.A.,1998,P178.

2-أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة ص ٢٦٤.

أما في سوريا فإن القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ في مادته /١١/ لم تشر إطلاقاً إلى شرط الجنسية في معرض تعدادها لشروط الاشتراك في المناقصات العامة مع العلم بأن نصوص المرسوم التشريعي ١٩٦٩/٢٢٨ الناظم لعقود هيئات القطاع العام الإداري في سوريا ، قد اشترطت فيمن يود الاشتراك في المناقصة أن يكون عربياً سورياً أو فلسطينياً أو من أحد رعايا جامعة الدول العربية، وكما نصت في المادة ١٢ على أنه يجوز في المناقصات الخارجية قبول العارض الأجنبي^(١)، أما القانون الجديد فقد أشار ضمناً إلى شرط الجنسية عند تعريف المناقصات الداخلية والخارجية وفق المادة /٩/ من القانون ٢٠٠٤/٥١ حيث عرّفت المناقصات الخارجية بأنها المناقصات التي يسمح فيها بالاشتراك للعرب والأجانب إضافةً إلى من يحق لهم الاشتراك بالمناقصات الداخلية .

و هنا يتوجب على الشركة الأجنبية مقدمة العرض أن تعين وكيلاً تجارياً محلياً لها في سوريا^(٢).

وبذلك يكون قد أجاز بصورة ضمنية للأجانب الاشتراك في المناقصات الخارجية، ومن خلال المقارنة بين المرسوم التشريعي ١٩٦٩/٢٢٨، والقانون المعدل له، نجد بأنه أفضل لو أبقى المشرع السوري على المواد المتعلقة بجنسية الراغب في الاشتراك بالمناقصة، باعتباره النص الأوضح في ذلك.

١- مهند نوح، محمد الحسين، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٥٤.

٢- إعلان المناقصة (داخلي - خارجي) صادر عن وزارة الإسكان والتعمير تاريخ ٢٠١٠/١/٢٣ والمتعلق بتوريد وتركيب كافة التجهيزات الميكانيكية لمشروع محطة معالجة مياه مجاري إلب.

ويتوجب على جهة الإدارة مراعاة التزاماتها في حال التعاقد مع جهة أجنبية كالاستعلام عن الشركات الأجنبية التي تتعاقد معها ودراسة الآثار القضائية التي قد تنتج في حال عدم قيام الشركة بتنفيذ التزاماتها .

وأخيراً لابد من التنويه بأن الشركات الوطنية المشاركة في المناقصات تستفيد من ميزة تفضيلية إذا كانت السلع التي تقدمها ذات إنتاج وطني ، وذلك بالمقارنة مع السلع الأخرى ذات المنشأ الأجنبي^(١).

خامساً_الضمان المالي أو مايسمى بالتأمين المؤقت:

وهو مبلغ مالي يضمه العارض ويخصه لمصلحة الإدارة، وذلك ضماناً لجدية العرض^(٢)، وتأييداً لحسن تنفيذه للالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض والمستندة على إرادته المنفردة^(٣).

فهو يهدف إلى ضمان ملاءة المتنافس حيث أنه يثبت الوفر المالي الموجود في خزينته ، ويضمن نية العارض في تنفيذ العقد فيما لو رست عليه المناقصة ولم يتم توقيع العقد والمبادرة بالتنفيذ فإن هذا التأمين يصادر لصالح خزينة الإدارة .

إلا أنه لا يضمن التنفيذ الجيد للعقد لأن هذا الدور يضطلع به التأمين النهائي.

١-تعميم رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٥/٣٥٧٣ . تاريخ ٢٠٠٢/٥/٤ وتعميم رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٥/٤٨٥٣. تاريخ ٢٠٠٢/٧/٢.

٢- د. د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٦٥.

٣- أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٩١، ص ٢٥٣.

وقد أكدت مجمل القوانين المتعلقة بالمناقصات العامة على وجوب تقديم التأمينات الأولية من قبل من يود الاشتراك في المناقصة وحددته بنسبة معينة من القيمة التقديرية للتعهد .

وقد حرص المشرع الفرنسي على ضرورة تقديم التأمين المؤقت في عقود وحدات الإدارية المحلية من خلال نص المادة /١٥٣/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ والتي تنص على مجانية دفاتر الشروط وغيرها من الوثائق التي تسلم للعارضين للتعرف على العقد المزمع إبرامه من قبل الإدارة ولكن يحق للوحدات الإدارية المحلية فقط أن تشترط في دفاتر الشروط أن يدفع العارضون تأميناً مالياً عندما يستلمون وثائق العقد المزمع إبرامه.

ونلاحظ من خلال نص المادة السابقة أن المشرع حصر أمر دفع التأمين المؤقت ضمن نطاق الوحدات الإدارية المحلية وهذا يعود برأينا إلى اعتماد المشرع الفرنسي على آلية معينة لقبول المرشحين مفادها تزايد الاعتماد على إجراءات التعاقد التي تستند على معايير متعددة لاختيار المتعاقد (أي ما يقدمه من ضمانات مهنية وفنية للتعاقد مع الإدارة)، وبذلك أصبح ضمان جدية العرض والذي يعد الهدف الأساسي لاشتراط التأمين المؤقت يستند على المكانة التجارية والفنية للعارض وليس استناداً إلى مقدار ما يودعه في صندوق الإدارة من مبلغ مالي، لذلك اقتصر اشتراط تأمين مؤقت في عقود الوحدات الإدارية المحلية.

أما في مصر، فإن القانون رقم /٨٩/ لعام ١٩٩٨ قد نص صراحة في المادة ١٧ منه على وجوب اقتران كل عطاء بتأمين مؤقت وبما لا يتجاوز ٢% من القيمة التقديرية من قيمة التعهد ، بعد أن كان محسوباً على أساس قيمة العطاء في القانون رقم ٩ لعام ١٩٨٣ الملغى، وإن هذا التعديل الوارد على نص القانون موضع انتقاد الفقه لأن تحديد التأمين المؤقت استناداً إلى القيمة التقديرية للعملية من الممكن أن تؤدي إلى تعرف المتنافسين على القيمة التقديرية للعملية فينبون عطاءاتهم على أساسها فيغدو ماهو سري ومحفوظ لدى جهة الإدارة معلوماً لدى المرشح^(١)، وباعتقادنا إن ذهاب المشرع في هذا الاتجاه سببه اختلاف مفهوم المناقصة في القانون الجديد، حيث لم يعد السعر هو المعيار الوحيد للإرساء بل هناك معايير فنية تلعب دوراً حاسماً في تقدير العرض الأفضل، ويبقى الأمر على عاتق العارض هنا في تكييف عرضه فنياً مع القيمة التقديرية المعلنة.

وقد كان القانون رقم /٨٩/ لعام ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية متشدداً في مجال الإعفاء عن التأمينات الأولية بالنسبة لبعض المتنافسين ، واقتصر ذلك على نص المادة /١٠٥/ من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد بحيث يمكن إعفاء العارضين من تقديم التأمين الابتدائي في حالة شراء العقارات وذلك بقرار من السلطة المختصة.

١- أ.د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزيدات رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨، المشاكل العملية وال حلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ و ص ١٦٤.

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في مجمل أحكامها على وجوب إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسي للنظر في عطاءه وهذا الشرط مقرر للصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته ، إذا ما اطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءة مقدم العطاء^(١) .

وقد احتذى المشرع السوري نهج المشرع المصري في ذلك حيث نص في الفقرة ١١ من المادة ٤٦/ من القانون ٢٠٠٤/٥١ ، على وجوب تقديم التأمينات الأولية من قبل من يود الاشتراك في المناقصات، وحددت قيمة هذه التأمينات بحيث تشكل ٥% من القيمة التقديرية للتعهد، أو بمبلغ مقطوع عند عدم وجود كشف تقديري، ويجوز للإدارة المعنية بالمناقصة، وبعد موافقة أمر الصرف إنقاص قيمة هذه التأمينات على أن يذكر ذلك في دفتر الشروط الخاصة ، وفي الإعلان^(٢) .

إضافة إلى أنه يجوز منح مهلة للعارضين لاستكمال تأميناتهم في حال نقصت عن النسبة المحددة في الإعلان، بمقدار لا يؤثر على جدية عروضهم وأن يتم ذلك قبل عملية فض مغلفات الأسعار، أو إعلان محتواها مما يفقد ذلك الغاية من استكمال التأمينات بعد فتح المغلفات وإحالة المناقصة على العرض الأفضل^(٣) .

١-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم ٣٥١٠ لسنة ٢٣ ق بتاريخ ١٤-٨-١٩٩٠، المجموعة ص ٩٨٢.

٢- الفقرة ب من المادة ٤٦ من القانون ٢٠٠٤/٥١.

٣- رأي مجلس الدولة السوري ، رقم ١٦ تاريخ ١٣/١/١٩٧٧.

كذلك فإن الفقرة ج من المادة ٤٦ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ ،
 قد أعطت لأمري الصرف سلطة تقديرية لإعفاء العارضين من تقديم التأمينات
 الأولية بشكل كلي ، شرط أن يكون محل العقد تقديم توريدات أو قطع تبديل
 للصيانة، ويجوز الإعفاء من التأمينات المؤقتة والنهائية وذلك بموافقة الوزير
 المختص وفي حالات خاصة تقتضي طبيعتها ذلك^(١) .

ويتبين لنا مما تقدمه الإدارة في التشريعات المقارنة من تسهيلات
 للراغبين بالتعاقد معها سواءً من جهة استكمال التأمينات أو من جهة الإعفاء
 منها، أو إنقاصها ما هو إلا تطبيقاً عملياً لمبدأ المنافسة الحرة، وإتاحة المجال
 أمام جميع الراغبين بالاشتراك في المناقصة بالتقدم إليها ممن تتوافر لديهم
 الشروط المطلوبة للاشتراك فيها.

أما عن طريقة دفع التأمينات الأولية فلها صور متعددة :

١. إما أن تدفع نقداً إلى أحد صناديق الإدارة بموجب إيصال رسمي،
 يثبت عليه موضوع المناقصة وتاريخها والقيمة المدفوعة، والإدارات التي ليس
 لها صندوق يعتبر صندوق الخزينة العامة هو الصندوق الخاص بها.
٢. ويمكن أن تدفع التأمينات المؤقتة على شكل شيك مؤشر عليه
 بالقبول من قبل المصرف المسحوب عليه لصالح الإدارة، ولا يشترط أن يكون
 صاحب الشيك هو صاحب العرض نفسه، طالما أن الشيك صادراً لأمر الإدارة
 المعنية، وبالتالي يمكن صرفه في أي وقت تشاء الإدارة^(٢).

١- الفقرة د من المادة ٤٦ من القانون ٥١/٢٠٠٤.

٢- د. مهذ نوح ، المناقصة ، المرجع السابق ، ص ٧٨.

٣. كما يمكن أن تدفع التأمينات المؤقتة على أساس كفالة مصرفية (خطاب ضمان)^(١)، ويشترط لقبولها عن طريق الكفالة المصرفية توافر الشروط التالية :

أ أن تصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة.

ب . أن لا تقترب بأي قيد أو شرط .

ج . أن يقر فيها المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب ، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العرض، فلا يجوز للمصرف مصدر الكفالة أن يمتنع عن الوفاء بقيمة التأمين، إلا إذا تنازلت عنه الإدارة ، أو عند انتهاء مدة سريانه^(٢).

سادساً_الكفاية الفنية:

تقضي مصلحة الإدارة عند إبرامها لعقودها أن يدخل في المنافسة من يكون على درجة كافية من الاستعداد التقني فلا جدوى من السعر الأقل إذا كانت أهلية المتعاقد على درجة من السوء، لأن ذلك سيؤثر على تنفيذ التزاماته في النهاية مما يمس حسن سير المرفق العام، ومع وجوب تطبيق مبدأ المنافسة المفتوحة عند الإعلان عن إبرام العقود الإدارية فإنه يجب أن يوازن تطبيق هذا المبدأ مع ضرورة توافر درجة معينة من القدرة الفنية عند المتنافسين .

١- الكفالة أو خطاب الضمان : هو عبارة عن تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (المسمى الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) . إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ودون أي معارضة.

٢- الجمعية العمومية لقسم الفتى والتشريع في مجلس الدولة المصري - الفتوى رقم ١١٢٠ الصادرة في ١٦-١٠-١٩٦٣ مذكورة في مجموعة الخمسة عشر عاماً في العقود الإدارية ، ص ١٦٦ .

وقد تضمن القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ شرط الكفاية الفنية عندما اشترط أن يكون المتنافسون المرشحون مسجلين في إحدى الغرف التجارية أو الزراعية أو الصناعية أو أن يكونوا مسجلين لدى أمانة السجل التجاري . ويمكن أن ينص في دفتر الشروط الخاصة على وجوب توافر مؤهلات فنية ومالية ومهنية معينة في الراغبين في الاشتراك بالمناقصة، ويمكن اشتراط التأهيل المسبق^(١).

ويعتبر شرط التأهيل المسبق ضرورة أساسية يتم الاعتماد عليها في نطاق العقود ذات الطبيعة المعقدة ويقوم التأهيل المسبق من إخلال إعداد قائمة من ذوي الخبرة والكفاءة والتخصص في مجال العمل المطلوب والتأكد من أن الاختيار سيتم على أساس تنافسي بين أولئك الذين سبق تأهيلهم بالفعل، وهنا تمتلك الإدارة السلطة التقديرية في استبعاد كل مرشح لا يكون على مستوى الكفاءة المطلوبة لتنفيذ المشروع محل العقد.

ويتم تنفيذ عملية التأهيل عن طريق الدعوة إلى سبق التأهيل بأحد الأسلوبين: إما عن طريق نشر إعلان يتضمن هذا المعنى، وإما عن طريق الاتصال المباشر بالشركات المعنية^(٢).

وتطبيقاً لشرط الكفاية الفنية في تشريعات بعض الدول المقارنة مثل فرنسا فقد تطلب الإدارة المتعاقدة منها من الفاعلين الاقتصاديين شهادات جودة صادرة عن هيئات مستقلة ووفق معايير الإدارة الأوروبية أو الدولية البيئية

١- الفقرة د من المادة ١١ من القانون ٢٠٠٤/٥١.

٢- د. محمد محمدران ، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١، ص. ١٥٩.

(EMAS) لأعمال العقود والخدمات التي تنطوي على تنفيذ تدابير الإدارة البيئية ، وتستخدم هذه الشهادات لتبرير الكفاية المهنية والتقنية والمالية للمرشح، ويجب على المتعاقد تقديم تلك الشهادات أو مايعادلها من شهادات صادرة عن هيئات أنشئت في دول أعضاء الاتحاد الأوروبي المشاركة في EMAS^(١).

سابعاً_ يجب ألا يكون العارض مستبعداً استبعاداً عاماً من التعاقد مع الإدارة:

الاستبعاد العام من المناقصات هو إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من كل المناقصات التابعة للإدارة بشكل نهائي أو لفترة محدودة ، ويختلف قرار الاستبعاد العام عن القرار الذي يصدر عن لجنة المناقصات بقبول أو عدم قبول متنافس معين .

لأن إجراء الاستبعاد العام ذو طبيعة شاملة يؤدي إلى منع المشمول به من دخول عدد غير محدود من المناقصات ، في حين أن قرار رفض القبول في مناقصة معينة نتيجة لعدم استنفاد الشروط ، إنما يتعلق بمنع المشمول به من الدخول إلى مناقصة محددة بالذات ، وهي المناقصة التي لم يستوف شروط القبول فيها .

١- EMAS: يقصد بها النظم الأوروبية للمراقبة والإدارة البيئية نشأت نتيجة اختلاف الاهتمامات على النطاق الأوروبي الأوسع وتسود فكرة عامة وفقاً لبرنامج العمل البيئي الأوروبي الخامس أن الاهتمام بالبيئة يجب أن يأتي في المقام الأول قبل الصناعة، وقد أعطت المفوضية الأوروبية إحدى لجانها تفويضاً لإعداد النظام البيئي للمراقبة والإدارة البيئية ويهدف إلى جعل المشروعات الصناعية تهتم بالبيئة كجزء مكمل لمشروعاتها على أسس تطوعية، لمزيد من المعلومات راجع [EMAS/ec.europa.eu/ environment/emas/index-en-htm](http://emas/ec.europa.eu/ environment/emas/index-en-htm) تاريخ الزيارة ١٦-٤-

٢٠١٤ والمادة ٤٥ من تقنين عقود الشراء الفرنسي ٢٠١٠ لعام ٢٠٠١ .

وتمتلك الإدارة سلطة تقديرية كاملة في معرض إصدارها لقرار الاستبعاد العام على عكس قرار رفض القبول الذي تكون فيه سلطة الإدارة مقيدة تماماً ، فتلتزم بقبول المتعهد إذا استوفى الشروط المطلوبة ، كما تجبر على رفضه إذا لم يستوف كل أو بعض هذه الشروط^(١).

ويترجم الاستبعاد العام من التعاقد في سورية تحت صيغة الحرمان من التعاقد ويتم هذا الحرمان بالنسبة لكل متعهد تثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الإدارة.

لذلك اعتبر الحرمان من الاشتراك في المنافسة هو جزاء لبعض الأشخاص على أخطاء وقعت منهم في تنفيذ عقود سابقة ربطتهم بالإدارة أو جرائم ارتكبوها، فكان الحرمان عقوبة لها وهذا ماسمي بالحرمان الجزائي في القانون المصري ،حيث نص قانون تنظيم المزايدات والمناقصات المصري في مادته ١٤ على أن: (تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون سجلاً لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين، وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة سواء كان المنع بنص في القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه) .

أما الحرمان الوقائي وفيه يكون الحرمان من الاشتراك في المنافسة في مجال المناقصات العامة منعاً من تفضيل المصلحة الخاصة لبعض المسؤولين على المصلحة العامة للدولة وقد نصت المادة ٣٩ من قانون تنظيم المناقصات

١-راجع الموقع www.iama-eg.com مقال بعنوان الاستراتيجيات الحديثة لإعداد العقود -

الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم-مصر- تاريخ الزيارة ٣-٨-٢٠١٣.

والمزايدات المصري على أنه: (يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون بالذات أو بالوساطة التقدم بطلبات أو عروض لتلك الجهات كما يحظر شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال).

أما في سوريا فإن كل وزير يقوم بإصدار قرارات الحرمان من التعاقد مع الإدارة التابعة له ، أما إذا كان القرار شاملاً للحرمان من التعاقد مع جميع الجهات العامة، فيتحتّم عندئذ أن يتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص وفي كل الحالات يجب تسبب قرارات الحرمان^(١).

ومثالاً على ذلك صدور القرار رقم /٢٧٣٠/ تاريخ ٢٠١٦/٩/١٩ عن رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير الإعلام والقاضي بحرمان المتعاقد مع وزارة الإعلام من التعاقد مع الجهات العامة كافة لمدة ثلاث سنوات بسبب إخلاله بالالتزامات المترتبة عليه وتقاعسه عن تنفيذ أعمال العقد المبرم مع الهيئة العامة للإذاعة والتلفزيون والخاص بتنفيذ مشروع بناء محطة صلففة الجديدة .

و كما أنه يجوز للوزير المختص ولرئيس مجلس الوزراء أن يسحب قرار الحرمان بعد صدوره، ولكن لايجوز أن يتم ذلك قبل مضي سنة واحدة على صدوره ، مع العلم أن لا يوجد في القانون السوري قرارات حرمان دائمة كما هو الحال في بعض الأنظمة القانونية الأخرى ذلك لأن المادة ٥٨ من القانون ٢٠٠٤/٥١ تقضي بأن يكون الحرمان مؤقتاً ولمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات.

ويمارس القضاء الإداري في سوريا رقابته على قرار الحرمان وأسبابه والتكليف القانوني لهذه الأسباب فيراقب الانحراف في السلطة وذلك بهدف

١- الفقرة أ من المادة /٥٨/ من قانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

الوصول إلى التناسب بين الأسباب التي بني عليها القرار (الأفعال المنسوبة للمتعهد) والتدبير الصادر عن الإدارة (وهو حرمان المتعهد من ولوج باب مناقصات الدولة).

وهنا لابدّ من التنويه بأنه إذا تم صدور قرار الحرمان بعد إرساء المناقصة على أحد المرشحين وقبل إعطاء أمر المباشرة فإنه لايجوز للإدارة المضي في إبرام العقد مع المتعهد الذي صدر بحقه قرار الحرمان طالما لم يبلغ أمر المباشرة وصدر قرار الحرمان خاص بالتعاقد مع هذه الإدارة فقط أما إن رأت الجهة المتعاقدة ضرورة تنفيذ العقد وكان قرار الحرمان عاماً ، فيجب الحصول على استثناء من رئيس مجلس الوزراء من الحرمان^(١).

وقد حكم مجلس الدولة السوري بجواز حضور المتعهد المحروم إجراءات فض العروض في إحدى المناقصات بصفته وكيل قانوني عن متعهد غير محروم من التعاقد مع الإدارة^(٢).

ثامناً_ قيود ذات طبيعة اجتماعية وسياسية:

هذه الضوابط توجد بنسب متفاوتة في التشريعات المقارنة وذلك بسبب ارتباطها ارتباطاً وثيقاً بالظروف الخاصة بكل بلد على حده، ومن أمثلة القيود الاقتصادية تلك المتعلقة بالمركز الضريبي للعارض فقد نصت التشريعات في بعض الدول كفرنسا على إستبعاد كل من تثبت مخالفته لأحكام قانون الضرائب، لكون العارض قد دأب على التحايل والغش في مجال حقوق الدولة

١- رأي الجمعية العمومية لمجلس الدولة السوري رقم ٢٩/ الصادر في ١٩٩٦/٦/٨ .

٢- حكم مجلس الدولة السوري رقم ٧ لعام ، ١٩٧٧مذكور عند صبحي سلوم، موسوعة العقود، المرجع السابق، ص ١١١.

الضريبية، وليس من المنطقي أن تتورط الإدارة معه في مزيد من معاملاتها المالية .

هذا فيما يتعلق بالقيود ذات الطبيعة الاقتصادية أما القيود ذات الطبيعة الاجتماعية وهو مايجري عليه العمل القانوني في فرنسا من وجوب تقديم إقرارات مكتوبة من قبل المتنافسون تفيد بأنهم نفذوا كافة التزاماتهم تجاه التأمينات الاجتماعية ، وذلك تحت طائلة استبعادهم من دائرة المنافسة^(١).

أما القيود ذات الطبيعة السياسية فنجد أمثلتها في سوريا حيث نصت الفقرة أ من المادة ١١ من القانون ٢٠٠٤/٥١ ، على أن يشترط فيمن يرغب الاشتراك في المناقصة أن لايملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل و أن لا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها، وأن لا يكون طرفاً في أي عقد للصنع أو التجميع أو الترخيص أو المساعدة الفنية مع أي مؤسسة أو شخص في إسرائيل سواءً بشخصه أو عن طريق وسيط وألا يساهم في دعم إسرائيل أو مجهودها الحربي) ، وإن أي مخالفة في تطبيق هذا الشرط يحمل مرتكبه أقصى العقوبات ويقدم العارض في المناقصة إقراراً يفيد بأنه لايتعامل بأي شكل من الأشكال مع إسرائيل تحت طائلة استبعاد العرض^(٢).

وإن مبدأ المنافسة الحرة لا يوضع موضع التطبيق الفعلي إلا عن طريق وسيلة معينة ألا وهي العلنية، وعلنية المناقصة تقتضي المساواة بين المتنافسين لذا سنقوم بدراسة مبدأ العلنية والمساواة في المطلب الثاني.

1-Laubad`ere – Delvolve`-Moderne ,op. cit, p.602

٢- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٢/ب - ١٥/٦ تاريخ ٣-١-١٩٧٨ ، مذكور عند صبحي سلوم ، موسوعة العقود ، ج ١ ، مطبعة الأنوار ، ص ١١٦ .

المطلب الثاني: العلنية والمساواة في المناقصة

تقوم عملية المنافسة في المناقصة على مبدأ العلنية ، حيث يجب على الإدارة الراغبة بالتعاقد مع الأفراد أن تقوم باتباع قواعد العلنية لتثير المنافسة بين الراغبين بالتعاقد معها ، وبذلك فإنه يتجسد مبدأ المساواة بين المتنافسين عند الإعلان عن المناقصة .

وإن البحث في مبدأ العلنية والمساواة في المناقصة ، يقتضي النظر في الإعلان عن المناقصة في الفرع الأول ، ومن ثم الشروط التي يجب توافرها في الإعلان عن المناقصة في الفرع الثاني .

الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة

نظراً لأهمية العلنية وكونها ترجمة فعلية لمبدأ المنافسة الحرة والمتساوية فقد تبنتها التشريعات المقارنة ومنها تقنين عقود الشراء العام الفرنسي لعام ٢٠٠١ في المادة ٣٨ منه والتي تنص على أن عقود الشراء العام تبرم استناداً إلى دعوة عامة للمنافسة .

وإن مجلس الدولة الفرنسي متشدد جداً في مجال العلنية حيث اعتبرها من قبيل الشكليات الجوهرية والتي يؤدي عدم مراعاتها إلى بطلان العقد .

وعلى نفس النهج سار المشرع في مصر في المادة الثانية من قانون المزايدات والمناقصات المصري حين نصّ على ضرورة الإعلان عن المناقصة وما يقابلها في التشريع السوري من المادة ٩/ الفقرة أ من القانون رقم ٥١ لعام

٢٠٠٤ حيث تضمنت: (يعلن عن المناقصة قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً على الأقل).

ولا تتحقق العلنية من الناحية الموضوعية إلا عن طريق نشر حد أدنى من المعلومات حول العقد المراد إبرامه ، لذلك فقد قضت التشريعات في الدول المقارنة على ضرورة تضمين الإعلان جملة من البيانات تتعلق بالعقد المراد إبرامه، وسنتطرق فيما يلي إلى مضمون الإعلان وأساليب نشره ومؤيدات خرق قواعد العلنية في كل من فرنسا ومصر وسوريا كمايلي:

أولاً- مضمون الإعلان :

يقصد بمضمون الإعلان جملة المعلومات التي يجب أن تذيّعها الإدارة لتصل إلى علم المتعهدين، وهذه المعلومات لاتشكل سوى الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة عن الإدارة المتعاقدة ومحل العقد ومواعيد تسليم العروض، وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين ، لذلك فإن المشرّع أوجب أن يتضمنها الإعلان مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ماتشاء إليها.

ففي فرنسا، تشترط الفقرة الثانية من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي على وجوب تضمين الإعلان عن الدعوة العامة للمنافسة للمعلومات التالية على الأقل:

١. تحديد الإدارة صاحبة العلاقة.

٢. محل العقد وخصائصه الأساسية .

٣. آلية الإبرام الذي سيتم عن طريقه (المناقصة - المناقصة المقيدة- طلب العروض...) .

٤. الوثائق التي تثبت الأهلية التقنية للمرشح وفقاً لما ينص عليه القانون.

٥. التاريخ المحدد لتلقي العروض، أو الترشيحات (في حالة المناقصة المقيدة) .

٦. المكان واليوم والساعة المحددة للبدء بإجراءات المناقصة.

٧. المكان الذي يسلم فيه الملف المحتوي على وثائق العقد المزمع إبرامه، وإذا كان العقد لمصلحة الجماعات المحلية فيجب أن ينص الإعلان عندئذٍ على مبلغ التأمين المطلوب ضماناً لجدية التقدم للمناقصة .

٨. تاريخ إرسال الإعلان للنشر.

أما في مصر، فقد أوجب المادة /١٢/ من اللائحة التنفيذية قد أوجبت أن يتضمن الإعلان مايلي:

١- الجهة التي تقدم إليها العطاءات.

٢- آخر موعد لتقديم العطاءات

٣- الصنف أو العمل المطلوب (محل العقد المنوي إبرامه)

٤- مبلغ التأمين المؤقت، ونسبة التأمين النهائي.

٥- ثمن كراسة الشروط وملحقاتها.

أما في سورية فقد نصت الفقرة ب من المادة ١٠ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ على وجوب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة البيانات الآتية على الأقل :

١. موضوع المناقصة .
 ٢. مكان وزمان تقديم العروض وجلسة المناقصة .
 ٣. التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة .
 ٤. الجهة التي يمكن شراء إضبارة المناقصة منها .
 ٥. سعر الإضبارة .
 ٦. مدة إنجاز التعهد .
 ٧. المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه .
- وبمقارنة المادة السابقة من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ مع مايقابلها منالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩ نجد بأن المشرّع قد أضاف بندين ضمن البيانات الواجب توافرها في الإعلان عن المناقصة وهي سعر الإضبارة والمدة التي سيبقى فيها العارض مرتبطاً بعرضه .

ثانياً_ وسائل النشر:

أما بالنسبة لوسائل النشر، فقد اعتمدت أغلب التشريعات على عدد من وسائل النشر سندرسها فيمايلي:

في فرنسا يجب أن يتم النشر من حيث المبدأ في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام أو أي نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية، ولكن إذا تجاوزت قيمة العقد مبلغ ٢٥٠٠ يورو فإن النشر في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام يصبح ملزماً للإدارة،^(١) ولها بعد ذلك مطلق الحرية في نشر الإعلان في أي نشرة أخرى مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية وتعين النشرات المرخص لها بنشر إعلانات قانونية بقرار من المحافظ ضمن نطاق كل محافظة على حدة^(٢) إضافة إلى ضرورة نشر الإعلان على مستوى الاتحاد الأوروبي إذا بلغ العقد حداً معيناً لكون فرنسا عضواً في الاتحاد الأوروبي ، ويجب أن يتم إرسال الإعلان إلى مكتب الإعلانات في الاتحاد قبل نشر الإعلان على المستوى الوطني^(٣)، إضافة إلى أن الإعلان على المستوى الوطني والاتحاد الأوروبي يجب أن يحتوي على البيانات ذاتها، وإلا اعتبر ذلك إخلالاً بمبدأ المنافسة الحرة، ومستوجباً لمسؤولية الدولة صاحبة العلاقة.

أما في مصر، فقدت حددت المادتين ١٢ و١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري إجراءات وضوابط الإعلان عن طلب التعاقد بطريق المناقصة العامة، فأوجب أن يتم الإعلان على مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار^(٤).

١- المادة ١١ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي المعدل عام ٢٠٠٨ .

١- المادة/٣٨٠/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي عام ٢٠٠٨

٢- المادة ١٢/١٣ من اللائحة التنفيذية للقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام

١٩٩٨.

وإذا كانت المناقصات خارجية فإنه يجب أن يعلن عنها في مصر والخارج، ولكن المادة السابقة لم تبين أساليب النشر التي يجب أن تتبع في الخارج وإنما اقتصر على الاتصال بسفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها حسب الأحوال، بغية إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد في تلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة ولكن هذا لا يغني عن النشر في الصحف واسعة الانتشار وعلى مرتين، وذلك تجسيدا لمبدأ المنافسة الحرة، ومراعاة للطبيعة الخاصة للمناقصات الخارجية وإتاحة المجال لدخول العنصر الأجنبي فيها وتحقيق الغاية المرجوة منها.

وقد أعطى المشرع المصري سلطة تقديرية للإدارة في اختيار وسائل نشر الإعلان عن المناقصة، وبالمقابل قيدت الإدارة بوسيلة معينة عند التعاقد بطريقة المناقصة المحصورة وهي إخطار المرشحين بخطابات موصى بها أو إرسال دعوات عند التعاقد، وبرأينا فإن هذا لا يعد مبرر أساسي لإعطاء الإدارة حرية مطلقة في اختيار وسيلة النشر، بل يجب أن تكون محاطة ببعض القيود كربط قيمة العقد بوسيلة معينة من وسائل النشر، أو ترتبط بأهمية المشروع، وطبيعته.

وكذلك نصت المادة /١٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه إذا تقرر طرح أكثر من مناقصة عامة في تاريخ واحد أو تواريخ متقاربة فيراعى النشر عنها في إعلان واحد، ويؤخذ على المشرع في هذه الحالة أنه جمع بين مناقصات قد تكون محلاً لعقود مختلفة، فليس من المنطق القانوني أن يتم حصرهم في الإعلان نفسه.

وقد أشارت المادة /١٢/ من اللائحة التنفيذية إلى لغة النشر، بحيث يتم الإعلان عن المناقصات الخارجية باللغتين العربية والإنكليزية، مما يعني بمفهوم المخالفة أن الإعلان عن المناقصات الداخلية يجب أن يتم باللغة العربية .

أما في سورية فتختلف وسيلة النشر حسب أهمية المناقصة، وقيمة التعهدات، وكونها مناقصة داخلية، أم خارجية، و حددت الفقرة أ من المادة /١١/ طرق النشر وفقاً لما يلي:

١- النشر في الصحف :

ويكفي النشر لمرة واحدة ، وفي صحيفة واحدة ، إلا أن ذلك يعد الحد الأدنى ، مع ترك الخيار في تحديد عدد الصحف ، وعدد مرات النشر للإدارة المعنية ، وفقاً لأهمية المناقصة ، ولتقدير الإدارة صاحبة العلاقة.

وإذا تم النشر في مجلات وصحف تصدر خارج سوريا ، فيجب التأكد من أن هذه الصحف تتسجم مع الخط العام للسياسة الوطنية من جهة ، وأن تكون واسعة الانتشار من جهة أخرى، وذلك حفاظاً على أموال الدولة من الهدر دون فائدة^(١).

١- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء في سورية رقم ١٢٣/ب- ١٥/١٦٩١ تاريخ ١٩٦٨/٨/٢٩.

٢_ النشر في نشرة إعلانات الدولة :

ونشرة إعلانات الدولة في سوريا هي نشرة الإعلانات الرسمية التي تصدرها المؤسسة العربية للإعلان، وحرصاً على اتصال أكبر عدد من المتعهدين بالإعلانات عن العقود التي تود الإدارة إبرامها، فإن العمل جارٍ في سورية على عدم قبول اشتراك المتعهدين والمقاولين في المناقصات والمزايدات، ومافي حكمها، إلا بعد تقديمهم مايشعر باشتراكهم في نشرة الإعلانات الرسمية وذلك بالنسبة للتعهدات التي تزيد عن مبلغ خمسمائة ألف ليرة سورية^(١).

٣_ اللصق في لوحة إعلانات الإدارة المعنية:

تعتبر هذه الوسيلة من وسائل النشر الأساسية إلى جانب النشر في الصحف، وفي نشرة إعلانات الدولة .

٤_ النشر عن طريق التبليغ :

وتعتبر هذه الوسيلة من الوسائل التكميلية، بحيث يجوز تبليغ جميع الجهات التي تهمها المناقصة ، وكذلك تبليغ البعثات والهيئات التجارية السورية المعتمدة في البلاد ، صوراً عن الإعلان المتعلق بالمناقصات الخارجية، وعن بعض وثائقها، ويجب مراعاة الفترة الزمنية اللازمة لوصول هذه الإعلانات إلى

١- رأي مجلس الدولة رقم ٦٢/ج . ع . لسنة ١٩٧٣، مذكور عند صبحي سلوم ، موسوعة العقود ، ج ١ ، المرجع السابق ، ص ٩٦ .

البعثات السورية في الخارج، بحيث ترد في وقت يتناسب مع الزمن المحدد في الإعلان^(١).

ويجب ترجمة الإعلان إلى إحدى اللغتين الإنكليزية أو الفرنسية في كل الحالات التي يكون فيها الإعلان متعلقاً بمناقصة دولية^(٢).

٥_ النشر عن طريق الإذاعة والتلفزيون وسائر وسائل الإعلام الأخرى:

أجاز المشرّع اللجوء إلى هذه الأساليب بموافقة من الوزير المختص بالذات، وذلك نظراً للتكلفة المرتفعة لمثل هذه الوسائل ، مما يوجب تقدير ضرورتها من قبل الوزير بالذات، إضافة إلى أن عبارة (وسائر وسائل الإعلام الأخرى)، التي وردت في المادة ١٠ من القانون ٥١ لسنة ٢٠٠٤، جاءت عامة لتشمل وسائل النشر الحديثة ، مثل النشر على شبكة الإنترنت.

وكذلك فقد أجاز المشرّع المصري أن يتم الإعلان عن المناقصة عن طريق وسائل الإعلان واسعة الانتشار، وبعد موافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة العقد.

ثالثاً_ مدد الإعلان:

ويعد أن يتم النشر وفقاً للأساليب التي ينص عليها القانون، فإنه يجب أن يعطى للمتنافسين المحتملين مدة زمنية تمكنهم من خلالها تقديم عروضهم،

١- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٣/ب -٦- ١٥ . تاريخ ١٩٨٢/١/٢ .

٢- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء في سورية رقم ٢١/ب - ١٥/٧٨٨ تاريخ ١٩٦٩/٢/٢٥ مذكور عند صبحي

سلوم ، في موسوعة العقود ، ج ١، المرجع السابق، ص ١٠٩ .

وهذه المدة يجب أن تكون كافية ليتاح للمتعهدين دراسة أوضاعهم، وأوضاع السوق ، وموضوع المناقصة بروية وهدوء، ومن ثم تقديم العرض على درجة عالية من الدقة والوضوح^(١) .

في فرنسا فقد نصت المادة /٥٦/ من تقنين عقود الشراء الفرنسي لعام ٢٠٠٨ على أنه : " ينشر الإعلان عن المناقصة قبل آخر موعد لاستلام العطاءات باثنتين وخمسين يوماً على الأقل على أن تبدأ من تاريخ إرسال إشعار المناقصة العامة، ويجوز تخفيض هذه المدة لاثنتين وعشرين يوماً لأسباب طارئة ، ويمكن تخفيضها بنسبة سبعة أيام عندما يتم إرسال الإشعار بدعوة عامة للمنافسة إلكترونياً.

أما في حالة المناقصة المقيدة، واستناداً إلى نص المادة /٩١/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي ٢١٠ لعام ٢٠٠١ ، فإن مدة استلام الترشيحات يجب أن لا تقل عن واحد وعشرين يوماً وذلك من تاريخ إرسال الإعلان إلى الجهة المختصة بالنشر وفي حالة الاستعجال غير الناجمة عن فعل الإدارة (أي التزام الإدارة بإرسال الإعلان للنشر في الوقت المحدد) يحق للشخص المسؤول عن العقد سواءً أكان الوزير في الإدارة المركزية أم رئيس سلطة التقرير في الجماعات المحلية أن يقرر تخفيض هذه المدة إلى خمسة عشر يوماً على الأقل.

١- د. مهدي نوح، المدخل إلى القانون الإداري ، منشورات مركز التعليم المفتوح ، جامعة دمشق ص٤٤٧.

أما في مصر فقد حددت المادة /١٤/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ مدة قدرها ثلاثون يوماً على الأقل لتقديم العطاءات من تاريخ أول إعلان في الصحف اليومية، ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً، بيد أن المشرع المصري لم يحدد الحالات التي يجب أن تخفض بموجبها هذه المدة، بل إن إطلاق التخفيض وبقاءه خاضعاً لمحض تقدير السلطة المختصة من شأنه أن يمس مبدأ الشفافية، لذلك كان من الأفضل لو أن المشرع المصري قد قيد هذا التخفيض بوجود حالة ضرورة، والتي يعود تقديرها للسلطة المختصة.

أما عن المناقصة المحدودة ، فوفقاً لنص المادة /٣٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات فقد أوجب أن يتم الإعلان عن المناقصة المحدودة بموجب كتب موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بخمسة عشر يوماً على الأقل، ويمكن تسليم الدعوة بأي طريقة أخرى مناسبة مع إثبات موعد تسليمها لأصحاب الشأن.

وبخصوص المناقصة المحلية فإن الإعلان عنها يتم طبقاً للمادة /٣٧/ من اللائحة التنفيذية سالفه الذكر وذلك بموجب خطابات موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بعشرة أيام على الأقل.

وفي حالة الاستعجال يتم إرسال الدعوة قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل.

وفيما يتعلق بالإعلان عن المناقصة في سوريا ، فقد حددت المادة ٩/ من القانون ٢٠٠٤/٥١ في سورية مدة الإعلان، بحيث يعلن عن المناقصة قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً بالنسبة للمناقصات الداخلية، وخمسين يوماً بالنسبة للمناقصات الخارجية، ويجوز في الحالات التي تستوجب السرعة إنقاص هذه المدة إلى خمسة أيام في المناقصات الداخلية، وخمسة وعشرون يوماً في المناقصات الخارجية.

ويعود أمر تقدير السرعة إلى أمر الصرف المختص، ويجري العمل في سورية على عدم جواز اللجوء إلى تخفيض المدة لضرورة السرعة إلا في حالة وجود حاجة ملحة تدفع الإدارة إلى ذلك ، وشريطة أن يتضمن الإعلان وجود عبارة (السرعة الكلية) .

وواضح بأن المشرّع السوري قد حدد مدة تقديم العروض، بحيث تكون نهاية هذه المدة متصلة بالتاريخ الذي يجب أن تتم فيه المناقصة، إذا يتحتم على جهة الإدارة أن تنجز المناقصة في اليوم التالي لانتهاؤ مدة تقديم العروض، وهذا الحكم يضمن النزاهة للعملية التعاقدية، وذلك لأن المغلفات التي تحتوي على العروض لا تبقى في يد الإدارة طويلاً.

وقد حرص المشرّع السوري على مراعاة الدقة في حساب مدة تقديم العروض فلا يدخل يوم الإعلان عن المناقصة في حساب هذه المدة ، ولا يوم إجرائها^(١) .

١- الفقرة د من المادة ٩ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤.

وبخلاف المشرّع الفرنسي الذي عين مدة محددة لتقديم العروض تنتهي عند آخر موعد لاستلام العطاءات ، ولم يصل تلك المدة بموعد إجراء المناقصة وإنما جعل هناك مسافة زمنية بين تاريخ استلام آخر عرض وبين موعد إجراء المناقصة ، إضافةً إلى أنه قد جعل من تاريخ إرسال الإعلان للنشر نقطة بداية المدة التي يمكن أن يسلم المتنافسين خلالها عروضهم، مما قد يؤثر سلباً على إعداد العروض، ومن جهة أخرى لم يلزم المشرّع الجهة التي تقوم بنشر إعلان المناقصة أن تقوم بنشره منذ تلقيها الإعلان إنما تتمتع بسلطة تقديرية في ذلك خلال المدة التي حددها القانون.

وإن ترك فاصل زمني طويل بين إيداع العروض وإتمام المناقصة قد يؤدي إلى انقلاب المعطيات الاقتصادية للعروض، فتصبح الأسعار المقدمة من جانب العارضين غير متجاوبة مع الجدوى الاقتصادية للعملية التعاقدية برمتها، مما يؤدي بدوره إلى المساس بإرادة هؤلاء العارضين بشكل أو بآخر^(١).
أما عن الشروط التي يجب توافرها في الإعلان، والجزاء المترتب على مخالفتها سنتطرق له من خلال الفرع الثاني:

الفرع الثاني: الشروط التي يجب توافرها في الإعلان

إن القواعد التي تنص على ضرورة الإعلان السابق على المناقصة من قبيل القواعد الآمرة يؤدي الخلل فيها إلى وصم المناقصة باللامشروعية ، فقد

١- د. مهذ نوح ، المرجع السابق ، ص ٤٥٠.

حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان المناقصة لأن الإدارة لم تحترم قواعد العلنية معتبراً أن المناقصة في هذه الحالة معيبة في ماهيتها ذاتها⁽¹⁾.

كما حكم المجلس ذاته بأن إهمال النشر في النشرة الرسمية للإعلانات عقود الشراء العام من شأنه أن يسبب عدم مشروعية العقد.

ولا يكفي أن يكون الإعلان موجوداً، بل يجب أن يكون كاملاً Complete وفعالاً Efficace، فالإعلان يمكن ألا يكون مشروعاً إذا لم يحتوي على البيانات الدنيا المفروضة على النحو الذي ذكر سابقاً، أو لأنه لم ينشر ويذع بشكل كاف، أو لأن مدته لا تكون ملائمة لإعداد العروض.

ويجب التنويه بأن ليس كل خطأ أو خلل في الإعلان مهما كان وزنه أو نوعه من شأنه أن يؤدي إلى إبطال المناقصة، فهناك أخطاء لا تعتبر ذات قيمة كبيرة وبالتالي لا تؤدي إلى بطلان الإعلان، وقد تبنت الفقه الفرنسي المنهج التقليدي في التفرقة بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية في هذا النطاق، فالمناقصة تعتبر مشوبة بعيب جوهري إذا لم تحترم المدد القانونية للإعلان، أو إذا كان هناك خلل كبير في البيانات التي يجب أن يحتويها الإعلان، ولكن لا تبطل المناقصة إذا كانت بيانات الإعلان يعترتها نقص غير مغل.

وقد كان موقف الفقه المصري مشابهاً لموقف نظيره الفرنسي، حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسم الفتاوى والتشريع بأن إغفال جهة الإدارة

1-C.E.,4.3.1998,M.Fourti,R.F.D.A.,1998,P123.

لشكليات الجوهرية المتعلقة بالإعلان يؤدي إلى بطلان المناقصة، لأن ذلك يمس مبدأ حرية المنافسة بين كل من يرغب في الاشتراك في هذه المناقصة^(١).

وقد طرحت في فرنسا مشكلة التضارب بين وثائق العقد من جهة ومضمون الإعلان من جهة أخرى، وقد توصل القضاء الإداري هناك إلى حل لهذه المشكلة، حيث فرّق بين التناقض الجوهري والتناقض غير الجوهري وانتهى إلى بطلان العقد في حالة وجود تناقض جوهري بين بيانات وثائق العقد وإعلانه^(٢).

ومن الحالات العملية التي قد تثير بعض الإشكاليات في نطاق التطبيقات العملية للإعلانات في سوريا ، تلك المتعلقة بنشر تنويه عن خطأ وقع في إعلان تم نشره ، ومازالت مدة تقديم العروض قائمة ، في هذه الحالة لا تكون العلنية مستجمعة موجباتها القانونية، إلا إذا تم نشر التنويه ضمن مدة تقديم العروض، وعلى أن يعطى التنويه حداً زمنياً أدنى يماثل الحد الزمني الأدنى الممنوح للإعلان الأصلي ولو أدى الأمر إلى تمديد مدة الإعلان الأصلي.

١- فتوى رقم ١٢٢ بتاريخ ١٩٨٨/١/٣١ جلسة ١٩٨٨-١-٤ مذكورة عند المستشار أحمد وليد منصور، ١٩٩٦، ص ٨٣.

٢- د. مهدي نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ٤٣٧.

وأخيراً لا يجوز التعديل في دفاتر الشروط والمخططات وسائر الوثائق التي تبني عليها المناقصة، بعد إذاعة إعلان المناقصة، ما لم يعلن عنها مجدداً^(١).

بعد عرض المبادئ التي تركز عليها المناقصة سننتقل إلى الدراسة الحالات الخاصة في المناقصة والتي تتمثل في المناقصة المقيدة (المطلب الأول) والمناقصة التي تعتمد السعر السري (المطلب الثاني)

المبحث الثاني:

الحالات الخاصة في المناقصة

تقوم المناقصة بشكل أساسي على المنافسة الحرة إلا أنه قد تطرأ ظروف معينة تستوجب حصر المنافسة بين أشخاص محددين من قبل الإدارة، كالطبيعة الخاصة للعقد الإداري المبرم، وهذا النوع الخاص من المناقصة يطلق عليه المناقصة المقيدة وهو ماسنبحثه في المطلب الأول أو قد يحدث وتتدخل الإدارة من جانبها وتحدد السعر الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة وذلك رغبةً منها في الحفاظ على مستوى معين للعرض المطلوب وعدم إرساء المناقصة على عروض تتضمن أسعاراً مخفضة بشكل غير

١- الفقرة هـ من المادة ١٩١ من القانون ٥١/٢٠٠٤.

طبيعي، إلا أن هذا السعر يبقى غير معلوم بالنسبة للعارضين وهو ما يطلق عليه السعر السري الذي سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المناقصة المقيدة la`djudicationrestreinte

إن البحث في المناقصة المقيدة، يتطلب بداية التعرف على مفهوم المناقصة المقيدة في الفرع الأول، ومن ثم النظام القانوني لها في الفرع الثاني، والرقابة القضائية على أعمال المناقصة المقيدة في الفرع الثالث.

الفرع الأول: مفهوم المناقصة المقيدة

وهي تعتبر الأسلوب الاستثنائي للتعاقدات الإدارية، وتعني أن يقتصر الاشتراك فيها على الأشخاص أو الهيئات المعتمدة أسماؤها في كشوف وسجلات لدى جهة الإدارة مما يعني بأن جهة الإدارة تتمتع في خصوص هذه المناقصة بحرية تامة في تحديد الأفراد أو الهيئات الذين تدعوهم للاشتراك فيها، وهي تتبع نفس إجراءات المناقصة العامة وإنما تختلف عنها فقط في الحرية التي تمتلكها الإدارة في اختيار المتعاقد معها.

وتعد فرنسا أول من ظهرت لديها فكرة المناقصة المقيدة منذ سنة ١٨٣٦ ثم قننت بالتشريعات اللاحقة، واستقتت تشريعات في عدد من الدول من النظام القانوني الفرنسي ومنها مصر وسوريا^(١).

١- د. مهدي نوح ، محمد الحسين ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

وكان المبرر الرئيسي لنشوء فكرة المناقصة المقيدة متطلبات الطابع التقني المتزايد للمرافق العامة المختلفة، الذي أدى إلى نشوء احتياجات جديدة للمرافق العامة أصبحت محلاً لعقود إدارية ذات ملامح تقنية جديدة ومختلفة كلياً عن العقود التي كانت تبرمها الإدارة عندما كانت حاجاتها بسيطة ومحددة، وهذا يعني أنه صار من مصلحة الإدارة أن تحدد المتنافسين المتمتعين بالأهلية التقنية الكافية لتنفيذ مثل هذه الأداءات بحرية كاملة وأن لا تترك مثل هذه الحاجات الحساسة لتتحكم فيها آليات العرض والطلب ذات النتائج غير المضمونة، بل يجب أن تترك تلك الحاجات بين أيد أمينة تدرك أن العلاقة بينها وبين الإدارة علاقة تعاون في سبيل التنفيذ الأمثل لحاجات المرفق العام^(١)، ومن هنا ظهرت الضرورة إلى التوفيق مابين مفهومي السلطة التقديرية للإدارة لوزن الإمكانيات التقنية لمن يرغبون في تنفيذ الأداء محل المناقصة من جهة، وضرورة الحصول على أفضل سعر ممكن لهذا الأداء ذي الطبيعة التقنية الخاصة من جهة أخرى، وهذه النظرة التوفيقية قد بلورت مفهوماً جديداً للمناقصة المقيدة يقوم على عنصرين:

١- إن الإدارة تتمتع بسلطة التقديرية في وزن القدرة المهنية للمرشحين، فلم تعد مقيدة بقبول المرشح بمجرد استيفائه للشروط العامة المطلوبة لدخوله إلى ساحة المنافسة، بل إنه يمكن لهذا المرشح أن يستنفذ كافة هذه الشروط، وتقدر الإدارة مع ذلك عدم كفاءته لتنفيذ الأداء المطلوب،

١- د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٥٦.

وتقرر عدم دخوله في المنافسة، مما قد يؤدي ذلك إلى استبعاد كلي لمبدأ الدخول الحر إلى المنافسة^(١).

٢- يبقى معيار الإرساء على السعر الأقل هو المعيار الوحيد في اختيار المتعاقد مع الإدارة، وبذلك يتم التوفيق بين مصلحة الإدارة التقنية بتقييد الدخول إلى المنافسة، ومصلحة الإدارة المالية ببقاء مبدأ الإرساء على السعر الأقل.

وقد قننت المناقصة المقيدة في فرنسا لأول مرة من خلال المرسوم الصادر بتاريخ ١٩٤٢/٤/٦ والذي وضع مبدأ المناقصة المقيدة ونظامها القانوني، وقد استقر نهائياً في تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ وذلك بموجب نص المادة ٩١/ منه التي تنص على مايلي: (تكون المناقصة مقيدة عندما لايقبل فيها لإيداع العروض إلا المرشحون المقبولون من جانب الشخص المسؤول عن العقد قبل مجلس المناقصة).

أما في مصر، فقد أخذ المشرع في التشريعات المتعاقبة التي نظمت المناقصات والمزايدات بمبدأ المناقصة المقيدة وأطلق عليها تسمية المناقصة المحدودة، وقد استقر هذا المبدأ في قانون المناقصات والمزايدات الجديد إذ نصت المادة الثالثة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨، فشرع اللجوء إليها في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك على الموردين أو المقاولين أو الاستشاريين الفنيين، أو خبراء بذواتهم سواء في

١- د. مهذ نوح ، الايجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

مصر أو في الخارج على أن تتوفر فيهم شروط الكفاية الفنية والمالية، وحسن السمعة).

وهناك نمط خاص من المناقصات المقيدة يسمى المناقصة المحلية والتي نصت عليها المادة /٢/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري ، رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتي تقتضي بأن المناقصة إما داخلية (محلية) يعلن عنها في مصر والتي يقتصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذي يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد فيكون التعاقد فيما لا تزيد قيمته على مائتي ألف جنيه، والمناقصة الخارجية (دولية) يعلن عنها في مصر والخارج .

وتتشابه المناقصة المحلية مع المناقصة المقيدة في نقاط جوهرية، فالدخول في كل منهما مقتصر على فئة محددة من أشخاص ، وفي كل منهما يستبدل الإعلان بنظام الدعوات الشخصية للمعنيين بالنشاط محل العقد المراد إبرامه^(١)، ويختلفان في بعض التفاصيل سنورها لاحقا في المبحث الثالث.

تبدو المناقصة المحدودة ملائمة للأعمال والتوريدات ذات الأهمية الكبيرة، كإنشاء مطار جوي أو ميناء بحري، أو مفاعل نووي أو توريد أجهزة علمية دقيقة، ففي هذه الحالات تقتصر المناقصة على عدد محدود من المقاولين أو الموردين ذوي الخبرات الفنية الكبيرة التي تتلاءم مع أهمية هذه العمليات.

١- المادة /٣٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

- أ.د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢٧.

وكذلك فقد تلقف المشرع السوري المناقصة المقيدة في المادة ٢٦ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، تحت تسمية (المناقصة المحصورة) .

فقد نصت المادة ٢٦ المذكورة على أنه (يحق للوزير المختص حين الإعلان عن المناقصة اعتبارها محصورة بمن تتوفر فيهم شروط وكفاءة مادية وفنية معينة لأسباب تتعلق بطبيعة العمل أو نوعيته أو ظروفه، وفي هذه الحالة تقوم لجنة المناقصة بعد تدقيق وثائق العارضين بتحديد أسماء المقبولين ويكون قرارها في هذا الشأن قطعياً، وتتم إجراءات المناقصة على النحو المبين في الأحكام السابقة).

وهنا لابد من أن نورد بعض الملاحظات على هذه المادة :

١) أعطى المشرع صلاحية واسعة للجنة المناقصة باختيار المتنافسين من بين المتقدمين للمناقصة للاشتراك فيها، وهو بذلك أعطى اختصاصاً واسعاً لهذه اللجنة، قد يكون في غير محله، ولاسيما في العقود الكبيرة والمعقدة، كما اعتبر أن قرارات لجنة المناقصة بهذا الشأن تعتبر قطعياً، وهذا يخالف المبادئ الدستورية التي تقضي بالحق في سلوك التقاضي والطعن.

٢. إن التعليمات التنفيذية للقانون نفسه نصت صراحة على أن اللجنة التي تتولى التأهيل إنما هي لجنة يشكلها أمر الصرف لهذه الغاية وبالتالي نجد هنا تعارض بين نص المادة السابقة واللائحة التنفيذية، حيث أن

مضمون المادة /٢٦/ السابق ذكرها أعطى للجنة المناقصة السلطة التقديرية الكاملة في تحديد أسماء المقبولين بالنسبة للمناقصة المقيدة، وجعل أمر اختيارها قطعياً، ولم يشير إلى أن لجنة المناقصة تقوم بإحالة العروض إلى لجنة خاصة هي لجنة التأهيل والتي ورد ذكرها في اللائحة التنفيذية للقانون نفسه لتقوم بدراسة العروض ثم إحالتها إلى لجنة المناقصة، وإنما هنا خالفت القانون في مضمونها بدلاً من التفسير والتفصيل، وبخلاف التشريعات المقارنة مثل فرنسا حيث جرت أن تقوم لجنة المناقصة بفتح مغلفات وثائق التأهيل وتقوم لجنة تسمى (لجنة التأهيل) بتسمية العارضين الذين سيدخلون إلى المنافسة، ومن ثم تقوم لجنة المناقصات بالإرساء وفقاً للإجراءات المعتادة في المناقصات العادية.

وعموماً فإن واقع العمل الإداري في سوريا، قد جرى على وجوب حصول الجهة العامة المتعاقدة على إجازة من الوزير المختص حين إقدامها على التعاقد عن طريق المناقصة المحصورة، إضافةً إلى توزيع جداول خاصة يقوم العارضون بملئها بالإجابة على النقاط الواردة فيها، مثل اسم المتعهد، ورأس ماله، والأعمال المماثلة المنفذة، والكادر الفني لدى المتعهد، وتصنيفه، وآلياته.

الفرع الثاني: النظام القانوني للمناقصة المقيدة

إن ما تتمتع بها الإدارة من حرية في انتقاء المتنافسين بالنسبة للمناقصة المقيدة تجد مبررها بوجود أداءات ذات أهمية خاصة تتطلب تقديراً حراً من جانب الإدارة للأهلية التقنية للمتنافسين المحتملين، وبذلك فإنه لا يكفي

أن تفرض شروط عامة للمنافسة بل يجب أن تمارس الإدارة في هذا النطاق سلطة تقديرية لكي تستبعد بقرار فردي كل مرشح لا يكون على مستوى الكفاءة المطلوب لتنفيذ مثل هذه الأداءات ذات الحساسية الخاصة.

وبالمقابل فإن المرشحين يتمتعون بالضمانات التي يقرها المشرع لأجل موازنة السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في قبول المرشحين ، والتي تتمثل فيمايلي:

أ- **العلانية:** يجب أن تطرح المناقصة على علم الكافة، باستخدام الإعلان كوسيلة للدعوة إلى المنافسة، بحيث تستهدف استقطاب أكبر عدد من المرشحين المحتملين لتتفحص أهليتهم التقنية بشأن الاداء المطلوب تنفيذه من جهة ولضمان مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين جميع المتعهدين الذين يحتمل أنهم يمتلكون القدرة على الاضطلاع بعبء تنفيذ المطلوب من جهة أخرى، مما يتيح استمرار مبدأ المنافسة الحرة قائماً ومنتجاً لآثاره.

وقد تبني المشرع الفرنسي المبدأ السابق في تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ المادة ٩١/ منه^(١).

واتبعه المشرع السوري في ذلك حين أعطى للوزير المختص صلاحية اعتبار المناقصة محصورة حين الإعلان عنها، أي يجب أن يتضمن الإعلان إشارة إلى كون المناقصة محصورة وأن هناك شروطاً خاصة يجب توافرها فيمن يود التقدم إليها، بيد أن المشرع المصري خالف نظيره الفرنسي والسوري وأخذ

١- تنص المادة ٩١/ على أنه: "يجب أن تتم المناقصة المقيدة بناء على دعوة عامة للمنافسة وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ٣٨ المتعلقة بعلانية إجراءات عقود الشراء العام.

بنظام المناقصة المقيدة من خلال الدعوات الشخصية حيث أن المادة /٣٥/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ نصت على أنه (توجه الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصات المحدودة لأكثر عدد من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة)، وقد أشار المشرع في الوقت نفسه إلى أنه يجب أن تتضمن هذه الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة.

ولابد من التنويه بأن المناقصة المقيدة تظهر بصورة واضحة وجلية من خلال الدعوة إلى سبق التأهيل، وقد نص المشرع السوري في القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على الدعوة إلى سبق التأهيل من خلال نص المادة ١١ منه: "يمكن أن ينص في دفتر الشروط الخاصة على وجوب توافر مؤهلات فنية ومالية ومهنية معينة في الراغبين في الاشتراك بالمناقصة، ويمكن اشتراط التأهيل المسبق^(١)".

والذي يتمثل بضرورة تكوين قائمة من ذوي الخبرة والكفاءة والتخصص في مجال العمل المطلوب والتأكد من أن الاختيار سيتم على أساس تنافسي بين أولئك الذين سبق تأهيلهم بالفعل، وهنا تمتلك الإدارة السلطة التقديرية في استبعاد كل مرشح لا يكون على مستوى الكفاءة المطلوبة لتنفيذ المشروع محل العقد.

ب-الأولية: تقتضي هذه الضمانة أن فحص أهلية وشخصية المرشحين يجب أن يكون سابقاً على فحص عروضهم، وذلك حتى لا يحدث اختلاط في

١- الفقرة د من المادة ١١ من القانون ٢٠٠٤/٥١.

التقييم بين القيمة التقنية لشخصية المرشحين والقيمة السعرية التي تتضمنها عروضهم ، فيتم اختيار متنافسين من جانب الإدارة لاعلى أساس الأهلية التقنية الخاصة للمرشح وإنما على أساس مايقدمه من مميزات مالية في عرضه، لذلك يجري العمل في فرنسا و سوريا أن يتم فحص المغلفات التي تحتوي على الشروط التي يجب توافرها في شخصية العارض أولاً^(١) و ومن ثم يتم فض المغلفات التي تحتوي على العرض المالي المقدم من العارض المقبول ثانياً.

وهنا تقوم الإدارة بانتقاء العروض من ترى أن إمكانياته التقنية وأهليته متناسبة مع الأداء محل العقد المطروح في المناقصة.

ج-آلية النظر في العروض:يقوم مكتب المناقصة بتلقي الملفات المحتوية على الوثائق التي تشير إلى الأهلية الفنية للعارض وبعد فتح هذه المغلفات ينظم محضراً يتضمن نتائج فتح عروض الترشيح ، وبناءً على هذا المحضر يقوم المسؤول عن العقد بتقرير لائحة المرشحين المقبولين لتقديم عروضهم المالية للمنافسة على المناقصة، آخذاً بعين الاعتبار الضمانات المهنية والمالية المقدمة من جانب العارضين.

وإن التفرقة بين عضو الاقتراح وعضو التقرير من شأنها أن تحقق مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية.

١- المادة /٩١/ من تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ ومايقابله من المادة /٢٧/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤.

وفي مصر فإن نص المادة /٣٥/ من اللائحة التنفيذية للمناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ أشار إلى السلطة المختصة وهي (الوزير - المحافظ - رئيس مجلس الإدارة) التي تعتمد أسماء المرشحين الذين سترسل إليهم الدعوات المكتوبة للاشتراك في المناقصة المحدودة ولم يبين الجهة التي تقوم بإعداد أسماء المرشحين، وبرأينا أن هذا النقص يجب تلافيه من خلال إعطاء الصلاحية للجنة البت باختيار قائمة المرشحين ممن تتوافر فيهم الشروط المناسبة للاشتراك في المناقصة المحدود كما جرى العمل عليه بالنسبة للمناقصة العامة.

هذا من شأنه أن يعطي ضماناً أكبر للمرشحين لكون لجنة البت تستقل بتكوينها عن الشخص المسؤول عن إبرام العقد.

أما في سوريا فقد أوكل المشرع أمر النظر في عروض واختيار المرشحين إلى لجنة المناقصة والتي تصدر قراراتها بهذا الشأن بصورة قطعية و في حين أنه من الأفضل لو عهد الأمر اختيار المرشحين بصورة نهائية إلى السلطة العليا في الإدارة المعنية على غرار ماذهب إليه المشرع الفرنسي والمصري).

د. التسبيب: نظراً للطبيعة الخاصة للمناقصة المقيدة وكونها تمثل خروجاً على مبدأ المنافسة الحرة، فإن الإدارة يجب أن تصدر قرارها باللجوء إلى المناقصة المقيدة مرفقاً بالأسباب التي دعت للخروج عن المناقصة العامة، ومن هذا المنطلق أكد المشرع المصري على أن يتم التعاقد بطريق المناقصة

المحدودة بناءً على القرار المسبب من السلطة المختصة^(١)، ولا شك أنماذهب إليه المشرع المصري في هذا الشأن من شأنه أن يشكل ضماناً أخرى للمرشحين طالما أن قرارها قد بني على مبررات مشروعة وليس على مبررات اعتباطية، ويشكل في الوقت نفسه دافعاً للتعاقد مع الإدارة.

وبالرغم من أهمية هذه الضمانة في نطاق السلطة التقديرية للإدارة في المناقصة المقيدة إلا أنه لم تجد صدقاً لها في التشريع الفرنسي والسوري، الذي اكتفى أولهما بالنص على إعلام المرشحين المرفوضين بقرار رفض عروض ترشيحهم وسببه، بناءً على طلب خطي من هذا الأخير^(٢)، وثانيهما لم يلزم الوزير (المسؤول عن اعتبار المناقصة محصورة) بأن يبرر سبب لجوئه للمناقصة المحصورة، بل إنه جعل قرارات لجنة المناقصة باختيار المرشحين نهائية لاتقبل أي طريقة من طرق الطعن.

ووفقاً لطبيعة الخاصة للمناقصة المقيدة فإن الإدارة هنا تستطيع أن تستبعد أي شخص أو شركة من المناقصة بالرغم أنه سبق اشتراكه في مناقصة أخرى، وليس عليها بيان أسباب الاستبعاد^(٣).

١- المادة ٣٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

٢- المادة ٩١ من تقنين عقود الشراء الفرنسي ٢١٠ لعام ٢٠٠١

٣- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٥١٢.

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على أعمال المناقصة المقيدة:

تتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية عند اللجوء للمناقصة المقيدة، لأن مسألة اختيار المناقصة المقيدة كأسلوب للتعاقد يعتبر مسألة ملائمة متعلقة أساساً بأسباب تقنية يمكن أن تثيرها الإدارة في كل وقت، إلا أن هذه السلطة المعطاة للإدارة في مجال المناقصة المحصورة ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة وفق رأي مجلس الدولة الفرنسي بالرقابة التي يمارسها على القرارات التي تصدرها الإدارة المتعلقة باختيار المرشحين الذين تنحصر المنافسة بينهم من حيث المآل، وكذلك القرارات المتعلقة بالاستبعاد غير المشروع لأحدهم^(١).

وتمارس السلطة الرقابية في هذا المجال ضمن حدها الأدنى لأن هذه القرارات تقوم على الجانب التقديري الواسع للإدارة لذلك لا يتدخل القضاء إلا إذا كانت قرارات الاختيار مشوبة بعيب الاختصاص أو مخالفة للإجراءات والشكل والانحراف بالسلطة أو بسبب الانعدام المادي للقرار أي أنه يفتقد للوجود المادي للوقائع أو الأسباب التي دعت الإدارة للجوء للمناقصة المقيدة^(٢).

المطلب الثاني: المناقصة التي تعتمد على السعر السري

إن السلطة التقديرية للإدارة لا تتوقف عند المناقصة المقيدة فهناك حالة أخرى في المناقصة تعتمد على السعر السري المقترح من جانب الإدارة، وهنا تتجسد السلطة التقديرية للإدارة في اعتماد السعر المقترح من قبلها كمعيار للموازنة بين العروض المقدمة واختيار أفضلها، وسنقوم بالتعرف على مفهوم

1-C.E.1-6-1979,Minster de lasante`,Rce, p306

2-مهند نوح ، محمد الحسين ، العقود الإدارية ، منشورات جامعة دمشق ، ٢٠٠٦ ، ص ١٥٤ .

السعر السري في الفرع الأول، ومن ثم مدى اعتماد على السعر السري في ظل التشريعات المقارنة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم السعر السري

إن الأصل في المناقصة أن يتم إرسائها على أساس السعر الأقل المقدم من قبل العارض، ولكن قد يحدث وتقترح الإدارة سعراً من جانبها ويكون ذات طابع سري وغير معلن أمام العارضين ويتم بناءً عليه موازنة العروض المالية والتفاضل فيما بينها.

وعندئذٍ يتم إرساء المناقصة على العارض الذي قدم سعراً مساوياً أو أدنى من السعر المقترح من جانب الإدارة.

ويختلف اعتماد السعر السري كأسلوب مسموح به لتحديد العرض الأفضل في التشريعات المقارنة، فمنها من اعتبره كأسلوب أصيل ووحيد ويجب على الإدارة إتباعه لتحديد العرض الأفضل كما في فرنسا، ومنها من أعطى السلطة التقديرية للإدارة في اعتماده كما في سوريا، وهناك تشريعات لم تأخذ بالسعر السري كوسيلة لتحديد العرض الأفضل وإنما كان لها معايير أخرى يعتمد عليها عند الموازنة بين العروض كما في مصر، وسنتطرق بالحديث عن ما سبق من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: مدى اعتماد على السعر السري لدى التشريعات المقارنة

جرى المشرع الفرنسي على اتباع هذه الحالة عند إرساء المناقصة وذلك بموجب نص المادة /٨٤/ من تقنين عقود الشراء العام، حيث يقوم

الشخص المسؤول عن العقد بتحديد السعر الأعلى الذي يجب عدم تجاوزه عند إرساء المناقصة، ويوضع هذا السعر في مغلف مختوم ويبقى سرياً، ولا يتم فتحه إلا من جانب اللجنة في مجلس المناقصة وبعد فتح المغلفات المحتوية على العروض المالية وإن لم تكن الأسعار المقدمة من جانب العارضين مساوية أو أقل من هذا السعر الموضوع من قبل الإدارة أعلنت الإدارة فشل المناقصة، ومن ثم يجب أن لا يتم الإرساء على أي واحد من العارضين، ولكن بإمكان لجنة المناقصة تفادي فشل المناقصة بأن تطلب من العارضين أنفسهم تقديم عروضاً مالية جديدة، ولكن شريطة أن تنص دفاتر الشروط الخاصة على ذلك ولايجوز تكرار هذا الإجراء أكثر من مرة واحدة^(١).

وكذلك فقد سار المشرع السوري على منهج المشرع الفرنسي حيث نصت المادة ٢٢/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ على أنه يحق للإدارة ممثلة بالوزير في الإدارة المركزية وأمر الصرف المختص أن تحدد بصورة مسبقة السعر الأعلى الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة، ويوضع هذا السعر في مغلف مختوم بالشمع الأحمر، ويفتح في جلسة المناقصة من قبل اللجنة ولا يعلن مضمونه على العارضين، وتعتبر المناقصة فاشلة إذا لم تقدم عروض تعادل هذا السعر أو تقل عنه.

إلا أنه يجوز للجنة أن تطلب من العارضين أسعاراً جديدة في مغلفات مختومة في الجلسة نفسها، ولايجوز لها تكرار هذا الإجراء خلال الجلسة وإذا

١- المادة ٨٨/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١.

كانت الأسعار الجديدة غير مساوية للأسعار المقدرة أو تزيد عنها بما يتجاوز ٥% أعلنت اللجنة فشل المناقصة^(١).

وبالمقارنة بين التشريعين السوري والفرنسي نجد بأن المشرع الفرنسي انفرد في جعل أسلوب سعر السري المقدر من جانب الإدارة هو الأسلوب الوحيد المسموح به لتحديد العرض الأفضل في فرنسا، بخلاف المشرع السوري الذي أعطى للإدارة السلطة التقديرية بتحديد سعر الأعلى الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة، مما يعني بأنه يحق للإدارة في سورية أن تلجأ إلى أساليب أخرى للإرساء على السعر الأفضل.

إضافةً إلى أن المشرع السوري سمح للإدارة وتقادياً لفشل المناقصة بأن تطلب من العارضين في الجلسة نفسها تقديم عروض جديدة ضمن مغلفات مختومة حرصاً على مبدأ شفافية إجراءات المناقصة، وقضى بإرساء المناقصة على العارض الذي قدم سعراً مساوياً للسعر السري أو بما لا يتجاوزه بنسبة ٥%^(٢)، في حين أن المشرع الفرنسي غفل عن تضمين مثل هذه القاعدة، واقتصر على النص بإعادة المناقصة بين العارضين في الجلسة نفسها وتقديم عروض جديدة بحيث يتم إرساء المناقصة في المرة الثانية على العارض الذي يقدم سعراً مساوياً أو أقل من السعر المقترح من جانب الإدارة، وفي حال عدم تحقق ذلك يتم إعلان فشل المناقصة.

١- الفقرة ب من المادة ٢٢ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤.

٢- الفقرة ب من المادة ٢٢ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

أما في مصر، فقد أتى المشرع المصري بتغيير جذري في مبدأ الإرساء التلقائي على السعر الأقل في المناقصة في ظل القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨. فلم تعد الإدارة تقوم بإرساء المناقصة على العارض الذي قدم السعر الأقل، بل على العارض الذي قدم أفضل الضمانات المهنية والمالية والفنية، حيث نصت المادة /١٦/ من قانون المناقصات والمزايدات على مايلي: (يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً، والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية..)، وتطبيقاً لذلك، فقد ذكرت المادة /٢٨/ من اللائحة التنفيذية المعايير التي يمكن الاستناد إليها عند تحديد القيمة الفنية لكل عطاء من العطاءات المقدمة، وهذه المعايير هي : الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم، وهذه المعايير ذكرت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ويمكن الإضافة إليها حسب ظروف وطبيعة التعاقد.

كما حددت المادة السابقة كيفية توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية، وهذا الأسلوب هو أسلوب تقييم العروض بنظام النقاط، فبعد أن يتم فتح المظاريف الفنية، والبت فيها من جانب لجنة البت، يتم إعطاء درجات لكل عنصر من عناصر العرض الفني الواحد^(١)، وبعد فض المغلفات المحتوية على العروض المالية وتفرغ هذه الأخيرة، تقوم لجنة البت بتقسيم القيمة المالية لكل عطاء على مجموع الدرجات التي نالها من الناحية الفنية، ويتم الإرساء على العطاء ذي القيمة المقارنة الأقل.

١- المادة /٢٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

وإن هذا الأسلوب لتوحيد أسس المقارنة بين العطاءات من النواحي الفنية، ليس أسلوباً ملزماً ووحيداً، بل يمكن أن تلجأ الإدارة إلى أي أسلوب آخر للمقارنة يمكن أن يحقق المقارنة العادلة بين العطاءات فنياً ومالياً.

وبذلك فإننا نلاحظ خلو قانون المناقصات والمزايدات المصري عن إرساء المناقصة استناداً إلى السعر السري الذي بات أسلوباً رئيسياً لتحديد العرض الأفضل لدى كلاً من المشرّع الفرنسي والسوري، واستبداله بمعايير أخرى ذات طابع فني تساهم في تقييم العرض إلى جانب السعر المقدم من العارض.

وتعطي في الوقت نفسه للإدارة السلطة التقديرية في اختيار المعايير التي يعتمد عليها عند الموازنة بين العروض دون أن يقيدتها في ذلك سوى ظروف وطبيعة العقد، بخلاف سلطة الإدارة في المناقصة العامة- في فرنسا وسوريا- التي تبقى مقيدة بمبدأ الأرساء التلقائي على السعر الأقل.

وفي الحقيقة، إن هذا الأسلوب في تحديد العرض الأفضل يقترب من التقنية المتبعة للتعاقد في فرنسا وسوريا وما يطلق عليها طلب العروض، التي تقوم على إسناد العقد على المتعاقد الأفضل من الناحية الفنية والمالية، وتظهر فيها السلطة التقديرية للإدارة في تحديد معايير الإرساء.

وبالرغم من تميز الحالات الخاصة في المناقصة بطبيعتها الاستثنائية عن المناقصة العامة فإنها تتبع الإجراءات ذاتها في عملية الإيجاب والقبول

والتي تجسد عملية إبرام العقد ضمن إطار المناقصة، وسنتناولها في المبحث التالي.

المبحث الثالث:

إبرام العقد ضمن إطار المناقصة

وهكذا وبعد تناولنا المبادئ الأساسية التي تستند عليها المناقصة العامة لابد من دراسة الإيجاب والقبول في إطار المناقصة العامة ، وإبرام العقد ضمن إطار الإجراء ذاته لذلك سنتناول العرض باعتباره يجسد الإيجاب من جانب العارض ويعبر عن إرادته في التعاقد مع الإدارة وفقاً للشروط الموضوعة من قبلها (المطلب الأول) ثم نتعرض إلى قبول الإدارة والذي يجسد الإرساء وتوقيع العقد مع المتعاقد (المطلب الثاني) وذلك كما يلي

المطلب الأول: تقديم العرض (الإيجاب)

تشكل مرحلة تقديم العروض حجر الأساس في عملية التعاقد، لكونها مرحلة مهمة تمثل الإرادة الحرة للراغب بالتعاقد مع الإدارة، والتي تتجسد في صدور الإيجاب منه، ونظراً لأهمية هذه المرحلة لابد بدايةً من التعرف على مفهوم الإيجاب (العرض) في العقد الإداري وشروط تقديمه في الفرع الأول، ومن ثم ننتقل للمبحث في وسائل تقديم العروض (الفرع الثاني):

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب في العقد الإداري وشروط تقديمه

الإيجاب ضمن إطار تقديم العرض من قبل العارض La soumission:

العرض هو تعبير المتعهد العارض عن إرادته الجازمة في الاشتراك بالمناقصة عن طريق تقديم البيانات اللازمة إلى جهة الإدارة ولاسيما السعريّة منها، ووفقاً لأشكال محددة مما يترتب في ذمته التزاماً مناطه التعهد بالبقاء على إيجابه فترة معينة ويترتب في حال مخالفته أن يفقد مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف، فيصبح التأمين المؤقت المودع حقاً للجهة الإدارية ودون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو إتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول الضرر.

ويعتبر العرض إيجاباً يصدر من قبل الراغب بالاشتراك في المناقصة المعلن عنها مسبقاً لذلك يمثل تعبيراً عن الإرادة المنفردة، والتي تولد التزاماً على الموجب بالبقاء على إيجابه حتى يصدر القبول من جانب الإدارة، بخلاف القاعدة العامة في القانون المدني حيث أن الموجب يستطيع أن يتحلل من التزاماته ما لم يصدر القبول من جانب الإدارة^(١).

وبذلك فإن العرض يعتبر عملاً إرادياً ويتمتع بذات الخصائص التي يتمتع بها الإيجاب بالمفهوم المدني:

فهو يتمتع بالأولية Initial لأن ولادة العرض قد تكون بداية للتغيير في شكلية العلاقات والمعاملات القانونية ولكن ليس بين الأفراد كما هو الحال في

١- د. مهذ نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

الإيجاب بالمفهوم المدني إنما العلاقات بين الإدارة والأفراد وهو يتسم أيضاً بالطبيعة الإنفرادية Unilate`ral لأنه يخرج إلى حيز الوجود القانوني بعد أن يدرس العارض مركزه القانوني والاقتصادي، فيقرر أن يتقدم للإدارة بهذا العرض وفقاً للشروط التعاقدية المطروحة، ووفقاً لما تملّيه عليه رؤيته الذاتية التي يمكن أن تتجم عن علاقته مع الإدارة .

ولكون العرض تعبيراً عن إرادة المرشح للتعاقد مع الإدارة في جوهره إلا أنه لا يظهر إلى حيز الوجود القانوني إلا ضمن إطار مادي حدده المشرّع بصورة مسبقة بحيث يتوجب على العارض التقيد بها تحت طائلة رفض العطاء المقدم من قبله.

وسنستعرض هذا الإطار المادي في كل من فرنسا ومصر وسورية:

أولاً- في فرنسا:

أ- الإطار الشكلي لتقديم العرض:

أخذ المشرّع الفرنسي بمبدأ المظروفين حيث يتكون وعاء العرض من شقين الشق الأول (المغلف الأول) يحتوي على الوثائق التي تعكس أهلية العارض وإمكانياته الفنية ووضعه المالي، أما الشق الثاني (المغلف الثاني) فيحتوي على السعر الذي يقترحه العرض.

ب- الشروط التي يجب توافرها في العرض:

اشتراط المشرع الفرنسي خلو العرض المالي من تحفظات أو مخالفات لشروط العقد^(١)، كما يجب أن لا يكون السعر المقترح مبالغاً فيه أو مخفضاً بشكل غير طبيعي، مما يجعله مربحاً ومشكوكاً فيه.

كذلك فقد اشترط المشرع وفق المادة /٤٤/ من تقنين عقود الشراء العام أن تكون العروض مكتوبة، ومحررة من أصل وحيد، ولا يلتزم العارضون تحرير عروضهم على النماذج المقدمة من جانب الإدارة إلا إذا كانت دفاتر الشروط تلزم العارضين بأن يحرروا عروضهم على ورقة مختومة أو مدموغة من جانب الإدارة، تقوم اللجنة المركزية للعقود بإعداد نماذج للعروض تحتوي على البيانات الضرورية والنظامية، إلا أنها غير ملزمة للعارض^(٢).

فإن إغفال هذه الشكلية من شأنها أن تجعل العرض غير مشروع، ولا يمكن تغطية غياب هذه الشكلية بتسوية لاحقة على تقديم العرض المحرر على غير الورقة المختومة من جانب الإدارة.

وقد اشترط المشرع الفرنسي أن يكون العرض مطابقاً للأوضاع القانونية، ودفاتر الشروط، وفي حال تضمن العرض مخالفة، فإنه يجب التفرقة بين المخالفات الجوهرية، والمخالفات غير الجوهرية، فالأولى التي لا يمكن

١- المادة /٨٧/ من تقنين عقود الشراء العام رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١.

٢- راجع المادة /٤٦-١/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم ٩٢-

١٣١٠ تاريخ ١٥/١٢/١٩٩٢ مع الإشارة إلى أن التوقيع يدون على كل شطب أو محو جارٍ على

العرض نفسه.

التغاضي عنها دون أن يؤدي ذلك إلى المساس بمبدأ الإرساء التلقائي ومبدأ المساواة بين المتنافسين أو إلى تعطيل الموازنة الفعالية بين العروض، أما الأخيرة فإن الإدارة تمتلك السلطة التقديرية لاستبعاد العرض أو عدم استبعاده، ومن ثم فإنها تملك سلطة تقديرية لتغطيته^(١).

ويعتبر العرض المقترن بالتحفظات مشوباً بمخالفة جوهرية توجب استبعاده من جانب لجنة المناقصة، لأنه يمس بمبدأ تلقائية الإرساء الذي يعتمد على عامل السعر وحده، ويصبح هناك عوامل أخرى إلى جانب عامل السعر تلعب دوراً في إرساء المناقصة، ويعطي حرية للعارضين بتقدير معايير الإرساء، مما يخالف مبدأ المنافسة الحرة التي تقوم عليه المناقصة، ولهذا السبب نجد بأن المشرع الفرنسي قد منع صراحةً اقتران العروض بالتحفظات (المادة /٨٨/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي) باستثناء الحالات التي تكون فيها التحفظات منصبة على شروط غير مشروعة واردة في دفاتر الشروط، لأن تلك الشروط الغير مشروعة لا يمكن اعتبارها مصدراً للقانون يجب مراعاته، كذلك لا يعتبر التحفظ غير مشروع إذا كان منصباً على حقوق للعارض باقية له في ذمة الإدارة من تعامل سابق بينهما^(٢).

ج- آلية تقديم العرض:

1- Quancard.M,op.cit,p150.et.s

٢-أ.د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

أوجب القانون أن توقع العروض من جانب المقاولين أو الموردين الذين يقدموها أو من جانب ممثليهم القانونيين، ولا يمكن لوكيل أو ممثل أن يمثل أكثر من مرشح واحد في عملية تعاقدية واحدة، وكذلك يمكن لعدد من المشاريع أن يشتركوا في تقديم عرض واحد، وبالتالي فإن العرض يجب أن يكون موقعاً من قبل كل المشاريع المشتركة في هذا العرض الجماعي، أو من قبل ممثلها القانوني^(١)، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن عدم توقيع العرض يؤدي إلى وسم العرض بعيب جوهري، ويتحتم على الإدارة أن ترفضه، فإذا قبلته أصبح الإجراء برمته غير مشروع^(٢).

ثانياً- في مصر:

أ- الإطار الشكلي لتقديم العرض:

وقد أكدت التشريعات في مصر وسوريا على وجوب تقديم العروض ضمن إطار شكلي معين في حال مخالفته يفقد العرض قوته القانونية .

ففي مصر وبموجب المادة العاشرة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري قد أوجبت أن يتقدم كل مرشح للتعاقد مع الإدارة في الميعاد

١- نصت المادة ٥١/ من تقنين عقود الشراء الفرنسي الجديد ١٣٣٤ لعام ٢٠٠٨ على أنه " يجوز تقديم العروض من قبل الوكيل القانوني لتجمع الفاعلين الاقتصاديين إذا كان لديه التراخيص اللازمة لتمثيل هؤلاء التجار "

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٠/١٢/١٩٩٣ والمنشور في مجلة عقود الشراء العام-١٩٩٤- رقم ٢٨٤ ص ٢٣.

المحدد بعبء في مظلوفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي .

ويوضع المظلوفين داخل المظلوف المغلق بطريقة محكمة ويوضح عليه اسم وعنوان الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة ومداخله من المظلوفين المالي والفني^(١)، ويحتوي العرض الفني على كافة الوثائق التي تعكس جميع البيانات الفنية عن العرض المقدم وطريقة التنفيذ والبرنامج الزمني للتنفيذ والكتالوجات والبيانات الخاصة بنوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة المعروضة والمستندات الدالة على سابقة الخبرة والقيود في المكاتب والسجلات والنقابات لجميع الوثائق التي تبين الوضع الضريبي والفني والقانوني للجهة العارضة^(٢) وذلك فضلاً عن التأمينات المؤقتة، في حين يحتوي المظلوف الذي يتضمن العرض المالي على قوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وغيرها من العناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض وفقاً لما تقتضي شروط الطرح.

أ- الشروط التي يجب توافرها في العرض:

كما أوجب المشرع المصري تقديم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برقم وقيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له^(٣)، وعندما يتم كتابة بيانات

١- المادة ٥٤/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

٢- المادة ٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

٣- المادة ٥٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

العطاء، فإنه لايجوز لمقدمه أن يشطب أي بند من بنوده، سواء لجهة الشق المالي، أو لجهة الشق الفني منه، كما لايجوز إجراء أي كشط أو محو في جدول الفئات وإذا تم أي تصحيح في الأسعار فيجب إعادة الجزء المصحح كتابة، رقماً وحرفاً، مع التوقيع على ذلك.

وإذا كان العطاء مقدماً من فرد أو شركة في الخارج فيمكن عندئذ أن تدون الأسعار بالعملة الأجنبية وتتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن في تاريخ فتح المظاريف^(١).

وفي حال تضمن العطاء تحفظات من قبل صاحب العطاء فإن القانون ٨٩/ لعام ١٩٩٨ في مادته ١٥/ ينص على أنه يجوز للإدارة أن تلغي المناقصة قبل البت فيها إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات) وفي الوقت نفسه أباحت المادتين ٥٥ و ٥٧ من اللائحة التنفيذية للقانون نفسه للعارض إبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية شريطة أن يثبتها في كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفني.

والمقصود بالملاحظات تلك الشروط التي يضعها مقدم العطاء في عطائه والتي تختلف عن الشروط التي تضعها الإدارة وتكون تعديلاً من المناقص لشروط العطاء أو بعبارة أدق تحفظاً منه مقترناً بعطائه .

وإن إعطاء العارض أحقية بإدراج ملاحظات ولكن ضمن النواحي الفنية فقط من شأنه أن يبطل جميع التحفظات المتعلقة بالأمور المالية ويؤدي

١- الفقرة الأولى من المادة ٥٦/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

إلى استبعاد العطاء، لأن الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها، أما فيما يتعلق بتحفظات على النواحي الفنية والتي أجازتها اللائحة التنفيذية فإنه يجب أن نميز في خصوصها بين التحفظات التي ترد على الشروط الجوهرية وهذه تعد باطلة، ويجب أن يترتب عليها استبعاد العطاء لمساسها بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين، وبين التحفظات التي ترد على الشروط الثانوية فهذه جائزة ولاغبار عليها، إذ تعد بمثابة اقتراحات قد يستفيد منها كافة العارضين وجهة الإدارة أيضاً ومثالها نظام المتغيرات الفنية Les Variants TECHNIQUES التي نصت عليها المادتان ٤ و ٣٤ من القرار التنفيذي لقانون ١٩٦٣/٣/٤ في بلجيكا حيث ترك المشرع البلجيكي للعارضين إمكانية اقتراح وسائل فنية لتنفيذ الأداء محل المناقصة غير تلك المنصوص عليها في دفاتر الشروط ، ولكن شريطة أن يسمح دفتر الشروط الفنية الخاصة بذلك وأن يحدد في هذا الدفتر ذاته محل هذه التغييرات وطبيعتها ونطاقها وقد يكون هذا الاقتراح مفروضاً في دفتر الشروط الفنية الخاصة على كل العارضين وقد يكون اختيارياً.

وبرأينا فإن أمر إلغاء المناقصة إذا اقترنت بتحفظات يبقى أمراً تقديرياً بيد الإدارة إن أرادت ألغت المناقصة، أو أبقت عليها مع دخولها في مفاوضات مع صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظات، باعتبار أنه سيتم إرساء المناقصة عليه لولا التحفظات التي اقترنت بعطائه، وذلك بهدف التنازل عن تحفظاته

وجعل العطاء متفقاً مع شروط المناقصة، وتقوم الإدارة عندئذٍ بإضافة قيمة التحفظات التي يمكن تقديرها مالياً إلى القيمة الرقمية للعطاء تحقيقاً للمساواة بين المتنافسين.

وقد ورد في رأي للجمعية العمومية لقسم الفتاوى والتشريع في مصر أنه يجوز التفاوض مع صاحب العطاء المقترن بتحفظات فإذا رفض يتم التفاوض مع من يليه وهكذا حتى الوصول إلى صاحب أقل العطاء لأنه يملك الأحقية في إرساء المناقصة عليه، وفي حال تمسك المتفاوض ببعض التحفظات ولم يتنازل عنها وقبلتها جهة الإدارة أصبحت هذه التحفظات جزءاً من العقد^(١).

وتجدر الإشارة إلى عدم اعتبار لائحة المناقصات والمزايدات جزءاً من العقد إلا إذا أحال عليها باعتبارها جزءاً مكماً له، أما إذا تضمن العقد أحكاماً مخالفة للائحة فالعبرة بأحكام العقد^(٢).

وجاء في رأي الجمعية العمومية لقسم الفتاوى والتشريع المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٢ أن هدف الحفاظ على سرية العروض باشتراط التقدم للمناقصات بملفات مختومة هو من أجل ضمان حرية المنافسة بين العارضين حتى يتقدم كل واحد منهم بشروطه وأسعاره تبعاً لقدراته المالية وإمكانياته الفنية الخاصة بالعمل دون أي تواطؤ بين المتنافسين لإبعاد آخرين منهم أو اشتراكهم جميعاً بالغنم على حساب مصلحة الدولة دون اعتداد بالإمكانيات والمؤهلات

١- المستشار عليوة فتح الباب، الموسوعة العملية للمناقصات والمزايدات، مكتبة

كومييت، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٢٦.

٢- د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٧٦.

الفنية للتنفيذ، ومما لا شك فيه بأن هذا الهدف لا يتحقق فيما لو تمت المناقصة بموجب أوراق مكشوفة أو بموجب مزاحمة علنية، هذا وأن ارتباط العقود الإدارية باحتياجات المرفق العام هو الذي جعل المشرع لا يتوقف في تنظيم إجراءات المناقصة عند هدف الحصول على أرخص الأسعار فحسب، وإنما يهدف كذلك إلى اختيار العرض الذي يكفل حسن سير المرفق وانتظامه .

آلية تقديم العرض:

ويجوز تقديم العطاء من قبل وكيل العارض وذلك بموجب صك توكيل مصدق عليه من السلطات المختصة، والذي يخول الوكيل الصلاحيات كافة لإجراء التعاقد، إذا كان العارض شخصاً طبيعياً، أما إذا العارض شخصاً معنوياً فيجب أن يقدم موقع العروض ما يثبت صفته كممثل عنها، وأنه مفوضاً من قبلها وحائزاً على جميع الصلاحيات القانونية لإجراء التعاقد وقصد بذلك التثبت على وجه اليقين من توافر صفة الوكالة في من يتقدم بعطاء نيابة عن الغير، وإذا كان العطاء مقدم من شركة فيجب أن ترافقه صورة رسمية عن عقد تأسيسها ومن نظامها الأساسي وعند تقديم العطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة^(١).

١- المادة ٥٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري ٨٩ لعام ١٩٩٨.

ثالثاً - في سوريا:

أ- الإطار الشكلي لتقديم العرض:

وقد أخذ المشرع السوري نهج المشرع في كل من فرنسا ومصر في إطار الشكلية المطلوبة لتقديم العرض، ويتجسد ذلك من خلال نص المادة ١٤ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ التي أوجبت تقديم العروض ضمن مغلفين مختومين وعلى ضرورة أن يوضع هذان المغلفان في مغلف ثالث معنون باسم الجهة المحددة في الإعلان ومكتوب عليه موضوع المناقصة، والتاريخ المحدد لإجرائها.

وقد حددت المادة ١٤ ذاتها محتوى المغلف الأول بحيث يضم جميع الوثائق التي تعكس الوضع المهني والكفاية الفنية والشرف المدني والأهلية القانونية والضمان المالي، وكذلك أشارت إلى محتويات المغلف الثاني الذي يضم الشق المالي للعرض مع جداول الأسعار الإفرادية والإجمالية .

ب- الشروط التي يجب توافرها في العرض:

إلى جانب الشكلية التي يجب أن يقدم فيها العرض، هناك شروط أخرى تتصل بمضمون العرض، والتي يتوجب على العارض مراعاتها عند تقديم عرضه، حيث أوجب المشرع السوري أن يكون العرض موقعاً من قبل العارض سواءً أكان شخص طبيعي أم اعتباري^(١)، ويتوجب على العارض أن ينظم

١- المادة ١٧ من المرسوم التشريعي ١٩٦٩/٢٢٨.

العرض بصورة واضحة وجلية ودون شطب أو حك أو حشو، ووفقاً للطريقة التي تشترطها دفاتر الشروط الخاصة .

وإضافةً لذلك فقد اتجه المشرع إلى عدم قبول العرض الذي يحتوي على تحفظات أو استثناءات أو نصوص تجيز فسخ العقد أو تخالف القانون أو نظام دفاتر الشروط، وفي ذلك حكم مجلس الدولة السوري بعدم جواز قبول التحفظات الواردة في عرض المتعهد المخالفة لنظام عقود الهيئات القطاع الإداري ولو تراءى لها أن تحفظه قد جاء لمصلحتها^(١).

وقد حكم بقبول الشروط التي جاء بها المتعهد في عرضه وإن كانت مختلفة عن الشروط الواردة في دفتر الشروط الخاصة مادام قبلت بها الإدارة^(٢) ذلك من شأنه أن يفقد أي مسوغ لتعديل دفتر الشروط الخاصة والمواصفات الفنية الخاصة في العقد المبرم بين الإدارة والمتعهد مادام التعديل المراد إجراؤه مذكور في العرض الذي تم التعاقد على أساسه^(٣).

وبرأينا فإن منع الإدارة من قبول العرض المقترن بالتحفظات وإن كان تحفظه جاء لمصلحتها، وإعطائها الحق في قبول العرض المتضمن شروط مخالفة لدفاتر الشروط الخاصة، يوحي لنا بأن التحفظات تقتصر على الشق

١- رأي مجلس الدولة السوري رقم ٣٧٨ لعام ١٩٧٠، مذكور في موسوعة العقود، لدكتور صبحي سلوم، ج ١، ص ١٥٩.

٢- رأي مجلس الدولة السوري رقم ٣١٥ لعام ١٩٦٦، مذكور في موسوعة العقود، لدكتور صبحي سلوم، ج ١، ص ١٥٩.

٣- رأي مجلس الدولة السوري رقم ٤٩٢ لعام ١٩٦٧، مذكور في موسوعة العقود، لدكتور صبحي سلوم، ج ١، ص ١٥٩.

المالي للعرض والذي يعتمد عليه مبدأ الإرساء التلقائي للمناقصة، أما الشروط الفنية فإنها ترد على المواصفات الفنية للعرض وقد هدف مجلس الدولة السوري من ذلك هو مساهمة المتعهد في وضع الشروط الخاصة للعقد المبرم بينه وبين الإدارة المتعاقدة.

وتأييداً لموقف مجلس الدولة في ذلك، فقد أعطى المشرع السوري الحق للإدارة في قبول العرض المتضمن تحفظات شريطة أن يلغي العارض تحفظاته في بداية جلسة المناقصة وقبل الإعلان عن الأسعار ويثبت ذلك خطياً وذلك لكي لا يعود المتعهد فيحتج بهذه التحفظات في حال رسو المناقصة عليه وهذا ما نصت عليه الفقرة د من المادة /١٨/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

وقد يحدث وأن يرفق العارض عرضه تعهد يتضمن استعداده لتخفيض نسبة مئوية معينة عن أقل سعر مقدم، وهذا ما يطلق عليه كسر الأسعار وهو من أخطر المخالفات التي قد تحدث عند تقديم العروض، وإن هذا التصرف دون شك يشوه المبادئ والمفاهيم التي تقوم عليها المناقصة لأن مثل هذا التصرف يمكن أن يؤدي إلى حسم نتيجة المنافسة مبكراً حتى قبل تقديم العروض إذ انفرد أحد العارضين دون غيره بهذا التصرف.

أما إذا قام بها أغلب العارضون أو كلهم، فإن المناقصات العامة سوف تتحول إلى ساحة من الفوضى والمساومات والتواطؤات.

ولدى الرجوع إلى القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ نجده خالياً من أي نص يتعلق بمصير العرض المتضمن كسر الأسعار، إلا أن المرسوم التشريعي

١٩٦٩/٢٢٨ في مادته ٢٦ نص على (أنه لا يقبل أي كسر في الأسعار، في جميع مراحل المناقصة)، وحذا لو تم تقاضي النقص في القانون الجديد. وعموماً ، فإن العرض يعتبر من قبيل المحررات العرفية ولكنه لا يخضع إلى قاعدة حرية المتعاقد ينفي كتابة المحررات العرفية التي تعتبر الأصل في المعاملات المدنية^(١)، وذلك لأن القانون كما رأينا يفرض الكتابة بصيغة محددة غالباً، مما يعني أن العارضين لا يتمتعون بحرية واسعة في تنظيم العرض وإنما فعاليتهم في ذلك تكون مقيدة بما يفرضه المشرع، وبما تنص عليه دفاتر الشروط^(٢)

ج- آلية تقديم العرض:

يتم تقديم العرض من قبل العارض أو من وكيله القانوني إن كان العارض شخصاً طبيعياً، وقد أباح المشرع السوري العرض الذي يقدمه الوكيل بالعمولة شريطة أن يبين في العرض نسبة عمولته الصافية^(٣)، أما إذا كان شخصاً اعتبارياً كشركة مثلاً فإنه يوقع من قبل من يمثله قانوناً، شريطة إثبات صحة تمثيله وعقد تأسيس الشركة، وإذا تم تقديم العرض من قبل عدة أشخاص طبيعيين أو اعتباريين (اتحاد شراكة أو ما يسمى الكونسورتيوم)^(٤) فإنه يلزم كل

١- د. محمد حاج طالب ، دور المحررات العرفية المقدمة في الإثبات المدني ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٧١ .

٢- د. مهدي نوح ، الإيجاب والقبول ، المرجع السابق ، ص ٤٦٤ .

٣- المادة ١٦/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

٤- الكونسورتيوم: عبارة عن اتفاق يبرم بين أشخاص طبيعية أو معنوية محلية أو أجنبية، يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين، لمدة محدودة و من أجل تحقيق الربح، دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان ذاتي أو شخصية قانونية مستقلة. راجع د. محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٤٧ .

واحد من هؤلاء بالتضامن والتكافل تجاه الإدارة، وبالتالي فمن حق الإدارة أن تتعامل قانوناً مع أي من المتعهدين باعتباره ممثلاً لبقية الشركاء، ولها أن تقوم بتسديد الاستحقاقات المتعلقة بالتعهد إلى الشريك المفوض بالقبض والصرف^(١).

الفرع الثاني: وسائل تقديم العروض

تعددت وسائل تقديم العروض في تشريعات المقارنة، وسنقوم بدراسة تلك الوسائل من خلال عرض النصوص القانونية التي تنظم وسائل تقديم العروض في كل من فرنسا ومصر وسوريا.

ففي فرنسا نصت المادة /٨٧/ من تقنين عقود الشراء الفرنسي على طريقتين لتقديم العروض إما عن طريق البريد برسالة موصى عليها مع إشعار باستلام بريدي أو عن طريق تقديمها إلى الإدارة المعنية مباشرة قبل انعقاد المجلس العام للمناقصة .

وقد ثار النقاش في فرنسا حول إمكانية تحديد طرق أخرى لم ينص عليها القانون لإيداع العروض، الأمر الذي أيده جانب من الفقه الفرنسي شريطة أن تذكر طرق الإيداع في دفتر الشروط الإدارية الخاصة .

ويرأي الأستاذ لوبادير بأن الإدارة تملك الحق في أن تجيز للعارض استعمال وسيلة أخرى لإيداع عرضه غير تلك المنصوص عليها في دفتر

١- رأي مجلس الدولة السوري رقم ١١٧ تاريخ ١٩٧٨/٤/٢٦، مذكور عند صبحي سلوم في موسوعة العقود، ج١، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٩١، ص ٣١٤.

الشروط الإدارية الخاصة وقد كان مجلس الدولة الفرنسي متساهلاً في هذا المجال حيث حكم في ١٩٧٩/٦/١ بما يلي : (إذا لم يكن إرسال العرض عن طريق رسالة موصى عليها مفروضاً من قبل الإدارة ، فإنه يحق للعارض أن يرسله تحت صيغة خطاب عادي غير موصى عليه ولكن يقع عليه في هذه الحالة عبء إثبات وصول عرضه إلى الإدارة^(١)).

وتسجل العروض عند إيداعها في سجل خاص ويشمل هذا التسجيل كل أجزاء العرض فيدخل ضمن ذلك كل الوثائق الملحقة به ويقوم الموظف المختص المكلف بتسجيل العروض وبياناتها وتواريخ ورودها ويتم كل ذلك على مسؤوليته .

وبعد أن تم تعديل تقنين عقود الشراء الفرنسي عام ٢٠٠٨ فقد حسم الجدل حول إمكانية تقديم العرض بغير الطرق المحددة قانوناً، وإتاحة المجال أمام العارض لتقديم عرضه إلكترونياً في المادة ١١ و ٥٦ منه حيث نص صراحةً على جواز تقديم العطاءات إلكترونياً، إضافةً إلى أنه أجاز الاستعاضة عن الوثائق المكتوبة والمستخدمة في عمليات الشراء العام بوسائل التبادل الإلكتروني .

ويتم أيضاً إرسال إشعار الدعوة العامة للمنافسة إلكترونياً بموجب المادة ٥٧ من التقنين نفسه.

وهكذا فإن المشرع الفرنسي قد اعتمد الوسائل الالكترونية كوسيلة لتقديم العطاءات بصورة صريحة في تقنين عقود الشراء الفرنسي الجديد، أما المشرع المصري قد حدد كيفية تقديم العطاءات عبر الطرق التالية:

- ١- إرسالها بالبريد الموصى عليه خالص الأجر .
- ٢- وضعها داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات بالجهة الإدارية المعنية بالمناقصة.
- ٣- تسليمها لقلم المحفوظات لهذه الجهة بموجب إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .
- ٤- إذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة في الخارج فإنه يجوز أن يقدم على "النموذج الخاص بمقدم العطاء" بشرط قيامه بسداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات .

وهكذا فإن المشرع المصري قد غفل عن تضمين نصوص تجيز إرسال العرض عن طريق الفاكس أو التلكس، وخاصة عندما أكد في المادة /٥٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على ضرورة تقديم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برسم وسمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له وكما نصت المادة /٥٥/ من ذات اللائحة على أنه يجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .

فهاتان المادتان وكما هو واضح جعلتا حجية العطاء مستمدة فقط من التوقيع الذي يكون بالإمضاء أو الختم أو البصمة وكذلك تنص المادة ١٤ من

قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية رقم ٢٥ لعام ١٩٦٨ على أن يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقع مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة).

ولما كان هذا النص قد وضع في وقت لم تكن فيه ثورة الاتصالات خاصة المتعلقة بالتجارة الالكترونية ومن ثم بالتوقيع الالكتروني ، قد وصلت إلى الدرجة التي كانت عليها الآن، فإن القول بضرورة التقيد بحرفية النصوص السابقة قد يصطدم مع معطيات أو التقنيات تلك الثورة، وبمعنى آخر وكما ذهب البعض بحق أن التوقيع بمفهوم قانون الإثبات لا يستطيع مسايرة السرعة الناتجة عن إدخال الوسائل الحديثة لنقل المعلومات الالكترونية مثل الفاكس حيث تصل الرسالة على هذا الجهاز إلى الجهة المعنية وعليها توقيع من أرسلها، وهذا التوقيع الالكتروني الوارد من خلال الفاكس يعتبر كالتوقيع الكتابي تماماً من حيث كونه وسيلة أكيدة لإقرار المعلومات التي يتضمنها السند ويغني عن وجود الموقع نفسه أو من ينوب عنه قانوناً فهو امتداد لشخصية الموقع نفسه ويحتج به في مواجهته .

لذلك ولمحاولة التوفيق بين ثبات النصوص القانونية من ناحية والمتغيرات العملية من ناحية أخرى فقد قام القضاء في مصر باعتماد الصورة الفوتوغرافية العرفية من المستند أو المحرر الموقع عليه بإمضاء الكربون كوسيلة

يمكن الاعتماد عليها في الإثبات توقيع المدين أو إمضائه عليها كغيرها من وسائل الإثبات الأخرى^(١).

ولذا قيل أنه إذا كان الأمر كذلك فلا أقل من الاعتداد بالعطاء المرسل بالفاكس أو التلكس أو تعديله واعتباره كما هو الحال بالنسبة للصورة الكريونية أو الصورة الفوتوغرافية مجرد قرينة بسيطة في الإثبات بحيث ينعقد بها العقد إذا لاقت قبولا مالم ينكرها مقدم العطاء كتابة.

ولذا يجب على لجنة البت الاعتداد بالعطاء أو تعديله المرسل بالفاكس إذا لم ينكره مقدم العطاء كتابة بحيث لا تستبعد العطاء أو تعديله إلا بعد مخاطبة مقدمه للتأكد من صدوره عنه أو لا بعد أن يعيد هذا الأخير التأكيد على عطائه.

وقد صدر القانون رقم ١٥ بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢١ الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وقد نص على مايلي :

١- أن التوقيع الالكتروني هو مايوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره
(م ١فقرة ج).

١- محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص. ١٠٩

٢- أن للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات **الحجية** المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات

في المواد المدنية والتجارية إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي

تحددها اللائحة لهذا القانون. (م ١٤)

٣- أن للكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات

المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية

والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا

القانون (م ١٥).

٤- أن الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي

حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة للأصل هذا المحرر وذلك مادام المحرر الالكتروني الرسمي والتوقيع

الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية (م ١٦).

٥- أن تسري في شأن إثبات صحة المحركات الالكترونية الرسمية

والعرفية والتوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص

عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

٦- أن يتمتع التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية بالحجية في الإثبات إذا توافرت فيها الشروط الآتية (م١٨):

- ١- إرتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره .
- ٢- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني.
- ٣- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني أو التوقيع الالكتروني وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك.

ومما سبق فإنه أصبح يعتد طبقاً للقانون سالف الذكر بوسائل الإثبات الحديثة في مجال العقود بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة والتي من بينها التوقيع الالكتروني، الأمر الذي يعني أن العطاء المرسل بالفاكس أو التلكس أو بأية وسيلة فنية أخرى يعتبر عطاءً صحيحاً ويجسد من ثم إيجاباً ينعقد به العقد وذلك إذا صادف قبولاً طالما توافرت في هذا التوقيع الشروط التي نصت عليها المادة /١٨/ المشار إليها آنفاً وروعت في إنشاء هذا التوقيع وإتمامه كذلك الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .(م١٤)

وهكذا فإنه يمكن القول بأن المشرّع في مصر وفرنسا قد أجاز للعارضين إرسال عروضهم بواسطة الفاكس أو التلكس واعتبره إيجاباً ينعقد به العقد في حال صدور القبول من قبل الإدارة ، طالما توافرت في هذا التوقيع الشروط المنصوص عليها في القوانين المذكورة .

أما في سوريا فقد نصت الفقرة أ من المادة /١٩/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ عن وسيلتين لتقديم العروض : إما بالإيداع المباشر لدى الجهة المعنية بالمناقصة أو إرسالها بالبريد المضمون.

على أن تصل وتسجل في ديوانها قبل نهاية الدوام الرسمي من اليوم المحدد لانتهاء موعد تقديم العروض.

ولم يتضمن القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ عن وسيلة أخرى لتقديم العروض سواء عن طريق الفاكس أم عن طريق التلكس وإنما بقي الأمر مجهول في نصوص القانون المذكور حتى صدور القانون رقم ٣ لعام ٢٠١٤ والناظم لمعاملات الالكترونية حيث نص في مادته الرابعة على أنه "تعد الوسائل الالكترونية طريقة مقبولة قانوناً للتعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه" .

وبذلك فإنه ومن خلال نص المادة فإنه يمكن استخدام الوسائل الالكترونية للتعبير عن إرادة المتعاقد بالرغبة في الاشتراك في المناقصة .

إضافةً إلى أن القانون نفسه قد شمل الإجراءات التي تجري بين الطرفين ذات الطابع الإداري ضمن نطاق المعاملات التي يسري عليها القانون المذكور وذلك من خلال نص المادة الأولى منه، كما أجاز للطرفين إجراء المعاملة باستخدام الوسائل الالكترونية ولو كان التشريع الخاص بهذه المعاملة يقتضي تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها بوسائل ورقية، ويتم اعتبار إجراءاتها بالوسائل الالكترونية متفقاً مع التشريعات الخاصة بها شريطة

أن يكون الغير قادراً على استخراج تلك المعلومات أو تخزينها أو الرجوع إليها^(١).

وبنتيجة صدور قانون المعاملات الالكترونية فقد سد النقص الحاصل في القانون رقم ٢٠٠٤/٥١ والذي يعتبر في وقتنا الحاضر من أهم الوسائل النازمة لانتشار استخدام الوسائل الالكترونية، ويبقى على عاتق المسؤولين هنا هو إتاحة المجال لتطبيقه ضمن نطاق العقود الإدارية، مع ضمان سرية العروض وشفافية عملية إجراء المناقصة.

مشكلة العرض المتأخر:

إن مسألة إيداع العروض من شأنها أن تثير مشكلة هامة جداً وهي المتعلقة بالعرض الذي يجري إيداعه لدى الإدارة المعنية بشكل متأخر عن الموعد المحدد مسبقاً من قبلها، فالتاريخ المحدد لاستلام العروض يعتبر تاريخاً أساسياً حيث لا تفتح إلا العروض التي تصل إلى جهة الإدارة في الموعد المحدد لها وهذا يعني أن المرشحين لا يمكن أن يودعوا عروضهم خارج نطاق مدة استلام العروض تلك، بل إذا ورد عرض متأخر وقامت الإدارة بقبوله وفتحه، فإن ذلك من شأنه أن يلطخ الإجراء باللامشروعية^(٢)، وكذلك الأمر إذا قبلت الإدارة إجراء أي تعديل أو الرجوع عن العرض المقدم من قبل العارض بعد إيداعه لديها.

١- المادة ٣- من قانون المعاملات الالكترونية رقم ٣ العام ٢٠١٤.

2- laubade`re- Delvolve- et Moderne, Traite` des contrats, T1,op.cit,p613.

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ منذ زمن طويل فقضى بعدم مشروعية إحدى المناقصات لان الجهة الإدارية صاحبة العلاقة قد سمحت لبعض المرشحين بتقديم اقتراحات جديدة بعد انقضاء المدة المحددة لتسليم العروض، مما يعتبر ذلك خرقاً واضحاً لمبدأ المساواة وحرية المنافسة كما أن المجلس ذاته قد حكم بعدم مشروعية إجراءات التعاقد المتخذة من جانب المحافظة Drodogue بسبب قبول هذه الأخيرة لعرض متأخر عن الميعاد المحدد لاستلام العروض^(١).

ولكن على الرغم من تشدد المجلس في هذا المجال إلا أنه أجاز قبول العرض المتأخر تأخيراً طفيفاً L'eger retard وذلك شريطة أن لا يؤثر هذا النمط من التأخير على السير الطبيعي لعملية المناقصة، وأن لا يمس مبدأ المساواة بين المتنافسين وأن توجد ظروف استثنائية قد دفعت إليه^(٢).

وكذلك الأمر بالنسبة لتعديل العرض بعد تقديمه، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن مبدأ ارتباط العرض بعرضه لا يعتبر من النظام العام، بحيث يمكن أن ينص على خلافه في دفتر الشروط^(٣).

أما في مصر فقد أقر المشرع المصري ضرورة التزام العارض بموعدٍ محددٍ لتقديم العروض، حيث قضى المشرع المصري برفض العرض المقدم بعد

1-Schultz. P, Ele`ments du droit du marche` pubic.p230

2- Quancard.M,op.cit,p163.et.s

3-Camby.J-C.Droitadminstratif etdroit financier, R.D.P1998,P953.

الميعاد المحدد لفتح المظاريف^(١) كما ورد ذلك في المادة /١٣/ من اللائحة التنفيذية "ولا يعتد بأي عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور" والحكمة من ذلك هو الحفاظ على مبدأ المساواة بين المتناقصين ومبدأ تكافؤ الفرص الذي يتعارض مع قبول العطاء بعد قفل ميعاد تقديم العطاءات.

إلا أنه وبخلاف ما سبق فقد نصت المادة /١٨/ من ذات اللائحة على وجوب أن يقدم كل عطاء متأخر عن الموعد لفتح المظاريف إلى رئيس لجنة فتح المظاريف ليقوم بفتحه والتأشير عليه بساعة وروده، ثم إدراجه في كشف العطاءات المتأخرة، وذلك تطبيقاً لحكم المحكمة الإدارية العليا "بعدم جواز حجب أي عطاء يقدم في المناقصة عن لجنة فض المظاريف لأي سبب وتحت أي إدعاء، ولو كان قد ورد بعد الميعاد المعين لفتح المظاريف"^(٢).

وبرأينا فإن هذا التبرير يفتقد الأساس القانوني الصحيح ويتعارض مع المبادئ التي يجب أن تحكم المناقصات والمزايدات والتي سبق بيانها، وكما يتعارض مع ما أوجبه المشرع من عدم الاعتداد بالعطاءات التي ترد بعد قفل ميعاد تقديم تلك العطاءات.

لذا كان أجدد بالمشرع هنا إما عدم الاعتداد فعلاً بالعطاءات المتأخرة وإما بوضع ضوابط لقبولها كما كان عليه الحال في ظل القانون السابق

١- د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٣، ص ٥٢٦.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم ٣٤١٩ لسنة ٢٣ ق بتاريخ ٢٩-٤-١٩٨٩ ، المجموعة ص ٨٩٢.

الملغرقم ٩/ لسنة ١٩٨٣، حيث تضمن في المادة ٢١/ منه على إمكانية قبول العرض المتأخر في الدخول إلى المنافسة إذا توافرت فيه الشروط التالية:

١- أن يتم قبول العرض المتأخر بقرار من الوزير المختص.

٢- أن تكون العطاءات المتأخرة مرسلة بطريق البريد.

٣- أن تصل العطاءات المتأخرة قبل انتهاء لجنة البت من عملها.

٤- أن يكون التأخير راجعاً إلى أسباب خارجة عن إدارة صاحب العطاء.

٥- أن يكون العرض المتأخر في صالح الخزنة.

وبذلك فإن الحفاظ على مبدأ الشفافية في المناقصة، وإتاحة الفرصة لاستقطاب أكبر عدد من العروض يستوجب الأخذ بالشروط التي جاءت بها المادة المذكورة.

وإن أمر تعديل العرض أو الرجوع فيه بعد تقديمه يجري في حكمه مجرى العرض المتأخر، حيث نصت المادة ٥٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصرية على أنه: (يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية وحتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط)، وقد أيدت اللائحة ذاتها سحب العطاء قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف الفنية بمصادرة التأمين المؤقت من جانب الجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو إقامة الدليل على حصول الضرر^(١) وبالرغم من تشدد المشرع بالتزام الموجب بالبقاء على إيجابه، إلا أنه في الوقت

١- المادة ٦٠/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري .

نفسها وجد استثناء للقاعدة السابقة في المادة /٦٣/ من اللائحة التنفيذية والتي أباحت قبول تعديل العرض بعد الميعاد المحدد لفتح المظاريف الفنية ولكن بشرطين :

الشرط الأول: أن يقدم هذا التعديل من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما أنه لا يؤثر في أولوية العطاء .

الشرط الثاني: أن يكون التعديل لصالح الجهة الإدارية .

وبالنهاية فإن المشرع المصري قد أوجب تقيد العارض بعرضه دون طلب تعديله إلا بوجود شرطين محددين بصورة مسبقة.

ولا يقبل من العارض ادعائه بحصول خطأ في عطائه إذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية^(١)، لكي لا يكون وسيلة لاستغلال أحد المتعاقدين ما وقع به المتعاقد الآخر من خطأ عند الكتابة، وبالتالي فإن الخطأ الذي يعتد به في هذه الحالة هو ذاك الخطأ الذي مرده إلى سقطات القلم عند الكتابة فليس في نصوص القانون ما يمنع تصحيحه^(٢).

كأن يقع المتنافس في خطأ عند كتابة أحد البيانات الخاصة به في الاستمارة المحددة من قبل الإدارة .

وقد سائر المشرع السوري نظيره الفرنسي والمصري عندما رفض قبول العروض المقدمة خارج الوقت المحدد لتقديم العروض وذلك في نص الفقرة ب

١- المادة /٥٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٣٤٢ لعام ١٩٦٢/٥/٥، السنة السابعة، ص ٧٧٩.

من المادة ١٨ من القانون ٥١ / ٢٠٠٤ التي نصت : (على وجوب رفض العرض في حال تقديمه بعد الوقت المحدد لتقديم العرض).

وبعلل القضاء الإداري ذلك بهدف ضمان سرية المنافسة في الأسعار والشروط التي تقدم بها كل من العارضين، إضافة إلى أنه مع انتهاء مدة تقديم العروض يتحدد مركز كل من أصحاب العروض بالنسبة إلى الآخر، وبالنسبة للجهة الإدارية المقدم إليها العرض^(١).

وفي حال وقوع خطأ مادي عند إعداد العرض فيمكن تصحيحه، إذ لايسوغ لأحد طرفي العقد أن يستغل ماوقع في العقد من خطأ عند الكتابة ويطلب استعادة العرض، حيث حظر المشرع استعادة العروض أو إكمالها أو تعديلها بعد تسجيلها في ديوان الجهة الإدارية المعنية^(٢)، وتطبيقاً لذلك فقد أفتى مجلس الدولة السوري بعدم جواز قبول طلبات المتعهدين بشأن التخلي عن قسم من العرض الذي تقدموا به عند اشتراكهم في المناقصات، مع الإبقاء على ارتباطهم بالقسم الآخر من العرض نفسه.

١- حكم المحكمة القضاء الإداري السورية ، رقم ٣٤٦-١٥٥ لسنة ١٩٧٦، مذكور عند صبحي

سلوم في موسوعة العقود ، ج ١، المرجع السابق ، ص ١٦٢.

٢- المادة ١٩ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤

هذا وقد قيل لبيان الأساس القانوني للالتزام المتقدم بالعطاء بالبقاء على إيجابه بعدة آراء ونظريات إلا أن الرأي الراجح والمستقر في هذا الصدد أن هذا الأساس يكمن في إرادة المتعاقد المنفردة^(١).

وإن التزام العارضين بالبقاء على عروضهم المقدمة دون أي سحب أو تعديل، إنما يحدد بمدة معينة إذا انقضت تحلل العارضون من إيجاباتهم المقدمة إلى جهة الإدارة، وهذه المدة غير محددة في تقنين عقود الشراء الفرنسي بل هي متروكة لتقدير الإدارة التي تلتزم في هذه الحالة أن تضمنها إعلان المناقصة تحت طائلة بطلان الإجراء^(٢)، وقضى مجلس الدولة الفرنسي أن يجب أن تكون هذه المدة معقولة، لأن كون المدة محددة من جانب الإدارة لبقاء العارضين على عروضهم أطول من المعقول سوف يؤدي إلى تغيير في المعطيات الاقتصادية للعرض، فقد تتغير الأسعار والأجور في هذه الفترة مما يوقع العارض في غبن واضح ويؤدي إلى تعيب إرادته^(٣).

وعلى خلاف المشرع الفرنسي، فقد قنن المشرع المصري مدة سريان العطاءات بحيث أوجبت المادة /١٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على الإدارة أن تضمن شروط الطرح المدة المناسبة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد هذه المدة عن ثلاثة أشهر، ولكن يجوز زيادتها بشرط

١- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٣١.

٢- د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٠٦.

2- Bre`chon-Moule`nes, Droit des marche`s, T1, op. cit, III, 330, 2, p21.

3- Quancard.M, op.cit, p166.et.s

موافقة السلطة المختصة ووجود حالة الضرورة تحتمها طبيعة وظروف التعاقد، وبذلك فإن مدة ثلاثة أشهر تعتبر السقف الذي لايجوز للإدارة أن تتعدها من حيث المبدأ، وإن منحت الإدارة السلطة التقديرية في زيادة المدة إلا أنها اشترطت وجود حالة الضرورة وموافقة السلطة المختصة، وتبدأ مدة سريان العطاءات اعتباراً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية وذلك وفقاً للمادة /١٤/ أيضاً، على أن يتم البت في المناقصة والإخطار في حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات، وفي حال تعذر ذلك، فعلى إدارة المشتريات أن تطلب في الوقت المناسب من مقدمي العروض قبول تمديد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم إلى المدة اللازمة، وإن انقضت المدة المحددة في شروط الطرح ولم يحدث اعتماد للنتائج التي توصلت إليها لجنة البت فإن من رست المناقصة عليه يصبح في حل من التزاماته، لأن كلاً من الإرساء والاعتماد يجب أن يتم خلال المدة المحددة في المادة /١٤/ سالف الذكر.

ويؤخذ على المشرع المصري أنه أطال سقف المدة المحددة لسريان العطاءات، إضافة إلى أنه لم يأخذ في حساب المدة الجارية بين تقديم العروض وفتح المظاريف الفنية، والتي تبقى هذه الأخيرة بيد الإدارة، ودون أن تتصل بانتهاء المدة المحددة لتقديم العروض، مما قد يؤدي إلى تأثير العروض بالتقلبات الاقتصادية في السوق.

وقد كان رأي المشرع السوري منسجماً مع نظيره المصري في تحديد مدة سريان العروض، بحيث أعطى الحق للإدارة في تعيين مدة ارتباط العارض بعرضه في الإعلان على أن يتم إخطار من رست عليه المناقصة واعتماد قرار

الإرساء من قبل السلطة المختصة بالاعتماد خلال الفترة المحددة في الإعلان وإن لم يتم ذلك فإنه يحق لمن رست عليه المناقصة أن يتخلى عن عرضه بكتاب خطي مسجل في ديوان الجهة العامة التي أجرت المناقصة وذلك خلال سبعة أيام تلي المدة المحددة في الإعلان، وفي حال وجود استحالة مطلقة منعت المتعاقد المؤقت من الكتابة للإدارة ليعلمها برغبته في التخلي عن ارتباطه بعرضه، فإنه يحق له التخلي عن عرضه مع انتهاء المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة للمناقصة، مع وجوب رد التأمينات المؤقتة إليه إضافةً إلى الفائدة القانونية^(١).

والإفان ارتباط العارض بعرضه يتجدد حكماً مدة أخرى تسري بدءاً من اليوم الذي يلي تاريخ انتهاء المهلة المعطاة للمتعهد المرشح وهكذا في كل مرة على أن لا تتجاوز مدة ارتباط المتعهد المرشح بعرضه ستة أشهر^(٢).

ويلاحظ بأن المشرع السوري قد ألغى مدة ارتباط العارض بعرضه في المرسوم القديم رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩ والمحددة بخمسين يوماً تبدأ من تاريخ فض العروض، وترك أمر تحديدها للإدارة المعنية وفي كل عقد على حدة شريطة أن تكون معلومة لدى العارض سواءً عن طريق إدراجها في الإعلان عن المناقصة أو في دفاتر الشروط الخاصة.

وبرأينا إن التعديل المذكور كان متماشياً مع متطلبات العقد الإداري على اختلافه، واستمرارية المرافق العامة.

١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٢٩ في الطعن ٤٣٩ لسنة ١٩٧٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٩٧٦، ص ١٨٨.

٢- المادة ٢٥/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤

وأخيراً، لابد من الإشارة إلى أن تقديم العروض يترتب عليه نتائج بالغة الأهمية تتجلى في:

أولاً _ إن إيداع العرض من شأنه أن يحول مركز مقدمه إلى مركز المتعهد المرشح lo candidat وبالتالي عرضه سوف يخضع إلى فحص السلطة المختصة بالنهوض بعبء عمليات المناقصة، فإن رأت هذه الأخيرة بعد الإطلاع على الوثائق المطلوبة قانوناً أنه قد استنفذ الشروط المطلوبة لدخوله إلى المنافسة على العقد المراد إبرامه فإنه يصبح في مركز جديد هو مركز المتنافس وبذلك فإن مركز المتعهد يتحول وفقاً لصيرورة العرض ضمن مجمل العملية التعاقدية^(١).

ثانياً _ عدم تعويض تكاليف العرض: قد تكون تكلفة العرض مرتفعة، ولاسيما في نطاق العمليات التعاقدية ذات الطبيعة المعقدة، كما هو الحال في مجال عقود الأشغال مثلاً، حيث يحتاج العرض في بعض الاحوال إلى الاستعانة بأهل الخبرة والفن في مجالات مختلفة، لذلك طرح الفقه والقضاء في فرنسا مشكلة تعويض تكاليف إعداد العروض بالنسبة للعارضين التي لم ترس عليهم المناقصة، وقد عرضت هذه المشكلة على مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بعدم التزام الإدارة بتعويض تكاليف إعداد العروض بالنسبة لمثل هؤلاء العارضين^(٢).

١- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

٢- 2-C.E,29-4-1981, Order des architects, A.J.D.A,1981,P.429.

وقد برر الفقه الفرنسي هذا الاتجاه لمجلس الدولة بأن هذه المبالغ تعد من المخاطر العادية التي يجب أن يتحملها العارضون وهم يخوضون غمار المنافسة في سبيل تلبية طموحهم في الحصول على مركز التعاقد مع الإدارة.

وبالمقابل، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعرض الأضرار المترتبة على الاستبعاد غير المشروع لأحد العرضين ولكن لا يقتصر التعويض في هذه الحالة على مقابل دفع النفقات التي صرفها هذا العارض على إعداد عرضه فحسب، إنما يمتد ليشمل مافاته من كسب أيضاً ، ولكن يشترط المجلس للحكم بمثل هذا التعويض قيام الإدارة بارتكاب خطأ يجسد خرقاً جسيماً للمشروعية والذي لولاه ماكان ليحرم المتنافس ذو العلاقة من مزية التعاقد مع الإدارة، وإن إثبات خطأ الإدارة يعتبر أمراً بالغاً في الصعوبة، وأن المسؤولية المترتبة على عاتق الإدارة هي مسؤولية تقصيرية لاتعاقدية.

وهكذا وبعد أن يتم إعداد العروض وتقديمها من قبل العارضين وفقاً للآلية المذكورة سابقاً، عندئذ تقوم الإدارة بفحص هذه العروض عن طريق لجان تشكل لهذه الغاية وتتأكد من مدى مطابقة العروض للموجبات القانونية المطلوبة ومن ثم تفاضل بينها في سبيل الوصول إلى العرض الأفضل الذي يجب التعاقد مع صاحبه، ويطلق على هذه العملية تسمية الإرساء .

وتكون هذه الخطوة تمهيداً لصدور القرار النهائي بالتعاقد محله إبرام العقد وفقاً للمعطيات التي نتجت عن الإرساء، ويختص باتخاذ القرار النهائي بالتعاقد سواء في السلطة المركزية أو اللامركزية أشخاص يحددهم القانون،

وسنقوم في المطلب الآتي بتطرق إلى السلطة الإدارية التي تتولى عملية الإرساء وتكوينها، ومن ثم اعتماد عملية الإرساء وتوقيع العقد.

المطلب الثاني: الإرساء والتوقيع

تتهض بعملية الإرساء سلطة إدارية تختلف تسميتها بين دولة وأخرى إلا أن مهامها تتحد في إدارة إجراءات المناقصة، سواءً عن طريق قرارات إدارية تصدرها أو أعمال تقوم بها وهي بذلك تملك سلطات عامة تقتضيها هذه المهمة^(١).

وهنا سنقوم بدراسة تشكيل لجان المناقصة ومهامها في الفرع الأول، ومن ثم آلية الإرساء المناقصة وتوقيع العقد في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تشكيل اللجان المناقصة ومهامها

أولاً- في فرنسا: يختلف تكوين لجان المناقصات في فرنسا باختلاف الشخص العام المعني بالمناقصة:

أ- تكوين لجنة مناقصات عقود الدولة: ويحدد تكوين هذه اللجان وفقاً للمادة/٨٣/ من تقنين عقود الشراء العام بقرار من الوزير المختص بالنسبة للإدارة المركزية وقرار من المحافظ بالنسبة للمرافق اللامركزية التابعة للدولة، ويحدد تكوين لجنة المناقصات بالنسبة للمؤسسات

١- د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، المجلد الرابع، دمشق، ١٩٨٥،

العامة الوطنية وفقاً للقواعد القانونية الخاصة بكل مؤسسة على حدة، ولم يتم توضيح عدد الأعضاء اللجان ووظائفهم^(١).

ب- تكوين لجان مناقصات عقود الجماعات المحلية: وقد وضحت المادة/٢٧٩/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي تكوين هذه اللجان، وهي تضم عناصر تتمتع بحق التقرير، وأخرى يوجب القانون وجودها ضمن تشكيل لجان المناقصات، ولكن لا تقوم إلا بدور استشاري محض.

١- الأعضاء الذين يتمتعون بسلطة التقرير: وهؤلاء الأعضاء هم رئيس المجلس المحلي المعني (الإقليمي - المحافظي - البلدي) رئيساً ومن عضوية خمسة عناصر من بين أعضاء المجلس، وهؤلاء يجري انتخابهم من جانب كل الأعضاء بالاقتراع السري المباشر، مع استثناء البلديات التي يكون عدد سكانها أقل من ٣٥٠٠ نسمة، حيث يكون العناصر المنتخبة ثلاثة فقط، ويتم انتخاب داخل المجلس المحلي على أساس اختيار عناصر أساسية وأخرى احتياطية لعضوية لجان المناقصات، بحيث يحل الاحتياطيون محل الأساسيين إذا قام مانع منع هؤلاء الآخرين من أداء مهامهم في عضوية لجان المناقصات، ويمكن السماح للأعضاء الاحتياطيين في الحضور اجتماعات اللجنة، إلى جانب الأساسيين، دون أن يشتركوا في المداولات والتصويت.

٢- الأعضاء الذين يكون دورهم استشارياً:

١- المادة /٨٣/ من تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١

تكتسب هذه العناصر عضويتها عن طريق التعيين، ويكون لها

سلطة الرأي فقط، وهذه العناصر هي:

أ- محاسبو الأقاليم والمحافظات والبلديات

ب- ممثل عن مدير إدارة المنافسة والاستهلاك ومكافحة الغش

ت- ممثل عن المرفق التقني المختص^(١).

وقد تطلب القانون حضور هذا الممثل الأخير إذا نصت دفا تر الشروط على ذلك وبغرض تقديم المعونة الفنية للجنة، أو إذا كانت المناقصة تجري على عقد أشغال عامة تساعد الدولة في تمويلها، ويحق لرئيس اللجنة ان يدعو من يراهم من خبراء مختصين في نطاق محل العقد المنوي إبرامه سواء أكان فنياً أو محاسبياً أو قانونياً^(٢).

ج- تكوين لجان المناقصات الخاصة بالمؤسسات العامة المحلية:

هذه اللجان تتشكل من الممثل القانوني للمؤسسة أو من يمثله رئيساً، ومن عضوين من سلطة التقرير (مجلس الإدارة) في المؤسسة أعضاء، ويتم تعيينهما بقرار صادر عن الممثل القانوني للمؤسسة، وذلك بالإضافة إلى حضور ممثل إدارة الاستهلاك ومحاسب الإدارة وممثل عن المرفق التقني المختص كأعضاء استشاريين لا يتمتعون بحق التقرير.

١- يقصد بالمرفق التقني: كل مرفق لامركزي تابع للدولة، والعامل في نطاق الأقاليم أو المحافظات او البلديات في نفس الموضوع الذي يكون محلاً للمناقصة.

٢- د. مهذ نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٦٧.

-Bre`chon. Moule`nes.Droit des marche`s,P117

هذا فيما يتعلق بتشكيل اللجان، أما بالنسبة لاجتماعاتها فإنها لا تكون صحيحة ومشروعة إلا عند توجيه دعوة لجميع اعضائها^(١)، ولا يمكن تغطية العيب الناجم عن عدم التبليغ أعضاء اللجنة عن طريق إبداء هذا العضو لوجهة نظره في وقت لاحق على الاجتماع الذي لم يدع إليه.

ولكن التساؤل الذي يمكن أن يثار هنا، هل يعتبر غياب عضو اللجنة بالرغم من تبليغه أصولاً سبباً لبطلان الإجراء المتخذ من قبل اللجان في معرض إدارتها لعملية المناقصة؟ أم أنه يعتبر صحيحاً ومشروعاً.

استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن غياب عضو أو أكثر بعد إخطارهم بحضور جلسات اللجان لا يعيب القرارات المتخذة من جانب هذه اللجان في معرض إدارتها لعمليات المناقصة، وإنما تعتبر مشروعة وناذرة بحق العارضين.

وكما قرر مجلس الدولة الفرنسي أن النصاب القانوني لمشروعية جلسات اللجان يتحقق بحضور أكثر من نصف الأعضاء الذين يتمتعون بحق الاشتراك في اتخاذ القرارات، إضافةً إلى ضرورة حضور الرئيس أو من يمثله من ضمن الأعضاء الذين يملكون سلطة التقرير ليكون النصاب مشروعاً، وبالتالي فإن حضور أكثر من نصف الأعضاء الذين يتمتعون بسلطة التقرير وكان الرئيس غائباً، فإن الجلسة تكون عندئذٍ غير مشروعة^(٢).

١- المادة ٢٣ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي

2-Bre`chon-Moule`nes,Droit des marche`s,op.cit.III.400.P115.

ثانياً- في مصر: تتولى في مصر مهام الإرساء لجنتين أولهما لجنة فتح المظاريف تقوم بعملية فتح المظاريف الفنية ثم تأتي بعدها لجنة البت والتي تتولى عملية دراسة العروض وتفاضل فيما بينها ومن ثم تصدر قرار باعتماد أحد العروض.

على أنه بالنسبة للمناقصات والتي لا تتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه فتتولى عملية فتح المظاريف والبت في المناقصة لجنة واحدة^(١)، ويتم تشكيل اللجان السابقة بقرار من السلطة المختصة (الوزير، المحافظ، رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة)^(٢).

وتتضمن لجنة فتح المظاريف خمسة أعضاء أصليين إلى جانب رئيس اللجنة الذي يتم اختياره وفق طبيعة عمله والتي تتناسب مع أهمية المناقصة، أما عن الأعضاء الآخرين فهم ذات اختصاص قانوني ومالي وفني، إضافةً إلى مدير إدارة المشتريات في الجهة الإدارية المعنية، ومندوب إدارة الحسابات الذي تقتصر مهمته على تسلم التأمينات، وقد أعطى المشرع للسلطة المختصة أن تضيف عضواً أو أكثر إلى تشكيل اللجنة^(٣).

وتتولى لجنة فتح المظاريف القيام بأعمال مادية عينية مثل فض المغلفات والترقيم وقراءة العروض المقدمة بصوت مرتفع، وفرز العروض^(٤).

١- المادة ١١ من القانون ٨٩ لعام ١٩٩٨.

٣- المادة ١٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيدات المصري الجديد.

٤- المادة ١٧/ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور.

أما عن لجان البت فإنها تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد، إلى جانب رئيس اللجنة، ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتي وخمسين ألف جنيه وكذلك عضو من إدارة الفتوى بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه.

كما ويحق للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات المقدمة، ومدى تطابقها للشروط المعلنة وكذلك بالتحقق من شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة^(١).

وفي الآخر فإن اللجان الفرعية تقدم تقارير بنتائج أبحاثها وتوصياتها إلى لجنة البت.

ويحق للجنة البت أن تستوفي من مقدمي العروض ماتراه من بيانات ومستندات واستيضاح ماغض من أمور فنية بمايعينها في إجراء عملية التقييم الفني الدقيق للعروض وذلك دون إخلال بتكافؤ الفرص والمساواة بين مقدمي العروض .

ويتوجب على اللجنة أن تبين أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً.

وفي حال اختلاف أعضاء لجنة البت في الرأي حول قبول أو رفض أي من العطاءات فيتم إثبات ذلك في محضر اللجنة ويكون الفصل في ذلك للسلطة المختصة، وفي حال الاختلاف في الرأي مع العضو الفني فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب عضواً آخر للانضمام إلى العضو الأول للاسترشاد برأيه فإذا اتفق رأيهما يؤخذ به وإن اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين^(١).

وترفع لجنة البت محضراً بتوصياتها موقعاً من جميع أعضائها، ومن رئيسها للسلطة المختصة لتقرير مآثره .

وبعد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة تتولى إدارة المشتريات إخطار العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية السابق تقديمها منهم ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال اللجنة^(٢).

ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية .

١- المادة ٢٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد

٢- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب العربية، القاهرة،

٢٠٠٥، ص ١٧٤.

تجتمع لجنة فتح المظاريف بذات تشكيلها السابق في الموعد والمكان المحددين لفتح المظاريف المالية، وتتولى اللجنة مباشرة ذات الإجراءات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشأن فتح المظاريف الفنية بعد التحقق من سلامة المظاريف المالية ووجود رقم العطاء وتوقيع أعضاء اللجنة السابق إثباته على كل مظروف بجلسة فتح المظاريف الفنية.

لكن قبل تفريغ العروض المالية يكلف موظف مسؤول أو أكثر بمراجعة تلك العروض مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة وفي حال وجود اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط في حال وجود اختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام.

وتكون نتيجة هذه المراجعة هي الأساس الذي يعول عليه في تحديد سعر العطاء وتجري عملية تفريغ العروض المالية وفقاً للشروط والضوابط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة لتفريغ العروض الفنية .

كما ويتم فتح المظاريف المالية للعروض المقبولة فنياً فقط في حضور أصحابها وتقوم لجنة البت بمفاوضتهم بدءاً بأفضل العروض من الناحية الفنية ثم من يليه على الترتيب للوصول إلى أقل سعر ممكن لكل عرض^(١) .

أما عن اجتماع تلك اللجان، فإنه يجب أن توجه الدعوة لحضور اجتماعات وجلسات اللجان، وإلا فإن عدم تبليغ الأعضاء موعد الاجتماع من

١- المادة ١١ من اللائحة التنفيذية لقانون ٨٩ لعام ١٩٨٩ .

شأنه أن يرتب البطلان على جميع الإجراءات المتخذة في الجلسة، باعتبار التبليغ من قبل الشكليات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها بطلان الإجراء المتخذ استناداً لها، وهذا ما أيده مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه^(١).

هذا فيما يتعلق بتبليغ أعضاء اللجان لحضور الاجتماع، أما في حال غياب عضو من الأعضاء بالرغم من تبليغه فقد اختلف الفقهاء في مصر حول اعتبار اجتماع اللجان صحيح ويتسم بالمشروعية أم أنه باطل.

فقد اتجه جانب من الفقه في مصر إلى أن اللجان يجب أن تجتمع بالتشكيل المقرر في الأمر الصادر بتشكيلها وإلا كان اجتماعها باطلاً وقراراتها باطلة بالتبعية، لأنها بذلك تفقد الهدف من وراء تشكيل اللجان من عناصر قانونية ومالية وفنية ألا وهو تأمين الضمانات الكافية لمقدمي العطاءات في سلامة إجراءات المناقصة وعملية الإرساء^(٢).

بينما ذهب اتجاه آخر بخلاف ذلك، فاعتبر أن غياب عضو أو أكثر من أعضاء اللجنة بالرغم من توجيه الدعوة له أصولاً، لا يمكن أن يؤدي إلى بطلان ماتصدرة اللجنة من قرارات، لعدم وجود نص أو قاعدة تفرض حضور جميع الأعضاء، ولأن اشتراط مثل هذه القاعدة قد تؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة بسبب ارتباط قراراتها بحضور أحد أعضاء اللجنة^(٣).

١- أ. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية ودار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٤٢١.

٢- أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

٣- د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، المرجع السابق، ص ١٢٨.

وبرأينا إن غياب عضو أو أكثر من أعضاء اللجنة بالرغم من تبلغه أصولاً، ليس من شأنه أن ييطل أعمال الإدارة أو يعطل سير المرافق العامة مادام المشرع لم يضع نصاً قانونياً يوقف فيه أعمال اللجنة على غياب أحد أعضائها.

وهكذا ومن خلال ما سبق نجد بأن المشرع المصري قد أولى اهتماماً كبيراً للشق الفني من العرض أكثر من الشق المالي، وجعل أمر النظر في العروض المالية مرتبطاً بأفضل العروض الفنية المقدمة، ولاشك بأن ذلك يحسن من سوية أداء العقد، وخاصةً في العقود ذات الأهمية الكبيرة والتي قد تتعلق ببناء أو تسيير مرافق عامة، على أن ذلك يجب ألا يؤدي ذلك إلى حرمان أشخاص من الاشتراك في المنافسة واقتصارها على فئة محددة منهم.

وبالمقابل لم يضع معايير يعتمد عليها عند الإرساء على العرض المالي كما سنتناولها عند المشرع السوري، سواءً أكان مقارنة العرض الأفضل مع سعر السوق أو مع السعر المحدد من قبل الإدارة.

ثالثاً - في سورية: بموجب نص المادة ١٢/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ تشكل لجنة المناقصات في سورية بقرار من أمر الصرف المختص (الوزير أو المدير العام)، وذلك من ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم محاسب الجهة العامة أو المدير المالي، أو من العاملين تحت إشرافهما، ويجب أن يكون رئيس اللجنة من حملة الإجازة الجامعية على الأقل ولا يجوز أن يكون أمر الصرف رئيساً للجنة كما يمكن عند تشكيل هذه اللجنة ذاتها الاستعانة

بمندوبين عن الجهات العامة ذات الصلة لمساعدة اللجنة في النهوض بأعبائها.

ويجب أن توجه الدعوة لحضور اجتماعات هذه اللجنة إلى جميع الأعضاء تحت طائلة اعتبار الاجتماع وما يصدر عن اللجنة باطلاً.

ويجب أن يحقق النصاب القانوني للحضور في الاجتماعات اللجان حيث أنه ووفقاً للفقرة ب من المادة ٢١ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ لا تعتبر جلسة المناقشة قانونية إلا إذا حضرها ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم رئيس اللجنة.

وتتخذ قرارات لجنة المناقصة بأكثرية أصوات الأعضاء الحاضرين وفي حال تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس .

وتكون القرارات التي تصدرها اللجان تنسم بعدم المشروعية إذا وجد من بين أعضائها من له مصلحة شخصية في إرساء العقد حسب الاجتهاد المستقر لمجلس الدولة الفرنسي.

وقد أحسن صنعاُ المشرع السوري حين قنن القواعد الناظمة لحضور اجتماعات اللجنة ونصاب القانوني لقراراتها، بدل أن يترك الأمر بيد القضاء الإداري، أو جهة الإدارة المعنية كما رأيناه في ظل التشريعات المقارنة، إضافةً إلى اشتراط المشرع كفاءة معنية لدى رئيس لجنة المناقصة بأن يكون حاصلاً على إجازة جامعية، بخلاف تشريعات المقارنة والتي قضت بأن يكون رئيس

اللجنة موظف تتصل طبيعة عمله بموضوع المناقصة كما جرى عليه الحال في مصر.

وأخيراً لابد من الإشارة بأن مايقوم به أعضاء اللجان بوصفهم موظفين عموميين لدى الإدارة المتعاقدة إنما يعود لحساب هذا الشخص المعنوي نفسه، بمعنى أن الشخص المعنوي والممثل هنا بالإدارة المتعاقدة والذي يتم لحسابه هذا التصرف القانوني يبقى هو مسؤولاً اتجاه الغير^(١).

وتقوم لجنة المناقصة بالتحقق من استيفاء العارضين للشروط المقررة قانوناً للاشتراك في المناقصات عن طريق التدقيق في الوثائق التي يضمنونها في عروضهم في المغلف الأول، فإذا ثبت لها أن أحد العارضين لم يستوف شرطاً مقررًا لدخوله إلى ساحة المنافسة، وجب عليها عندئذ أن تستبعده بقرار يتضمن هذا المعنى.

وفي حال قبول العارضين تتجه اللجنة بعد ذلك إلى فتح المغلفات المحتوية على العروض المالية وفحصها، تمهيداً لإرساء المناقصة على العرض الأفضل^(٢).

وبعد فتح المغلفات التي تحتوي على الشق المالي للعرض، فإن اللجنة تقوم بفحص العروض المالية المقدمة من العارضين المقبولين في المنافسة وإن

١- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٧٣.

-عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٩٤.

٢- مهند نوح، الإيجاب والقبول، المرجع السابق، ص ٤٩٠.

سلطتها في تفحص العروض ومعرفة مدى تطابقها للقانون ودفاتر الشروط إنما هي سلطة مقيدة.

حيث يحظر على اللجنة استبعاد أي عرض طالما كان موافقاً للأوضاع القانونية، ومطابقاً لدفاتر الشروط وهي ملتزمة بنفس الوقت برفض أي عرض مقدم على خلاف ما ينص عليه القانون، أو خلاف ما تتضمن دفاتر الشروط وغير متطابقة مع محل العقد المراد إبرامه.

وقد سبق وتحدثنا عن الشروط التي يجب توافرها في العروض ومصير العروض المتضمنة تحفظات معينة.

وبعد عملية فحص العروض المالية من قبل لجنة المناقصة تمهيداً لاختيار العرض الأفضل وإرساء المناقصة، ومن المعروف لدينا بأن المناقصة تعتمد على مبدأ الإرساء التلقائي على السعر الأقل، دون النظر إلى معايير أخرى وهذا ما هو متبع لدى المشرع الفرنسي والسوري، على خلاف المشرع المصري والذي حاول التخفيف من جمود هذا المعيار عن طريق ادخال معايير أخرى ذات طابع فني تأخذ بعين الاعتبار عند عملية الإرساء.

وإن إرساء المناقصة يقوم على مبدئين: أولهما الإرساء التلقائي على السعر المقترح من جانب العارضويعتبر إرساء التلقائي المبدأ الأساسي التي تقوم عليه المناقصة، وثانياً مبدأ الإرساء الإجباري والذي يعتبر حالة استثنائية من حالات إرساء المناقصة، وسنقوم بدراسة حالات الإرساء بالتفصيل وفق الآتي:

أولاً- الإرساء التلقائي على السعر المقترح من جانب الإدارة:

إن الإرساء التلقائي في المناقصة يلزم الإدارة بإرساء المناقصة على ذلك المتنافس الذي تضمن عرضه السعر الأقل، وبذلك فإن الإدارة لاتمتلك أي سلطة تقديرية في عملية الإرساء، ويمتنع عليها إدراج أي شرط يمكنها من اختيار المتنافس دون الارتكان إلى عامل السعر.

وإن مبدأ الإرساء التلقائي على السعر الأقل يتجسد من خلال عدة تقنيات سنوردها في الآتي:

- ١- إرساء المناقصة على أساس التخفيض الأعلى: فقد يتم إرساء المناقصة على أساس نسبة من التخفيض واقعة على السعر المقدم من جانب الإدارة، وذلك بناءً على أسعار الكشف والسعر الإجمالي المقدرين من جانب الإدارة، ويكون المتنافس الذي يجب الإرساء عليه في هذه الحالة هو المتنافس الذي قدم أعلى نسبة مئوية من التخفيض.
- ٢- أن يتم إرساء المناقصة على أساس الزيادة الأدنى: حيث تعد الإدارة في هذه الحالة أسعاراً مقترحة من قبلها على غرار الحالة السابقة وتكون الأسعار المقترحة من قبلها أدنى مما هو موجود في السوق والمرشح الذي يقدم الزيادة الأقل على هذا السعر هو الذي يجب الإرساء على عرضه، باعتبار السعر الذي يجب الإرساء عليه يكون بين السعر المقترح من قبل الإدارة وسعر السوق والذي يفترض أن يكون أعلى من سعر الإدارة، وبالتالي فإن الإدارة تقوم بالإرساء على

العارض الذي يتقدم بسعر يزيد عن السعر المقترح من قبل الإدارة ويأدنى زيادة عن بقية العروض.

٣- أو قد يتم الإرساء على أساس عرض السعر: وهنا تترك الإدارة للمتنافس حرية تقدير الأسعار التي يمكن أن يتقدموا بها على المناقصة، وعندئذ يتم الإرساء على العرض الذي يحتوي على السعر الأقل من بين هذه العروض.

وعموماً فإن العروض المقبولة تصنف بترتيب أسعارها اعتباراً من الأدنى ثم يعلن رئيس اللجنة اسم المتعهد المرشح الذي تقدم بالسعر الأدنى^(١).

وهذا ما يؤكد بأن الإرساء واجب في هذه الحالة على السعر الأقل سواء أكان هذا السعر مساوياً أو أعلى أو أقل من السعر التقديري المقدم من قبل الإدارة بالاستناد إلى الاعتمادات المرصودة للعقد وبأي نسبة كانت.

وتبقى الإدارة تملك الحرية المطلقة في اختيار طريقة معينة للإرساء وذلك استناداً إلى النص السابق.

والعرف الإداري في سوريا يكشف عن التطبيق الفعلي لمبدأ الإرساء على أساس الضم والتنزيل، فيتم الإرساء على العرض الذي يقدم أعلى تنزيل على السعر التقديري المعلن من قبل الإدارة، وإن لم يقدم أي تنزيل على السعر المذكور، فيتم الإرساء على العرض الذي يضم أدنى نسبة من الضم شريطة أن لا تتجاوز ٥% من السعر التقديري المقدم من قبل الإدارة.

١- الفقرة ٢٠ من المادة ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

وكمثال عن الحالة السابقة، تقدم عارض (أ) بعرض يقل عن السعر التقديري المحدد من قبل الإدارة بمبلغ /٣٠٠٠/ ل.س ، وكان السعر التقديري المحدد من قبل الإدارة /٧٥٠٠٠/ ل.س، وهناك عارض (ب) تقدم بعرض يقل عن السعر التقديري ب /٥٠٠٠/ ، وعارض (ج) تقدم بعرض يقل عن السعر التقديري ب /٧٠٠٠/ وهكذا فإن الإدارة تقوم بالإرساء على العارض (ج) لأن عرضه يتضمن أعلى تنزيل عن السعر المحدد من قبل الإدارة، هذا في حال التنزيل، وبخلاف الضم الذي تقوم الإدارة فيه بالإرساء على العارض الذي يتقدم بأدنى زيادة عن سعر الإدارة وذلك شريطة ألا تتجاوز تلك الزيادة عن سعر المقترح من قبل الإدارة بنسبة ٥%، وفي حال تساوي أكثر من عرض في السعر الأدنى المقبول، في هذه الحالة تقدم عروض جديدة بين من تعادلت أسعارهم في الجلسة نفسها، وبطريق الظرف المختوم وتتم مراعاة هذا الإجراء حتى يتم الإرساء، تحت طائلة اعتبار المناقصة باطلة^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري في القانون الجديد ألغى حالة اللجوء للقرعة في حال تساوي العروض للمرة الثانية الذي كان متبعاً في ظل المرسوم القديم الملغى، وهذا يدل على استبعاد المشرع حدوث التساوي بين الأسعار للمرة الثانية وخاصةً بعد اتباع تقنيات معينة لإرساء العرض.

وكما يحق للإدارة تجزئة الأداءات التي تحتاجها إلى أجزاء مختلفة وطرحها ضمن مناقصة واحدة لتجري المنافسة على كل جزء على حدة، مما

١- الفقرة ح من المادة /٢٠/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤

يفترض الإرساء على أكثر من عرض، وهذا يعني بدوره إمكانية إبرام عدة عقود عن طريق مناقصة واحدة لعدة مناقصات^(١).

أما في فرنسا قضت المادة /٨٩/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي على إعطاء الأفضلية للعروض المقدمة من الجمعيات التعاونية أو العمالية أو الزراعية، أما إذا لم يوجد من بين العارضين من له هذه الصفة، فإن القانون يفرض إجراء المناقصة جديدة بين العارضين المتساويين في السعر الأفضل ويحق للعارضين أن يرفضوا إجراء مثل هذه المناقصة عندها تلجأ الإدارة إلى سحب القرعة مابين هؤلاء العارضين، وكذلك يتم اللجوء إلى سحب القرعة في حال جرت مناقصة جديدة بين من تساوت عروضهم ونتجت عنها تساوي العروض للمرة الثانية.

وكذلك كما في القانون اللبناني فإن المناقصة تعاد بين العروض المتساوية دون غيرهم في نفس الجلسة عن طريق تقديم مظاريف مغلقة بعروض جديدة، فإذا رفضوا ذلك أو ظلت عروضهم متساوية أجريت القرعة بينهم لتحديد من ترسو عليه المناقصة.

ولم يكن موقف المشرع المصري متفقاً مع ما جاء المشرع في كل من فرنسا وسوريا، وإنما أوجد ثلاثة حلول في حال تساوي الأثمان بين العطاءين أو أكثر:

١-المادة ٢٣ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤

- أجاز المشرع تجزئة العروض المعلن عنها بين مقدميها إذا كان ذلك في صالح العمل وكان موضوع المناقصة قابلاً للتجزئة^(١).

وكمثال على ذلك اشتراط مقدم العطاء الأقل سعراً مدداً بعيدة للتوريد لانتاسب وحالة العمل بالجهة الإدارية وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب 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.

- إما إذا كان غير قابل للتجزئة فإنه يتم اختيار المناقص الأفضل فنياً من بين المناقصين الذين يتساوون في أقل عطاء، ويأخذ في عين اعتبار القواعد التي يضعها المشرع للتمييز بين المناقصين، مثل تفضيل المصنوعات المحلية أو رعاية المصريين أو الكفاءة الشخصية للمتقدمين، أو تقديم أحدهم تسهيلات ائتمانية مرفقة بعرضه^(٢).

- وفي حال عجز اللجنة عن اختيار العرض الأفضل استناداً لمعايير ذات طابع فني أو لعدم تقديم أحدهم تسهيلات ائتمانية فإنه يتم الالتجاء إلى القرعة إعمالاً للمساواة التامة.

١- المادة ٦٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

٢- د. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٦٠.

ثانياً- الإرساء الإجباري:

إن لجنة البت لا تملك العدول عن إرساء المناقصة حتى وإن كان لديها مشروع مبرر لذلك لأن إرساء المناقصة ذات طابع إلزامي.

وقد أكد على ذلك مجلس الدولة الفرنسي عندما نص على واجب اللجنة أن تعلن الإرساء على العرض الأفضل، ولو كان هذا العرض محتوياً على خطأ بين في تقدير السعر من جانب العارض، وذلك مع وجود التزام ملقى على عاتقها يتمثل في إعلام سلطة الاعتماد بعدم استحسان نتائج المناقصة في هذه الحالة^(١).

ولكن هناك بعض الحالات الواقعية التي تمنع اللجنة من الإرساء وتؤكد في الوقت ذاته مبدأ الإرساء الإلزامي ولا تشذ عنه ألا وهي:

أولاً- إذا لم يقدم للإدارة إلا عرض وحيد: هو العرض الذي بقي منفرداً في ساحة المنافسة، إما لأنه لم يقدم غيره لأجل المنافسة على العقد، وإما لأنه أصبح كذلك بعد استبعاد باقي العروض التي تقدمت للمنافسة لعدم استيفائها للشروط^(٢).

ويعتبر العرض وحيداً وفقاً للقانون السوري، إذا لم يتقدم للمنافسة إلا عارض واحد، أو إذا كان العرض المقبول عرضاً واحداً، وعندئذ يتوجب على

١-Bre`chon. Moule`nes.Droit des marche`s, p100.

٢-أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩١، ص ٣٠١.

الإدارة إعادة المناقصة، والإعلان عنها مجدداً، فإذا أعيدت المناقصة على هذا النحو ولم يتقدم في المناقصة الثانية إلا عارض وحيد، فإن الإدارة تملك السلطة التقديرية في قبول أو عدم قبول العرض الوحيد.

كذلك فإن المشرع المصري أجاز للجنة البت التوصية بإلغاء المناقصة إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد، وبالمقابل فإن استمرار المناقصة وقبول العطاء الوحيد يبقى مشروطاً ببنود المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية وهي:

١- أن تكون حاجة العمل ماسة وعاجلة ولا تسمح من ثم بإعادة

طرح المناقصة .

٢- ألا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادة طرح المناقصة كأن

يكون مقدم هذا العطاء الوحيد محتكر للأصناف التي تم

طرحها.

٣- أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث

السعر.

ويلاحظ بأن المشرع السوري اقتصر في تحديد مفهوم العرض الوحيد

عند إعادة المناقصة مرةً أخرى على حالة عدم تقدم للمناقصة سوى عارض

واحد، وبالوقت نفسه اعطى للإدارة السلطة التقديرية في قبول العرض الوحيد أو

عدم قبوله دون وجود ضوابط أو مؤيدات لذلك كما فعل المشرع المصري مما

قد يؤدي إلى تعسف الإدارة في استعمال حقها.

وفي حال لم يتقدم للمناقصة أي عارض بالرغم من الإعلان عنها مجدداً فتعلن الإدارة فشل المناقصة وهذا ماحدث في مناقصة توريد وتركيب بطاريات لوحدة عدم انقطاع التيار الكهربائي لمبنى وزارة الأشغال العامة والمعلن عنها بتاريخ ٢٠١٥/٧/٨، حيث قررت لجنة المناقصة فشل المناقصة لعدم ورود أي عرض ضمن المهلة المحددة في الإعلان للمرة الثانية.

ثانياً_ يحق للجنة المناقصة العدول عن الإرساء إذا كانت العروض المقدمة في المناقصة غير ملائمة، وتعتبر العروض كذلك إذا كانت قيمة العرض الأقل أعلى من الأسعار المقدرة من الإدارة مما لا يتوافق ذلك مع مصلحة الإدارة .

أو إذا كانت هذه العروض أدنى بكثير من الأسعار المقررة من قبل الإدارة مما يعكس عدم الجدية في العرض المقدم، ويخشى معه التوقف عن تنفيذ العقد فيما لو تم الإرساء على أحد هذه العروض المخفضة تخفيضاً مبالغ فيه^(١).

كذلك فقد أعطى المشرع الفرنسي للسلطة المتعاقدة **الأحقية** برفض العرض بقرار مسبب إذا كان العرض مخفضاً بشكل غير طبيعي، ويحق للعارضين طلب الإيضاحات عن القرار المتخذ والتحقق من سلامة الإجراء المتخذ من قبل الإدارة^(٢).

١-د. مهند نوح ، محمد الحسين ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص ١٩٥.

2- Modiflè` par De`cret n 2009 -1086 - Article 55

وقد نص تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ١٣٥٥ لعام ٢٠٠٨ على أن يتم إلغاء المناقصة إذا كانت العروض المقدمة غير نظامية أو غير مقبولة^(١)، ويتم إما إعادة الإعلان عن مناقصة جديدة أو اللجوء إلى عقد التفاوض (إذا لم تتغير الظروف الأولية في العقد إلى حد كبير).

وكذلك تعتبر المناقصة غير ملائمة إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.

وقد تفرد المشرع المصري بحكم يمنع لجنة البت من إرساء المناقصة عندما يصدر قرار من السلطة المختصة بإلغاء المناقصة قبل أن تثبت فيها لجنة البت إذا استغني عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك، كأن توجد هناك وسيلة أخرى تلبي حاجات الإدارة أفضل من إجراء المناقصة وهذا يترتب على لجنة البت أن توقف جميع إجراءات المناقصة حين صدور قرار بإلغائها^(٢).

وكما هو واضح فإن لجنة المناقصة تملك السلطة التقديرية في إرساء المناقصة أو العدول عنها عند وجود الحالات السابقة ويجب أن يكون قرارها مسبب في جميع الأحوال .

وبرأينا إن منح لجنة البت (لجنة المناقصة)، السلطة التقديرية في إرساء أو إلغاء المناقصة في الحالات السابق ذكرها يبدو أمراً خارجاً عن مهامها الأساسية التي اقتصرَت على تحديد سلطتها في قبول العطاء عند توافر

١- المادة ٣٥ من تقنين عقود الشراء الفرنسي ١٣٥٥ لعام ٢٠٠٨.

٢- المستشار عليوة فتح الباب، المرجع السابق، ص ٢١٠.

الشروط والمواصفات فيه أو استبعاده عند مخالفته الشروط مع تبرير أسباب الاستبعاد، فمن باب أولى أن يكون أمر النظر في الحالات السابق ذكرها بيد السلطة المختصة بتوقيع العقد، أو بإشرافها.

ونظراً لكون عملية الإرساء من أهم مراحل المناقصة العامة فيجب أن تتم على نطاق علني، وفي زمان ومكان المحددين لها، فالجلسات التي يتم بها عملية فتح العروض وقراءتها وترتيبها ومن ثم الإرساء على العرض الأفضل يجب أن يتم في حضور المعنيين بشأن المناقصة، وتعتبر العلنية من قبيل الشكليات الجوهرية التي يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان^(١).

وبعد الانتهاء من أعمال إرساء المناقصة، تقوم لجنة المناقصة بإعداد محضر تدون فيه وقائع جلسة المناقصة بحيث يتضمن محضر المناقصة على كل الأحداث التي حصلت أثناء مجلس المناقصة، بما فيها من تصرفات قانونية وأعمال مادية التي جرت خلال جلسة المناقصة وتفاصيل عملية الإرساء والاعتراضات والاحتجاجات ضد قرارات اللجان المكلفة بعمليات المناقصة، ويجب أن يدون فيه نتيجة المناقصة والتتويه في حال غياب من رست عليه المناقصة ويوقع من جميع أعضاء لجنة المناقصة.

وقد أخذت التشريعات المختلفة في الدول المقارنة بهذا الإجراء، حيث نصت المادة /٩٠/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي على مايلي: (تنص نتائج كل مناقصة في محضر، تسرد فيه ظروف العملية) ومايقابلها في قانون المناقصات والمزايدات المصري المادة /٢٨/ من لائحة التنفيذية له (ترفع

لجنة البت محضراً بإجراءاتها وتوصياتها لتقرير مآثره.. وكذلك في سوريا، فقد نصت المادة /٢١/ - الفقرة هـ- من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ (تدون وقائع جلسة المناقصة، بما فيها جميع الاعتراضات في محضر، يوقع عليه جميع أعضاء لجنة المناقصة، والحاضرون من العارضين، ولا يعتد بامتناع المتعهد المرشح وبقية العارضين عن التوقيع).

ويعتبر محضر لجنة المناقصات محرراً رسمياً، ويتمتع بالحجة التي تتمتع بها المحررات الرسمية، مما يعني أنه لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير^(١).

ويقضي المبدأ العام في المناقصات إن الإرساء يجب أن يكون قطعياً ولا رجعة فيه، حيث أن الرجوع عن الإرساء يؤدي على فتح باب أمام المساومات التي تتنافى مع الغاية التي تهدف المناقصات على تحقيقها وتتناقض مع مبادئها ولاسيما مبدأ التلقائية، ولكن بالرغم من ذلك فإنه توجد ظروف استثنائية تقتضي الخروج عن هذا المبدأ كأن يكون الإرساء موقوفاً على شرط تقديم بعض الوثائق فإن لم تقدم هذه الوثائق يمكن للجنة أن تعود عن قرارها، أو أن يكون هناك خطأ في عملية الإرساء مرتكب من قبل أعضاء لجنة المناقصة سواءً أكان خطأً مرفقياً أم شخصياً وهنا يتم تصحيح الخطأ قبل إقفال باب عمليات المناقصة وضمن الجلسة ذاتها، ويتمتع على لجنة المناقصة إجراء هذا التصحيح بعد ذلك^(٢).

1-C.E.12-6-1942 ,Pugliesi.R.P.196.

2- Bonnard,passation des marche`s, op.cit,p160

أما عن الخطأ المرتكب من جانب أعضاء لجنة المناقصة، فهذا يجب التفرقة بين الخطأ الشخصي في العطاءات، والخطأ المرفقي أو المصلحي فالأول يتحمل الموظف المسؤول تبعته المدنية ويسأل عنه في ماله الخاص، ويعتبر الخطأ شخصياً إذا كان جسيماً أو تم بقصد الإضرار أو ابتغاء المصلحة الذاتية.

والثاني فيتمثل بحدوث خطأ غير مصطبغ بطابع شخصي وإنما ينم عن موظف معرض للخطأ والصواب) فهذا تتحمل الإدارة نتائج الخطأ. ومن أمثلة الأخطاء المرفقية عدم الاسترشاد بالأسعار السابقة وأسعار السوق توافقاً مع أحكام القانون، إذا تم ذلك بغير قصد الإضرار أو تحقيقاً لمصلحة شخصية^(١).

الفرع الثاني: اعتماد الإرساء Decision de conclure du contrat

تعتبر مرحلة اعتماد الإرساء أو التصديق على التعاقد هي آخر المراحل التمهيدية والتي تقضي إلى إبرام العقد الإداري. فالعقد الإداري لا ينعقد بمجرد إرساء المناقصة أو المزايدة، بل لابد لقيام العقد من اعتماد الجهة المختصة بإبرام العقد نتائج المناقصة وإصدار القرار بإبرام العقد.

وذلك لأن عملية الإرساء هذه لا تعدو عن كونها قبول صادر من جانب الإدارة يحتاج لإخطار العارض الذي أصبح متعاقداً مؤقتاً نتيجة إرساء المناقصة عليه بقبول عرضه لإتمام عملية التعاقد.

١- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٨٦.

ويبقى على عاتق المتعاقد المؤقت التزام بالبقاء على إيجابه من لحظة إرساء المناقصة عليه، حتى لحظة تدخل السلطة المختصة، وإصدارها لقرار إبرام العقد وهذا الالتزام كما هو الحال بالنسبة لمرحلة ما قبل الإرساء_ مصدره الإرادة المنفردة للمتافس الذي رست المناقصة عليه^(١).

وبالرغم من التزام الإدارة في حالة تعاقدها باختيار من رست عليه المناقصة أو المزايدة، فإن الإدارة ليست ملزمة بإبرام العقد، حتى لايفرض عليها متعاقد غير مرغوب فيه، ولها أن تمتنع عن إتمام العقد إذا وجد لديها من الأسباب مايبيرر ذلك.

فإذا رأت الجهة المختصة بإبرام العقد أن تبرمه " فإنها تلتزم بإبرامه مع المرشح الذي عينته لجنة البت، واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد^(٢)، حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا العارض ولا تستبدل به غيره حتى ولو كان منصوفاً في شروط العقد أن للإدارة الحق في قبول أو رفض أي عطاء دون إبداء الأسباب، لمخالفة هذا الشرط لأحكام القانون، ولمبدأ تلقائية الإرساء الذي يعتبر جوهر المناقصة فقد يؤدي تعديل نتائج المناقصة إلى إحلال متعاقد مؤقت محل آخر، أو إلى التغيير في الأسعار التي تم إرساء المناقصة على أساسها، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها.(حيث قررت بأن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المناقصة، يتعارض واستخدام حق التعديل إذ لاجدوى من التزام العارض بنظام

١-laubad'ere – Delvolve –Moderne,op. cit.P627.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨١٢ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١، السنة الرابعة عشرة، ص ٣١٣، مجموعة الخامسة عشر عاماً في العقود ص ١٣٤.

محدد وتام، يتميز بآلية إجراءات، إذا كان لهذه الإدارة أن تتحلل منه عن طريق تصحيح نتائج المناقصة ..^(١)

وجاء موقف المشرع السوري متفقاً مع نظيره المصري ففطن مبدأ عدم جواز تعديل نتائج الإرساء، حيث حظرت الفقرة أ من المادة /٢١/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ على أمر الصرف أن يقوم بتعديل النتيجة التي توصلت إليها لجنة المناقصة.

أما في فرنسا فقد تفرد القضاء الإداري الفرنسي بموقفه حين أوجب تعديل نتائج الإرساء من قبل سلطة الاعتماد في حال كانت نتائج الإرساء غير مشروعة، تحت طائلة ترتيب مسؤوليتها التقصيرية، ولكنه اشترط أن يكون وجه اللامشروعية واضحاً^(٢).

وبرأينا أن اتجاه القضاء الإداري الفرنسي بشأن تعديل نتائج الإرساء كان في غير موضعه، لأنه بمجرد وصف نتائج الإرساء باللامشروعية فهذا يستتبع أن تكون إجراءات المناقصة معيبة أيضاً، ويستوجب إلغاء المناقصة، إلا في حال كان تعديل نتائج الإرساء يتمثل في تصحيح خطأ مادي بسيط ليس من شأنه أن يؤثر على مضمون نتائج الإرساء.

١- الطعن رقم ٨١٢ لسنة ١٣ ز جلسة ١-٢-١٩٦٩، السنة ٢١٤ ص ٣١٣ ، ومذكور في مجموعة الخمسة عشر عاماً في العقود الإدارية. ص ١٣٤.

٢- د. مهذ نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٤٦١.

وبالمقابل فإن الإدارة تمتلك سلطة تقديرية في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة^(١)، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد في أي لحظة من لحظات طرح الإجراء ويصبح الالتزام بنتائج الإرساء متنافياً مع الصالح العام، عندئذ تملك الإدارة الحق في إصدار القرار بإلغاء المناقصة شريطة أن يكون قرارها مسبباً فيجميع الأحوال.

وقد تبنى المشرع في كل من فرنسا ومصر وسوريا مبدأ السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في إصدار القرار النهائي بإبرام العقد، وبشكل صريح بموجب المادة ٩٠/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي، بحيث يمكن للشخص المسؤول عن العقد أن لايعتمد نتائج الإرساء التي توصلت إليها لجنة المناقصة، ومن ثم إلغاء المناقصة برمتها، إلا أن القانون قد ألزم الإدارة بإخطار المتعاقد المؤقت في هذه الحالة.

وكذلك الحال في سورية، حيث أن الفقرة أ من المادة ٢٤/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ قد نصت على وجوب تصديق محضر المناقصة من أمر الصرف ويجوز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطأً.

أما في مصر، فقد سبق وأن عرضنا نص المادة ١٥/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري والتي أعطت الحق للسلطة المختصة في "إلغاء المناقصة إذا استغني عنها نهائياً، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك"، والمادة ٤٠/ من القانون نفسه أوجبت : (إعلان أسباب القرارات الخاصة

١- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص ٨٧.

بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة، أو الممارسة المحدودة أو المزايدة أو إلغاء كل منهما في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض).

وقد أيد القضاء الإداري المصري صراحةً مبدأ السلطة التقديرية في اعتماد نتائج الإرساء حيث حكمت المحكمة الإدارية العليا: (.يقابل هذا الاختصاص المقيد للإدارة سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد، وفي العدول عنه إذا ثبت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة)^(١).

ويلاحظ مما سبق بأن المشرع في كل من مصر وسوريا أعطى الحق للإدارة بإلغاء المناقصة شريطة بيان سبب إلغائها بخلاف المشرع الفرنسي الذي غفل عن ذكر سبب إلغاء المناقصة.

وبالتالي فإنه يترتب عليه إلغاء جميع الآثار الناجمة عن عملية الإرساء ودون أن يحق للمرشح الذي رست عليه المناقصة أن يطالب بالتعويض .

ولا يحق للإدارة بعد إجراء المزايدة أو المناقصة وقبول العطاءات وإتمام التعاقد أن تحاول التنصل من التعاقد بالتذرع بأن إجراءات التعاقد لم تتبع قبل إتمام المناقصة أو المزايدة، أو بادعاء أنها قد تبينت بعد إتمام العقد حاجتها إلى بعض أو كل الأصناف التي جرى بيعها، أو عدم حاجتها إلى بعض أو كل المواد التي تم شراؤها.

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨١٢ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١، السنة الرابعة عشرة، ص ٣١٣، مجموعة الخامسة عشر عاماً في العقود ص ١٣٤.

ولا يسوغ لجهة الإدارة أن تتذرع بأنه قد ذكر قرين بعض الأصناف في إخطارها للمدعي بقبول عرضه، أنها تحت العجز والزيادة وذلك لأن هذه العبارة لا تعني أكثر مما قد يترتب على عملية التسليم الفعلي بعض النقص أو الزيادة المسموح بها في العرف والمعاملات، وكما أنها لا تجيز للإدارة أن تنقص من كميات الأصناف المباعة عن عمد واختيار^(١).

وبالرغم من حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة في حال توافر شروطه، فإنها لا تملك التعديل في شروط العقد بعد صدور قرار الإبرام إلا بموجب اتفاق مع متعاقديها (على شكل ملاحق عقود)، ولا يمكنها أن تنفرد في شرح وتفسير نصوص العقد لأن تلك المهمة ينفرد بها القاضي الإداري الذي يستخلص النية المشتركة للمتعاقدين وفقاً لقواعد التفسير المعروفة في القانون المدني.

وبعد صدور قرار الإبرام من قبل السلطة المختصة يتم تبليغ أمر المباشرة إلى المتعاقد المؤقت، وهو مستند خطي مضمونه إعلام الشخص الذي رست عليه المناقصة بقرار إبرام العقد معه وبضرورة البدء في تنفيذ العقد، وهنا تختلف تشريعات المقارنة بنشوء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمرشح الذي رست عليه المناقصة، حيث تبني المشرع السوري والمصري نظرية العلم بالقبول حيث اعتبر أن الرابطة التعاقدية لا تنشأ بين الطرفين المتعاقدين إلا عند تبليغ المتعاقد المؤقت أمر المباشرة، ووصول العلم لدى الإدارة بقبوله التعاقد معها.

١- د. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، ج ٢، دمشق، الطبعة الأولى،

وهذا يستدعي البحث في إجراءات تبليغ المتعاقد المؤقت في كل من تشريعات الدول المقارنة.

١- في فرنسا:

قرر مجلس الدولة الفرنسي صراحةً أن التبليغ لا يعتبر قراراً إدارياً يمكن أن توجه ضده دعوى الإلغاء، ولا علاقة له بتمام الرابطة التعاقدية، التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين مع صدور قرار إبرام العقد بغض النظر عن أي إجراء لاحق ينص عليه القانون^(١).

وإن كان يعتبر شكلية جوهرية لاستطيع الإدارة أن تحتج بالعقد في مواجهة المتعاقد من دونها، كما أن المتعاقد لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ التزاماته قبل تبليغه أمر المباشرة، ويتم تبليغ أمر المباشرة بعد توقيع العقد بالنسبة لعقود الدولة ومؤسساتها العامة، وتحويله إلى المحافظ بالنسبة لعقود الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة^(٢).

ويجب أن يتم التبليغ ضمن المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة، فإذا انقضت هذه المدة دون تبليغ إبرام العقد ومبررثؤاشرة تنفيذه فيمكن للمتعاقد أن يتحلل من التزامه دون أن يخل ذلك بحقه في التعويض^(٣).

٢- في مصر:

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٠١ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١، السنة الرابعة

عشرة، ص ٢٩٠، مجموعة الخامسة عشر عاماً في العقود .

٢- الفقرة ٤ من المادة ٤٤/ والفقرة ٣ من المادة ٢٥٤/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

٣- المادة ٣٩/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

لقد نص المشرع على التبليغ صراحةً في المادة /٣١/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل، تبدأ من اليوم التالي لانقضاء عشرة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة، وعلى خلاف ما هو سائد في فرنسا، فقد ذهب القضاء الإداري المصري إلى اعتبار أن العقد لا يعتبر مبرماً إلا عند إخطار المتعاقد المؤقت بذلك، والطلب منه صراحةً أن يبدأ في التنفيذ، وقد علل موقفه بأن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني، ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

وفي تقديرنا إن هذا الاتجاه الذي سار فيه القضاء في مصر منتقداً بعض الشيء، لأن التبليغ يفقد أهميته أمام تطبيق نص المادة /٤٠/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري، والتي نصت على ضرورة إعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة في لوحة إعلانات مخصصة لهذا الغرض هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن إخطار المتعهد أمر المباشرة لا يعتبر قراراً إدارياً وفق ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، وإنه يمكن للإدارة أن تعدل عن تنفيذ العقد بعد تقريرها قبول نتائج الإرساء، دون أن يحق للمتعهد أن يثير مسؤوليتها التعاقدية، لأن العقد لا يكون قد أبرم بعد وفقاً لأحكام القضاء الإداري المصري، ويترتب على المتعاقد المؤقت مراجعة الإدارة خلال المدة المحددة في أمر المباشرة من أجل إبرام العقد والمباشرة بالتنفيذ.

أما عن تبليغ المتعاقد المؤقت فيجب أن يتم تبليغه في الموطن المختار من قبله، وذلك وفقاً لنص المادة /٦١/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري والتي "أوجبت أن يكون مقدم العطاء مقيماً في جمهورية مصر العربية

أو أن يكون له وكيل فيها، وإلا وجب عليه أن يبين في عطائه الوكيل المعتمد منه في جمهورية مصر العربية، فيما لو رست المناقصة، وأن يبين في عطائه العنوان الذي يمكن مخابرته فيه..)

٣- في سورية:

أشار القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ إلى ضرورة تبليغ المتعهد المرشح أمر المباشرة وذلك يفهم من نص الفقرة أ من المادة ٢٤/ حيث أوجبت تصديق المناقصة من جانب أمر الصرف، لتعرض المناقصة بعد ذلك على المرجع المختص للنظر فيها وفق القوانين والأنظمة، ولا يعتبر المتعهد المرشح متعهداً إلا عند استكمال إجراءات التصديق وتبليغه أمر المباشرة، وعندئذ فإنه يحق للإدارة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ أمر المباشرة، ودون أن يكون له الحق في التعويض.

ويؤخذ على مضمون المادة بعض الملاحظات، ممكن أن نوجزها

فيمايلي:

١- إن إعطاء الإدارة إمكانية العدول في أي وقت عن التعاقد، ودون أن يطالب المتعاقد المؤقت بأي حق في التعويض يعكس موقفاً مبالغاً فيه، وينطوي على المبالغة في إبراز عنصر السلطة العامة في العلاقات التعاقدية، وكان بوسع لجنة المناقصة تبليغ أمر المباشرة إلى المتعهد المرشح استناداً إلى محضر المناقصة بعد استكمال أسباب تصديقه القانونية وهذا بهدف الإسراع في عملية الارتباط التعاقدية إذا وجدت ضرورات واقعية تحتم ذلك.

وهذا ماأقره المرسوم ٢٢٨/١٩٦٩ الملغى وعند صدور القانون ٢٠٠٤/٥١/ أغفل ذكر هذه الحالة مما أضعف بعض أوجه المرونة القانونية التي يمكن أن تسرع العملية التعاقدية الإدارية.

٢- من المعروف لدينا أن صدور قرار إبرام العقد يؤدي إلى تحويل مركز المتعاقد المؤقت (المتعهد المرشح وفقاً للمادة ٢٤ سابقة الذكر) إلى مركز المتعاقد، وبالتالي فإن عبارة " لايعتبر المتعهد المرشح متعهداً" جاءت غير مناسبة مع المقصود منها حيث يفترض أن الرابطة التعاقدية تنشأ عند تبليغ المتعهد المرشح قرار إبرام العقد، وبالتالي فإن يصبح متعاقداً بمجرد إخطاره بالقبول، وبذلك فإنه يجب تعديل العبارة السابقة لتصبح "لايعتبر المتعهد المرشح متعاقداً إلا بعد..".

ويلاحظ أن الأحكام التي صدرت عن القضاء الإداري في سوريا تسيير في اتجاهين تقريباً، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا من جهة، أن الإدارة تملك سلطة واسعة في إبرام عقودها، بحيث تستطيع أن تمتنع عن إبرامه حتى لحظة التوقيع النهائي على العقد، إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، مما يعني بمفهوم المخالفة أن الإدارة لا تستطيع التراجع بعد التوقيع النهائي على العقد، لأنها تكون قد التزمت تعاقدياً، والتراجع هنا سيثير مسؤوليتها التعاقدية، وهذا يقضي بأن لا علاقة للتبليغ أمر المباشرة بإبرام العقد، إذ أن العبرة في ذلك للتوقيع النهائي عليه^(١).

١- المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٤٠ في الطعن ١٠٧ لسنة ١٩٧٢، مذكور عند صبحي سلوم في موسوعة العقود، ج ١، وقرارها رقم ٦٧ في الطعن رقم ٢١٤ لسنة ١٩٧٤ مذكور عند صبحي سلوم، المرجع السابق، ص ١٧٤.

ومن جهةً أخرى، توجد بعض الأحكام التي تنقيد بقاعدة (لا اجتهاد في موضع النص) وتعطي للإدارة حق العدول عن تنفيذ العقد طالما لم يتم إبلاغ المتعهد أمر المباشرة، ودون أن يطالب هذا الأخير بأي حق في التعويض^(١).

ويجري تبليغ المتعهد في موطنه المختار ويعتبر الموطن المذكور ملزماً للعارض ولو انتقل منه إلى غيره ما لم يبلغ الإدارة خطياً موطنه الجديد في البلدة نفسها، وإلا تعتبر كافة التبليغات المرسلة إلى موطنه المختار الأولى صحيحة حكماً، ويجب أن يكون الموطن المختار في الجمهورية العربية السورية حصراً، ولو كان المتعهد من الشركات المقيمة خارج القطر.

ويجب أن يعين الموطن المختار بصورة واضحة وجلية ويشمل ذكر المدينة والحي والشارع ورقم البناء ، وغير ذلك من المعلومات الضرورية ، ولا يجوز تعيين الموطن المختار في مقر إحدى السفارات أو أحد صناديق البريد أو رقم الهاتف^(٢).

وفي النهاية تجدر الإشارة إلى مسألة إعلان نتائج إبرام العقد، حيث فرض المشرع في فرنسا ومصر على جهة الإدارة أن تقوم بإعلان نتائج إبرام العقد مع مرافقها من ظروف وملابسات وذلك تدعيماً لمبدأ الشفافية والنزاهة في علاقة الإدارة مع المتعاقدين معها، وحرصاً على مبدأ المساواة بين المتنافسين.

١- المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم ٢٩٢ في الطعن ١٠٩، لسنة ١٩٨٤، مجموعة المبادئ

القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٩٨٤، ص ٣٧٦.

٢- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٦٥/ب- ١٥/٥٢١٢ تاريخ ٢٤-١٢-١٩٧٨.

أ- في فرنسا: فرض تقنين عقود الشراء الفرنسي على الإدارة ما يسمى بإعلان الإرساء والذي يجب أن يحتوي على حد أدنى من البيانات واسم من تم عليه الإرساء وكافة الظروف التي رافقت عملية الإرساء^(١) إلا أنه يحق للإدارة أن تحجم عن تضمين الإعلان بعض المعلومات والبيانات والتي قد يؤثر إفشاؤها على تطبيق القوانين، أو يكون متناقضاً مع المصلحة العامة، وإن الإدارة ليست ملزمة بالإعلان إلا في نطاق العقود التي تكون قيمة المتعاقد عليه مساوية للحد المقدر لتطبيق أحكام المنافسة والعلانية ذات المنشأ الأوروبي باعتبار أن هذا النمط من الإعلان قرره المشرع الأوروبي، وتبناه المشرع الفرنسي في تقنين عقود الشراء العام الفرنسي^(٢).

ويجب أن ينشر هذا الإعلان خلال ثلاثين يوماً، بدءاً من يوم تبليغ المتعاقد قرار الإدارة بإبرام العقد، كما يجب أن يتم النشر في نفس الجهة التي نشرت إعلان الدعوة إلى المنافسة.

ويتجه بعض الفقه في فرنسا إلى كون الإعلان لايعتبر شكلية جوهرية يترتب على تجاهلها بطلان العقد.

ب- في مصر: أوجب المشرع إعلان أسباب القرارات الخاصة بالإرساء، وإلغاء المناقصة واستبعاد العطاءات في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض وذلك لمدة أسبوع واحد لكل قرار، وتحدد السلطة المختصة لها

٢- المادة ٣٨٢/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

٢- المادة ٤٤ و ٢٥٤ و ٣٨٢/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

مكاناً ظاهراً للكافة، كما يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة في العطاء^(١) ويلاحظ من خلال ماسبق إن الإعلان لا يشمل قرار إبرام العقد الصادر عن السلطة المختصة وذلك خلافاً لإعلان الإرساء الذي جاء به المشرع الفرنسي، وحدد به البيانات الرئيسية المتعلقة بعملية الإرساء، كما أن المشرع اتخذ من لوحة إعلانات الإدارة المعنية كوسيلة لنشر أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة، وحبذا لو أن المشرع المصري قرر نشر إعلان نتائج الإرساء لدى الصحف التي تم فيها نشر الإعلان عن المناقصة، باعتبار أن نتائج الإرساء تتصل بهذه المناقصة التي تم الإعلان عنها مسبقاً.

أما في سوريا فإنه القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ لم يتضمن أي نص يقضي بضرورة نشر نتائج الإرساء بأي وسيلة من وسائل النشر المضمونة بالقانون نفسه، ولم يكن هناك حكم قضائي بهذا الخصوص

ويلاحظ بأن إعلان أسباب القرارات المتعلقة بإرساء واستبعاد المتنافسين يعتبر من قبيل الشكليات الجوهرية، وبالتالي تكون القرارات المعلنة دون ذكر أسبابها في الإعلان معيبة في مشروعيتها الخارجية^(٢) والتي سبق وأن وأن تحدثنا عنها في الفصل الأول (عيب الشكل ، الاختصاص ،.. الخ

١- المادة /٤٠/ من القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

٢- أ.د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٣، ص ٢٣٠.

الخاتمة:

وهكذا وبعد أن تناولنا إجراءات الإبرام المقيدة، وقمنا بتسليط الضوء على سلطات الإدارة في نطاق إبرامها للعقد الإداري، والرقابة القضائية عليها، ومن ثم أسلوب التعاقد القائم على أساس سلطتها المقيدة فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات نقدمها كما يلي:

أولاً_النتائج:

- بالرغم من اتساع الرقابة القضائية في مجال العقود الإدارية إلا أنها يمكن أن تتعدى نصوص العقد الخاصة بتنظيم وسير المرافق العامة وإن كان هذا هدف الرقابة القضائية من باب أولى ، وبهذا فإنها تقترب من الرقابة على القرارات الإدارية والتي تبقى مقتصرة في حدها الأعلى على فرض غرامة تهديدية لتنفيذ الحكم القضائي .

- إن الاتجاهات الحديثة لتوسيع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، تعتبر أكثر فاعلية في المجال التعاقدي عنه في القرارات الإدارية، وذلك باعتبار أن الطعون التي ترد على قرارات الإدارة المنفصلة عن العقد الإداري تتعلق بمخالفة نصوص العقد أكثر من مخالفة نصوص القانون نفسه، وإن كانت لا تتعدى نصوص العقد

الخاصة بتنظيم المرافق العامة، بينما تقتصر في القرارات الإداري على عيب الانحراف وسوء استعمال السلطة، ومخالفة النظام العام.

- اختلف مفهوم التأمين المؤقت و الغاية منه لدى التشريعات المقارنة ونجد بأن المشرع السوري كان أكثر تشريعات حرصاً على شرط تقديم التأمينات المؤقتة من قبل العارض لدى اشتراك في المناقصة والتي بلغت قيمته ٥% من قيمة الكشف التقديري لمحل العقد وهي أعلى قيمة للتأمين المؤقت المطالب بها بين التشريعات المقارنة ويرجع ذلك إلى كون التأمين المؤقت يعتبر ضماناً لجدية العرض وفق رأي المشرع السوري بخلاف التشريعات الأخرى والتي لاتعتبره ذلك وإنما هناك ضمانات أخرى ذات طبيعة فنية وشخصية تؤخذ كمعياراً لتحديد جدية العرض

- إن المبادئ الأساسية التي تستند إليها المناقصة (العلنية وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين) تفقد وجودها أمام الاستثناءات الواردة على المناقصات العامة كالمناقصة المقيدة، لتصبح بعد ذلك مرتبطة بإرادة الإدارة وسلطتها في اختيار أسماء العارضين من قوائم أعدتها بشكل مسبق.

- وجود تعارض بين نص التعليمات التنفيذية للقانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ ونص المادة /٢٦/ من القانون نفسه، ويتجلى ذلك من خلال تحديد أمر اختيار العارضين المقبولين بالنسبة للمناقصة المحصورة عن طريق لجنة التأهيل يشكلها أمر الصرف، بيد أن المادة /٢٦/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ والمتضمنة المناقصة المقيدة في سوريا، قد

أعطت الصلاحية المطلقة للجنة المناقصة باختيار المعارضين المقبولين وبقرار قطعي، بالرغم من أن قرارها لا يعدو عن كونه قراراً إدارياً يخضع لطرق الطعن القرارات الإدارية.

- إن المادة /١٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون الناظم للمناقصات والمزايدات في مصر، قد أوجبت عرض العطاء المتأخر على رئيس لجنة فتح المظاريف لحفظه في كشف العطاءات المتأخرة تطبيقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا، التي قضت بعدم جواز حجب أي عطاء يقدم في المناقصة عن لجنة فتح المظاريف، وهذا يفتقد لمبرر قانوني يستند عليه من جهة ويخالف ما أوجبه المشرع من عدم الاعتداد بالعطاءات التي ترد بعد قفل ميعاد تقديم العطاءات.

- إن قبول العروض التي تتضمن تحفظات في نطاق المناقصة بموجب القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ يبقى أمر صوري لأنه مشروط بإلغاء التحفظات قبل بداية جلسة المناقصة وإعلان الأسعار، وكان أجدر بالمشرع السوري إما رفض قبول العروض التي تتضمن تحفظات بشكل نهائي أو اتباع ما ذهب إليه المشرع المصري في ذلك، حيث يتم قبول العروض التي تتضمن تحفظات شريطة أن ترد على النواحي الفنية للعرض، وتمس الشروط الثانوية فقط، وهذا ما يجسد مشاركة المعارض بإعداد بنود العقد، ويمثل مبدأ الرضا في العقد الإداري.

- فيما يتعلق بوسائل تقديم العروض، فإن المشرع في كل من مصر وفرنسا قد أجاز للمعارضين إرسال عروضهم بواسطة الفاكس أو التلكس

واعتبر ذلك إيجاباً ينعقد به العقد إذا تبعه قبول الإدارة، أما في سوريا فإن القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ لم يتضمن وسيلة أخرى لتقديم العروض سواءً عن طريق الفاكس أو التلكس.

- إن تولي أعمال المناقصة عن طريق لجنتين (لجنة فتح المظاريف ولجنة البت في مصر) من شأنه أن يزيد من تعقيد إجراءات المناقصة وخاصةً إذا أخذنا بعين الاعتبار أنه يتم تشكيل لجنة فرعية من لجان البت لدراسة العروض من الناحية الفنية.

- حدد المشرع المصري مدة سبعة أيام على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بالقبول أو استبعاد العروض وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية، مما قد يتيح الفرصة لإطلاع من استبعدت عروضهم على أسباب الاستبعاد وتقديم الاعتراضات، هذا ما نفتقده في القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ والذي لم يحدد مدة لما سبق وإنما اكتفى بإعادة العروض غير المقبولة لأصحابها وتدوين ما يحدث في جلسة المناقصة بما فيها من الاعتراضات ضمن محضر المناقصة.

- أعطى المشرع المصري أولوية للشق الفني للعرض أمام الشق المالي، والذي يعتبر المعيار الوحيد لإرساء العرض في المناقصة، حيث وجدنا بأنه قضى بتشكيل لجنة فرعية لدراسة العروض الفنية، مهما كانت طبيعة المشروع إضافةً إلى عملية الإرساء التي تعتمد على التفاوض مع المعارضين بدءاً بصاحب العرض الأفضل فنياً، وهكذا حتى الوصول إلى أقل سعر ممكن للعرض مناسب فنياً.

- هذا ما يستبعد حالة تساوي العروض في هذا النطاق، والتي اتجه المشرع في سوريا إلى وضع حلاً لها من خلال إجراء مناقصة جديدة بطريقة الظرف المختوم بين من تساوت عروضهم.
- إن منح لجنة المناقصة السلطة التقديرية في إرساء المناقصة أو إلغائها في الحالات التي تمنع الإرساء وتؤكد في الوقت نفسه مبدأ الإرساء الزامي ، يبدو أمراً خارجاً عن سلطتها، التي تقتصر عند قبول العروض في حال توافرت الشروط والمواصفات المطلوبة فيها، واستبعاد العروض في حال مخالفتها لما سبق ، فمن باب أولى أن يكون أمر النظر في الحالات الشاذة والتي سبق ذكرها في الإرساء الإجباري (الحالات التي تمنع الإرساء) بيد السلطة المختصة بالنظر في توقيع العقد أو بإشرافها.

ثانياً_الاقتراحات:

- ١- إعطاء الحق للإدارة بالرجوع عن المناقصة بعد إرساء العقد، ودون منح المتعاقد المؤقت أي حق بالمطالبة بالتعويض، يستدعي إعادة النظر بالقانون ٥١ لعام ٢٠٠٤، ومعالجة هذه الحالة من خلال طرح نظام الجوائز والتعويضات، كما هو متبع بالنسبة للأساليب الأخرى في التعاقد بموجب القانون نفسه (كالمسابقة)، وإن اتبع ذلك في بعض العقود الإدارية ذات الطبيعة خاصة مثل عقود الأشغال .

٢- نقترح الأخذ بما ذهب إليه المشرع المصري في قبول وإرساء المناقصة على العرض الوحيد، ولكن ضمن الشروط محددة، ومن ثم فإنه لا يقرر إعادة طرح مناقصة مرة أخرى.

٣- إعادة النظر في المادة /٢٤/ الفقرة / أ / من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤، بحيث يتم تعديل عبارة " لايعتبر المتعهد المرشح متعهداً " لتصبح " لايعتبر المتعهد المرشح متعاقداً " لأن كلمة تقتصر على المتعاقد في عقود الأشغال العامة".

٤- إن القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ جاء خالياً من توضيح شرط الجنسية في اشتراك بالمناقصات والمزايدات، وإنما اكتفى بالتعبير عنها من خلال تبيان مفهوم المناقصات الداخلية والخارجية ومن يحق له الاشتراك فيها، وحذا لو تم الإبقاء على نص المادة ١٢ من المرسوم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩.

٥- العمل على تفعيل القانون رقم ٣ لعام ٢٠١٤ الخاص بالمحركات الالكترونية في نطاق إبرام العقود الإدارية، وخاصةً في إطار تقديم العروض، وتبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقد والإدارة من خلال إيجاد شبكة الكترونية تديرها الإدارة المتعاقدة عن طريق خبراء متخصصون، وتؤمن حمايتها، مما يسهل عملية التعاقد ويخفف من تعقيدات وتكاليف الإجراءات الروتينية لإبرام العقود الإدارية.

٦- اتباع ماذهب إليه المشرع الفرنسي من حيث وجوب إعلان نتائج إرساء المناقصة حفاظاً على مبدأ العلنية، وذلك باستخدام وسائل الإعلان التي تم بموجبها الإعلان عن الرغبة بالتعاقد.

٧- توسيع سلطات قاضي الإلغاء على رقابة الملاءمة بحيث لا يقتصر فقط على إلزام الإدارة بتنفيذ حكم قضائي حين تقوم بإلغاء الحكم وإعادة الملف للإدارة لتتلافى أوجه اللامشروعية بقرارها الجديد وتقرض عليها غرامة تهديدية في ذلك، وإنما يتدخل في أعمال الخاصة بالإدارة وإن اضطر ذلك إلى الاستعانة بأهل الخبرة لكي لا يكون ذلك سبباً لوضع ضوابط وقيود على ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

المراجع:

الكتب:

- ١- إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري اللبناني، الجزء الأول، دار
الجامعية، عام ١٩٩٤.
- ٢- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري،
دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.
- ٣- أ.د. أميرة النشواني، السوق الأوروبية المشتركة وأزمة الشرق الأوسط،
الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٨٧.
- ٤- د. جعفر محمود المغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني
رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٠ .
- ٥- د. حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعات الداخلية لأعمال
الضبط الإداري، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
- ٦- د. حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء
عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٣.
- ٧- د. خالد خميس المحمد، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية
عليها، جامعة حلب، حلب، ٢٠٠٨.
- ٨- د. خليفة علي الجبراني، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الكتب
الوطنية، الطبعة الأولى، ليبيا، عام ٢٠٠٥.

- ٩-د. رجب محمود أحمد، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٥.
- ١٠-د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الإسكان العسكري بدمشق، ١٩٨٧.
- ١١-د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، القاهرة، ١٩٦٧.
- ١٢-د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة عين شمس، طبعة سادسة، عام ١٩٩١.
- ١٣-د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة عين شمس، دار الفكر العربي، عام ١٩٦٧.
- ١٤-د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، منشورات جامعة الاسكندرية، ١٩٩٢.
- ١٥-د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- ١٦-أ.د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٧-د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٢.
- ١٨-د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، المجلد الرابع، دمشق، ١٩٨٦.

- ١٩- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٠- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٥.
- ٢١- د. عبد الله طلبه، محمد الحسين، مهند نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات مركز التعليم المفتوح، جامعة دمشق، ٢٠٠٣.
- ٢٢- د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الإداري، ج ٢، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٩.
- ٢٣- د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، حلب، ١٩٨٠.
- ٢٤- د. عزت عبد القادر المحامي، المناقصات والمزايدات، دار الكتب العربية، مصر، ٢٠٠١.
- ٢٥- المستشار عليوة فتح الباب، الموسوعة العملية للمناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢٦- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.
- ٢٧- د. محمد عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٢٨- د. محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، (لا يوجد دار نشر)، طبعة الثانية، ١٩٩٩.

- ٢٩- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- ٣٠- د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام ٢٠٠٣
- ٣١- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٦.
- ٣٢- د. ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٣٣- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.
- ٣٤- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٣٥- د. محمد رمضان بطيخ، التزامات ما قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٣٦- د. محمد رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- ٣٧- د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٣٨- أ.د. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩

- ٣٩- أ.د محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٤٠- المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، ج٢، الطبعة الأولى، دمشق، عام ٢٠٠٠.
- ٤١- د. محي الدين العشماوي، مشروعات البوت والبنية الأساسية للاقتصاد المصري، الأهرام، ٢٠٠٠.
- ٤٢- د. مهند نوح، محمد الحسين، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦.
- ٤٣- مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل، هيئة الموسوعة العربية، الطبعة الأولى، دمشق، ٢٠٠٧.
- ٤٤- د. يوسف الخوري، القانون الإداري، الجزء الثاني، بدون دار نشر، ١٩٩٨.

الرسائل:

- ١- د. عصام الدبس ، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة ، دراسة مقارنة، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٠.
- ٢- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٣- د. محمد حاج طالب، دور المحررات العرفية المقدمة في الإثبات المدني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٩.

- ٤-د.محمد الجلاي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام عقود البناء والتشغيل والنقل، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٠.

المقالات:

- ١-د.عبد الحميد كمال الحشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الثاني، ١٩٦٢.
- ٢-د. مهند نوح، المناقصة كطريقة من طرق التعاقد مع الإدارة، جامعة دمشق، ١٩٩٥.
- ٣-د.مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، دار النشر الحديثة، عمان، ٢٠١٣.
- ٤ -د. مهند نوح ، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، المجلد ٢٠، العدد الثاني، ٢٠٠٤ .
- ٥-د. محمود سلامة جبر، الرقابة على التكيف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة ٢٨، ١٩٨٤

الموسوعات ومجموعة الأحكام:

١- موسوعة العقود، إعداد صبحي سلوم، الجزء الاول، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٩١.

٢- مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، مجموعة القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لأعوام ١٩٧٥-١٩٧٦-١٩٧٧-١٩٧٨-١٩٨٤.

٣- مجلس الدولة المصري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً.

٤- الرأي رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٣ في القضية رقم ٥١٩ بتاريخ ٢٤/٧/٢٠٠٣ سجلات الآراء الاستشارية لقسم الفتوى والتشريع، مكتبة مجلس الدولة، غير منشور.

٥- الطعن رقم /٢٧٧/ لسنة ٣٣ق، جلسة ٢٧/٢/١٩٩٢ / مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر عام ١٩٧٧.

٦- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٢٦/١٥/ب بتاريخ ٦/٧/٢٠١٤

القوانين والمراسيم التشريعية والقرارات:

- القانون رقم ١٥ لعام ٢٠٠٤ الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة التنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات في مصر.

- القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود الموحد في سوريا.

- القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ والخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات في مصر.

- المرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩ والخاص بتنظيم العقود في القطاع الإداري.

-تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم ٢١٠ لعام ٢٠٠١ وتعديلاته.

- القانون رقم ٣ لعام ٢٠١٤ والناظم للمعاملات الالكترونية في سوريا.

ثانياً- المراجع باللغة الأجنبية:

1-Bre`chon.Moule`nes.Droit des marche`s, T.1,
Moniteur Paris,1999.

2-Laubade`re.A-Delvolve`.P-Moderne.F, Traite` des
contratsadminstratifs, L.G.D.J, Paris, T2,1984.

3-Schultz.P, Ele`mentsdudroit du marche` pubic,
L.G.D.J, Paris, 1996.

4-Camby.J.P,.Droitadminstratif etdroit financier,
R.D.P1998.

5-Quancard.M ,1` adjudication des marche`s publics
des travaux et des fourniture, Sirey, 1945

- 6-Richer (L) Droit des
contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1999
- 7- Pouyad. D, Lanullite` des contracts administratifs,
L.G.D.J, Paris, 1991, P.96.

المواقع على الشبكة:

-www.legifrance.gouv.fr

-www.mohamoon-montada.com.

-www.decitre.fr

EMAS/ec.Europe.eu/environment/emas/index-en-htm-

-www.iama-eg.com

-www.hrdiscussion.com

الفهرس:

المقدمة.....	٩
الفصل الأول: السلطات التي تتمتع بها الإدارة في معرض إبرامها العقد الإداري.....	١٥
المبحث الأول: ماهية السلطة المقيدة والتقديرية للإدارة	١٦
المطلب الأول: مفهوم السلطة المقيدة للإدارة.....	١٦
المطلب الثاني: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.....	١٩
المبحث الثاني: مجال التقيد والتقدير في السلطات الإدارية.....	٢٣
المطلب الأول: الأركان التي يغلب عليها طابع التقيد.....	٢٤
الفرع الأول: ركن الاختصاص.....	٢٤
الفرع الثاني: ركن الشكل.....	٢٧
الفرع الثالث: ركن الغاية.....	٣١
المطلب الثاني: الأركان التي يغلب عليها طابع التقدير.....	٣٣
الفرع الأول: ركن السبب.....	٣٣
الفرع الثاني: ركن المحل.....	٤٠
المبحث الثالث: رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة.....	٤٢
المطلب الأول: موقف الفقه من الرقابة القضائية على سلطة تقديرية للإدارة ودرجاتها.....	٤٢
الفرع الأول: موقف الفقه من الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية.....	٤٣
الفرع الثاني: درجات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....	٤٤
المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية.....	٤٧

الفرع الأول: السلطة التقديرية وقضاء الإلغاء.....	٤٧
الفرع الثاني: السلطة التقديرية وقضاء التعويض.....	٥٦
الفصل الثاني: أسلوب التعاقد القائم على أساس السلطة المقيدة للإدارة.....	٦٧
المبحث الأول: المبادئ الأساسية التي تعتمد عليها المناقصة.....	٦٨
المطلب الأول: المنافسة الحرة.....	٧٠
الفرع الأول: مفهوم المنافسة الحرة..	٧٠
الفرع الثاني: نطاق مبدأ المنافسة الحرة.....	٧٣
المطلب الثاني: العلنية والمساواة في المناقصة.....	٩٣
الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة.....	٩٣
الفرع الثاني: الشروط التي يجب توافرها في الإعلان.....	١٠٦
المبحث الثاني: الحالات الخاصة في المناقصة.....	١١١
المطلب الأول: المناقصة المقيدة.....	١٠٩
الفرع الأول: مفهوم المناقصة المقيدة.....	١٠٩
الفرع الثاني: النظام القانوني للمنافسة المقيدة.....	١١٤
الفرع الثالث: الرقابة القضائية على أعمال السلطة المقيدة.....	١١٩
المطلب الثاني: المناقصة التي تعتمد على السعر السري.....	١٢٢
الفرع الأول: مفهوم السعر السري.....	١٢٤
الفرع الثاني: مدى اعتماد على السعر السري لدى التشريعات المقارنة.....	١٢٤
المبحث الثالث: إبرام العقد ضمن إطار المناقصة.....	١٢٩
المطلب الأول: تقديم العرض (الإيجاب).....	١٢٨
الفرع الأول: مفهوم الإيجاب في العقد الإداري وشروط تقديمه.....	١٢٩

الفرع الثاني: وسائل تقديم العروض.....	١٤٤
المطلب الثاني:الإرساء والتوقيع.....	١٦٤
الفرع الأول: تشكيل لجان المناقصة ومهامها.....	١٦٣
الفرع الثاني:اعتماد الإرساء.....	١٨٥
الخاتمة:.....	٢٠٠
مراجع.....	٢٠٧