

المكتبة القانونية 
محاضرات-بحوث-مذكرات-قوانين-كتب قانونية
WWW.LAW-DZ.NET

تمهيد:

من المسلم به أن العقد ناتج عن توافق إرادتين، فهو يشتمل على عنصرين : الإيجاب (العرض) وهي الإرادة الأولى، و(القبول) ويمثل الإرادة الثانية فيه.

وفي السابق ولعهود قريبة كانت صيغة التعاقد، غالباً، تتسم بالبساطة في التعامل مع هذين العنصرين وتحقيق رغبة العاقدين، فلم يكن الأمر يتطلب أكثر من أن يعرض الموجب (البائع مثلاً) ويقبل المشتري (القابل) العرض وكان ذلك يتم في أغلب الأحوال في حضور المتعاقدين، وكما يسمى في الفقه القانوني والشرعي (مجلس العقد)).

ولكن تطور النشاط التجاري والاقتصادي وتزايد حاجات ومتطلبات المواطن والرغبة في تحقيقها والتطور الصناعي والتقني العالمي وأتساع أعمال العقود التجارية الدولية (بل وحتى داخل الوطن الواحد) قد أوجب البحث في مسألة إتمام العقد بين طرفيه الغائبين عن مثل ذلك المجلس، الذين لم يلتقوا ولم يجمعهما مجلس واحد سوى الهاتف أو الفاكس أو البريد الإلكتروني أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة⁽¹⁾ فغدا لدينا في فقه القانون ما نسميه بالتعاقد بين غائبين.

وهذا التطور الفكري والقانوني الهائل الذي صاحب هذه الثورة الصناعية والتجارية العالمية المتقدمة جداً فرض علينا صيغ جديدة للتعاقد لم تكن ذات شأن يذكر في الماضي القريب كان منها التعاقد عبر المناقصات، تلك المناقصات التي أضحت ذات نطاق قانوني متميز بخصائصه وشروطه ونطاقه وأثاره، فعقود المناقصات (وما يقابلها من عقود المزادات التي تحكمها ذات القواعد مع اختلاف زاوية النظر إليها) لا تقتصر على تلك المناقصات التي يعلن عنها داخل البلد، فالشركات العملاقة متعددة الجنسية وما تقدم عليه من عقود المشاريع الجاهزة (عقد تسليم المفتاح) وعقود المعرف وغيرها من مواضيع العقود جعلت عقود المناقصات تحلق في سماء العولمة (أو بمعنى أدق) جعلتها تتخطى النطاق الوطني إلى النطاق العالمي مما أوجب على الباحثين في مجالها من الناحية القانونية والإدارية البحث عن السبل الكفيلة لحمايتها ومن تنفيذها، ومما لا ريب فيه أن الباحثين في هذا المجال لا يزالون منهمكين في عمل دؤوب فهم إن كانوا قد بدأوا به فمن المؤكد أنهم لم يصلوا نهايته فلا يزال الوقت مبكراً على إيجاد نظام قانوني وإداري متكامل لمثل هذه المناقصات، ولا يزال الأمر يحتاج إلى بحث مضني سيما مع سرعة انتشار

(1) أنظر في تفاصيل التعاقد عن طريق الشبكة الدولية (الإنترنت) د. طوني مشال عيسى ، التنظيم القانوني للشبكة الدولية ، بيروت ، 2000 ، ص 250 وما بعدها .

وسائل الاتصال العالمية المتعددة وتنوع العقود وتشعب مفرداتها والمنافسات المشروعة، بل وحتى غير المشروعة تارة أخرى، بين المتقدمين لتلك المناقصات وغيرها.

ومن الجانب الثاني علينا أن لا نغفل أن عقود المناقصات كانت قد ولدت في البدء من رحم القانون المدني ولكن تطور الفكر الإداري وتزايد قوة سلطان الدولة ونمو بعض المبادئ الاشتراكية التي غزت بعض الأنظمة السياسية جعلت سلطة القانون المدني تأخذ بالانحسار رويداً رويداً على حساب العديد من الجوانب القانونية لها، ولكن مهما يكن حجم ذلك الزحف على تلك العقود، فإنها لا محال ستبقى تعيش في أحضان القانون الأم (المدني) حتى لو تقيأت في ظلال القانون الإداري أحياناً.

ومما لاشك فيه أن البحث في النظام القانوني لعقود المناقصات أمر جدير بأن يحظى باهتمام الباحثين والمعنيين بالتنمية والدراسات، نظراً لما لهذه العقود من خصائص ومميزات تنفرد بها عن بقية العقود من حيث محلها وتنفيذها وضخامة مبالغها (قيمتها). واعترافاً بما تقدم واعتزازاً بالدعوة الكريمة الموجهة إلينا للإشتراك في هذه الورشة فقد توكلنا على الله وعقدنا العزم على الخوض في هذا النظام القانوني لعقود المناقصات محاولاً الإحاطة ببعض زواياه، ولكي يكون هذا البحث إحدى المحطات في سفر الباحثين بالموضوع.

وأتباعاً للسياقات الأكاديمية فقد فضلنا بحث الموضوع في (ثلاثة) مباحث تطرقنا في الأول منها إلى التعريف بعقود المناقصة، وتناولنا في المبحث الثاني الإجراءات القانونية للتعاقد عن طريق المناقصة، وخصصنا المبحث الثالث إلى أحكام هذه العقود.

ونود التنويه بأننا سنستخدم مصطلح المؤسسة للدلالة على الجهة طالبة المناقصة (رب العمل) وسواءً أكانت شخصاً طبيعياً أم معنوياً خاص (كالشركات الخاصة) أم من الأشخاص المعنوية العامة.

المبحث الأول

التعريف بعقود المناقصة

نتناول في هذا المبحث العديد من المواضيع منها مفهوم المناقصة وطبيعتها القانونية وأركانها وشروطها وأنواعها... وقد فضلنا أن نخصص لكل منها مطلباً "خاصاً" بها.

المطلب الأول

مفهوم المناقصة وطبيعتها القانونية

أولاً: مفهوم المناقصة

يقصد بالمناقصة لغوياً النقص، الخسران، في الحظ والنقصان يكون مصدراً ويكون قدر الشيء الذاهب من المنقوص، واستنقص المشتري الثمن أي استحط منه، والمناقصة مصدر الفعل الرباعي ناقص بمعنى شارك مثل قاتل مقاتلة⁽¹⁾.

وأما اصطلاحاً فإن عقود المناقصات هي صورة خاصة من صور العقود التي ينصب محلها على القيام بعمل أو توريد أموال وعادة ما تبرم بين الجهة طالبة للعمل وبين الطرف الذي سيتولى القيام بذلك وإذا كان من المتوقع أن تكون الجهة طالبة العمل شخص من أشخاص القانون العام كالدوائر الرسمية فإن ذلك لا يمنع من أن تكون الجهة الداعية للمناقصة إحدى الشركات الخاصة أو المؤسسات أو حتى الأشخاص الطبيعيين وهنا قد تقترب المناقصة من المقولة وتتشرك معها في بعض القواسم.

وقد أجاز الفقه الإسلامي التعاقد عن طريق المناقصة (المزايدة) سيما في البيوع، إذ يسمى بيع المزايدة أو بيع من يزيد بشرط خلوه من التواطؤ بقصد الإضرار بالغير حسن النية.

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقود المناقصة

ثار الجدل في تحديد الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود وتكييفها القانوني، ففهاء القانون المدني كانوا ولا يزالون يصرون على كونها كغيرها من العقود تبنى على أركان ثلاثة من رضا ومحل وسبب ولكنها تتسم ببعض الخصوصية في طريقة التعاقد، فأسلوب هذه العقود يمر بمراحل عديدة وقد تستغرق بعض الوقت وقد يتضمن محلها تشعبات وفروع عديدة... الخ.

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، ج3 ، ص 704 ، دار لسان العرب ، بيروت ، لبنان .

بينما يحاول فقهاء القانون العام النظر إليها باعتبارها من العقود الإدارية التي تعقدتها الإدارة (إحدى جهات المرفق العام) مع الآخرين تحقيقاً لخدمة أو مصلحة عامة تدخل ضمن اختصاصها جديرة بالرعاية وأنها لذلك تكاد تخرج من الصفة العقدية لتتضوي تحت فكرة المشروع أو النظام القانوني.

ومن المؤكد أننا مع الفريق الأول فلا تزال هذه المناقصات تتم بواسطة عقود ينبغي توافر أركانها كما أن هذه المناقصات ليست حكراً على أشخاص القانون العام فقد تقدم المؤسسات الخاصة وأشخاص القانون الخاص، عموماً، على إجرائها، ثم أننا سنحتاج إلى قواعد التنازع والإسناد ونظرية العقود الدولية (في حالة إذا ما كانت الجهة التي ستنفذ المناقصة جهة أجنبية) وعلينا كذلك الرجوع إلى أحكام القانون المدني عند تأخر أو امتناع المناقص على البدء أو إكمال العمل وأثناء التنفيذ والمشاركة..... الخ، ومن المؤكد مثل هذه المسائل لا يستطيع القانون العام وحده الإحاطة به سيما فيما يتعلق بأحكام المناقصة من تنفيذها والإخلال بذلك والتنفيذ على حساب المناقص وفسخ المناقصة.

ومما يؤيد رأينا ثورة الخصخصة التي شهدتها العديد من دول العالم الثالث⁽¹⁾، وتخلي العديد من الدول مختارة أو حتى مكرهة، عن الملكية العامة للعديد من المؤسسات والمرافق العامة، وما نجم عن ذلك من العودة إلى أحضان القانون المدني (الأم) وأحكامه وأحكام القانون الخاص ضمن المفهوم الواسع.

(1) ومما لاشك فيه أن لهذه الخصخصة بعض الفوائد التجارية ولكن قد ينجم عنها العديد من السلبيات التي أضرت بالعديد من شرائح المجتمعات في الدول النامية

المطلب الثاني

الأركان والشروط الخاصة بعقود المناقصة

أولاً: الأركان

لا تكاد تختلف أركان هذه الطائفة من العقود عن غيرها، فأركانها هي ذات أركان العقود المدنية الأخرى، التراضي والمحل والسبب، ولا نريد الإطالة في شرح هذه الأركان فهي قد أشبعت بحثاً وتحليلاً في مؤلفات النظرية العامة للالتزامات⁽¹⁾.

فالفرض يستلزم وجود إرادتين جادتين سليمتين تنصرفان إلى إبرام المناقصة تعبران عن المناقص ورب العمل (طالب المناقصة وطالب الدخول إليها).

ومادام الأمر كذلك فإن من الضروري التساؤل عن أي من هاتين الإرادتين يمكن اعتبارها الإرادة الأولى في التعاقد وأي منهما تشكل الإرادة الثانية فيه. وبمعنى أدق من هو الموجب ومن هو القابل؟ هل أن رب العمل (طالب المناقصة) هو الموجب وأن المقاول طالب الدخول للمناقصة هو القابل أم المقاول هو الموجب وأن المؤسسة تكون بمركز القابل؟

إن تحديد المركز القانوني للطرفين أمر في غاية الأهمية فإذا أخذنا في الافتراض الأول (اعتبار المؤسسة وإعلانها عن المناقصة بمركز الموجب وطالب الدخول للمناقصة بمركز القابل) فإن ذلك يعني ترتيب نتائج خاطئة وخطيرة لأن ذلك سيعني أن على المؤسسة أن تلتزم بقبول كل المناقصين المتقدمين دون أن يكون لها خيار آخر. لذلك لا مناص من الأخذ بالافتراض الثاني واعتبار إرادة المقاول طالب الدخول للمناقصة هي الإرادة الأولى في التعاقد (الإيجاب) وإرادة المؤسسة هي الإرادة الثانية للعقد (القبول).

وأما الإعلان عن المناقصة الصادرة فهو لا يعدو أن يكون دعوة للمناقصين للتعاقد ولتقديم العروض (الإيجاب) من قبلهم وإن للمؤسسة (رب العمل) الحق في اختيار وقبول العرض الذي تراه مناسباً أو رفضه أو إلغاء الدعوة والرجوع عنها، ومتى اختارت أحدها وأعلنت قبولها له فقد اتحدت الإرادتين وانعقد العقد وأصبح كل منهما ملتزماً تجاه الطرف الآخر بتنفيذ بنوده⁽²⁾.

(1) يراجع في تفاصيل هذه الأركان ودراساتها: السنهوري باشا، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، وكذلك في الفقه العراقي: د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، بغداد، مطبعة المعارف، 1970.

(2) تتفق العديد من التشريعات المدنية مع هذا الرأي منها المشرع الأردني في المادة (103) حيث تشير المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني تفصيلاً، انظر ص 111 وكذلك المادة (78) مدني كويتي.

ويغدو من المفيد التذكير بأن مشكلات التراضي في مثل هذه العقود أقل وقوعاً من نظيراتها فرب العمل، وعلى الأكثر، ذو أهلية قانونية مستقلة وكاملة كما إن المناقص كذلك ذو أهلية قانونية كاملة إذ أنهما - قد يكونا من الأشخاص المعنوية التي أسبغ القانون عليها الأهلية الكاملة - وبالتالي فإن الرضا فيها أقل تعرضاً للعيوب التي ترافق تعبير الشخص الطبيعي عن إرادته الذي قد تشوبه العيوب المعروضة كالغلط والإكراه و الغبن والاستغلال..... كما تكون خالياً من عوارض الأهلية كالأهلية الناقصة أو الجنون...

والمحل في هذه العقود هو العمل الذي يطلبه رب العمل ويعرض المناقص تقديمه فهو الأداء الذي يلتزم به والذي يقابله التزام رب العمل بدفع المقابل، وهذا الأداء (المحل) يخضع لنوع من المرونة في مثل هذه العقود نظراً لما للمناقصين من إمكانيات فنية ومالية وقانونية تفوق حجم الفرد العادي في العقود الأخرى،

وكذلك في بعض شروط المحل سيما فيما يتعلق بالمشروعية فقد يرى الأفراد عدم (مشروعية المحل في عقد معين) مما يجعله باطلاً بينما ترى إحدى المؤسسة العامة إن ذلك ضروري لاستخداماتها المتنوعة، فإذا كان يحظر على الفرد التعاقد في المخدرات لمخالفتها لقواعد النظام العام فقد يكون ذلك ممكناً بالنسبة لوزارة الصحة، مثلاً، لحاجتها لمثل تلك المادة في صناعة أدوية التخدير وعلاج المرضى... وهكذا.

ويشترط المحل أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين فإذا انتفى وجوده أو تعذر تعيينه، كالعمل الذي انتفت الحاجة إلى إحالته بالمناقصة، فإن العقد عند ذلك سيبطل لانعدام محله⁽¹⁾ والحكم نفسه بالنسبة لركن السبب الذي يجب تحقق وجوده ومشروعيته بذات الأوصاف المرنة.

ثانياً: الشروط الخاصة بعقد المناقصة

إضافة لوجوب توافر أركان العقد الذي يتم عبر المناقصة ينبغي وجود وتحقق بعض الشروط والالتزام بها لاكتساب المناقصة الصبغة القانونية الصحيحة.

بينما خالف المشرع المدني التونسي هذا المبدأ حيث اعتبر في المادة 36 من مدونة الالتزامات والعقود التونسية عرض الشيء للمزايدة (المناقصة) بمثابة إيجاب يقبله من وقفت عليه المزايدة ويبدو أن موقف المشرع التونسي في هذا المجال منتقد .

(1) وكان حصل في العراق أن أعلنت شركة أسكان عامة عن مناقصة لبناء مجمع سكني في أرض معينة ولدى متابعة تخصيص الأرض للمباشرة بالعمل فيها تبين أنها قد خصصت لكي تكون قاعدة جوية عند ذلك ألغيت المقالة لانعدام محلها .

ونرى ضرورة التطرق إلى بعض الشروط الواجب تحققها عند إقدام المناقص على تقديمه للمناقصة ومنها :

أولاً: التخصص

فينبغي للمقاول (المناقص) أن يكون مختصاً بموضوع المناقصة، بمعنى أن تتوفر فيه الدراية والخبرة في موضوع المناقصة فلا يجوز لشركة زراعية الاشتراك في مناقصة لصناعة معمل للبلاستيك أو توريد حديد للبناء... ولأهمية هذا الشرط فقد يصار للإعلان عنه ضمن الشروط الخاصة بالتقديم، وغالباً ما تشترط المؤسسة على المناقص تقديم شهادة خبرة بموضوع المناقصة أو شهادة مباشرته لأعمال مشابهة لموضوع المناقصة، وعلى المقاول تقديم ما يثبت ذلك وعادة ما يتم ذلك من خلال كشف موثق من الجهات التي عمل لديها - بالأعمال المشابهة التي نفذها - فضلاً عن تقديمه ما يثبت خبرته في نطاق المناقصة كإبرازه الشهادات العلمية أو المهنية أو المشاركة في معرض متخصص أو دورة مهنية... الخ.

وقد يترتب على انتفاء هذا الشرط حرمان المقاول من فرصة الفوز بإحالة المناقصة، إذ غالباً ما يهدر عرضه (عطائه) عند افتقاره لمثل هذا الشرط الذي يدخل ضمن علامات المنافسة مع المناقصين الآخرين.

ثانياً: عدم وجود مانع قانوني

ويعتبر هذا الشرط من الشروط المهمة المؤثرة على العقد عن طريق المناقصة، إذ قد تشترط المؤسسة على المناقص المتقدم أن لا يكون مدرجاً على القائمة السوداء بسبب حكم صادر عليه أو بسبب النصب أو التلاعب أو خيانة الأمانة... الخ. فإذا تبين أن أحد المتقدمين للمناقصة سبق وأن كان عليه مؤشراً سلبياً يحظر عليه التقدم للمناقصة فإن عرضه سيهدر والحكم نفسه عندما يكون المناقص إحدى الشركات المشمولة بالمقاطعة مع إسرائيل مثلاً، أو من الشركات التي تنتمي إلى دولة أخرى تتسم بعلاقات متوترة مع الدولة صاحبة المناقصة، أو أن المناقصة تنصب على أعمال ترتبط مثلاً "بمظاهر سيادة البلد أو تتعلق بأمنه القومي مثلاً كبناء قواعد سرية أو مطارات.. الخ.

وينضوي تحت ذلك الحكم أن لا يكون المناقص قد حكم عليه بإشهار إفلاسه أو بات على وشك ذلك.

ثالثاً: التزام المناقص بتعليمات رب العمل

على المناقص الذي يتقدم للمناقصة الالتزام بتعليمات المؤسسة فعلى سبيل المثال إذا اشترطت المؤسسة على المناقص تقديم براءة ذمة من الضريبة أو وجوب تشغيل عدد من عمالها في المناقصة.....الخ فإن مثل هذه الشروط ملزمة للمناقص الذي عليه التقيد بها وبالمقابل فإن رفضه لها يعني إهدار عرضه.

رابعاً: وجوب تقديم التأمينات القانونية اللازمة

تشتري المؤسسة (رب العمل) لضمان جدية المناقص وجودة العمل وانسيابيته وجوب التزام المناقص بتقديم كفالة نقدية أو مصرفية لضمان حسن سير العمل عند إحالته عليه والتزامه بتنفيذه وفقاً للشروط المقررة، فهذا الشرط يعطي الطمأنينة بأن حقوق المؤسسة تجاه المناقص العاجز ستكون محمية مع وجود الضمانات المالية، وعادة ما تعلن المؤسسة مبلغ الضمان (الكفالة) الواجب تقديمها من قبل المناقص مع عرضه وإفهام المناقصين بأن لا يمكن تحليل عرضه أو الأخذ به ما لم يقترن بتقديم تلك الضمانات المالية.

خامساً: الالتزام بالأسعار

على المناقص الذي يتقدم بعرضه للمناقصة أن يلتزم بهذا العرض وعلى الأخص، الأسعار المعتمدة من قبله فلا يستطيع الرجوع عنها أو طلب تعديلها طيلة فترة إجراءات المناقصة، لأن رب العمل سيفترض بأن وضع الأسعار من قبل المقاول لم يتم إلا بعد دراسة مستوفية لواقع حال أسعار محل المناقصة، وحيث أن موافقة المناقص على تقديم عطاءه والالتزام به حتى ميعاد القبول أو الرفض من المؤسسة يمثل إيجاباً ملزماً له لذلك فلا يجوز الرجوع عن الإيجاب الملزم⁽¹⁾ إلا إذا احتفظ المناقص بحق تعديل السعر بعد مرور فترة معينة أو عدم إحالة المناقصة عليه أو غير ذلك من التحفظات، وعادة ما تقضي شروط المناقصة ببقاء العرض نافذاً "أو ملزماً" لمدة (90) يوماً فإذا ما مضت هذه المدة ولم يصدر من المؤسسة قبولاً له أو رفضاً فإن المقاول قد يكون له حق التحلل من عرضه والرجوع عنه سيما إذا كان قد تحفظ على ذلك.

المطلب الثالث

أنواع المناقصات

المناقصات قد تتخذ أكثر من صورة وتتنوع على عدة أنواع فقد تقرر المؤسسة دعوة المناقصين لتقديم عطاءاتهم بشكل سري وقد تقبل بتقديمها بشكل علني وقد تقبل من شركات معينة التقدم بالعرض دون غيرها وسنلقي الضوء بشكل موجز على نوع من ذلك :

أولاً: العقود الناتجة عن المناقصات السرية

وهي الصيغة الأكثر شيوعاً التي تلجأ إليها المؤسسة، فهي تبغي من جراء ذلك اعتبارات عديدة في مقدمتها المحافظة على النزاهة والحياد وتحاشي العلاقات الشخصية المؤثرة فالمناقصة تقدم في ظرف مختوم لا يعلم مقدمه ولا يفتح إلا من قبل اللجنة المختصة، وبذلك فإن مجال التأثيرات الجانبية والنفعية قد تنحسر في زوايا ضيقة، كما أن هذا النوع (السرية) يوفر طمأنينة أكثر حتى للمناقص إذ أن سرية تقديم العروض تحمي المناقص من افتضاح أسعاره وبالتالي

(1) انظر على سبيل المثال المواد 84 مدني عراقي و 93 مصري و 41 و 75 و 78 كويتي و 98 أردني والمواد 30 و 32 مغربي والأساس القانوني لهذا الالتزام ينبع في الغالب من إرادة المناقص المنفردة - د . حسن علي الذنون و د . محمد سعيد الرحو ، مصادر الالتزام ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002 ص66 والمصادر الأجنبية المؤيدة لهذا الرأي في هامش 2.

محاولة المناقصين المنافسين الآخرين الإنقاص من أسعارهم بنسبة متدنية لكي يحظى احدهم بالإحالة على حساب المناقص الآخر⁽¹⁾.

ثانياً: المناقصة العلنية

وبموجب هذه الصورة فإن جميع المناقصين يقدمون عروضهم بشكل علني، إذ قد يحصل في أحيان كثيرة أن تعين المؤسسة موعداً لحضورهم للتنافس العلني على موضوع المناقصة إذ يتبارى كل منهم في الإنقاص، وعادة ما يصر إلى مثل هذه الصورة في الأعمال التي لا تحتاج إلى خبرة فنية، وإذا كانت هذه الصورة تحقق الفرصة المالية الأنسب للمؤسسة إذ بموجبها تستطيع الحصول على أقل الأسعار نتيجة تنافس وتزاحم المناقصين مع بعضهم إلا أن هذا التنافس وذلك التزاحم ونقصان السعر قد يكون على حساب جودة العمل محل المناقصة.

ثالثاً: المناقصة المختلطة

وتتمثل هذه الصورة بقيام المؤسسة بدعوة أصحاب أفضل ثلاثة أو خمسة أو سبعة... الخ. عروض للتنافس بينهم حول تقديم أقل الأسعار وهنا تتحول المناقصة إلى مناقصة علنية بينهم بعد أن كانت سرية عند التقديم. وسنناقش هذا النوع عند الكلام عن إجراءات المناقصة.

رابعاً: المناقصة المحددة (المقيدة)

وبموجبها قد تقدم المؤسسة على اختيار عدد من المناقصين ممن يتم ترشيحهم بشكل محدد أو نتيجة أعمالهم السابقة أو اعتبارات فنية أو اقتصادية أو حتى سياسية أو مالية... الخ. إلى تقديم عطاءاتهم بحيث لا يسمح لغيرهم من المتعهدين التقدم للمناقصة وعندها يكون للمؤسسة الحرية في البحث عن العطاء (العرض) الأفضل بين عروضهم ولها كذلك إن تستدعي عدداً منهم للمنافسة... الخ.

(1) وقد أشارت إلى هذا النوع من المناقصات (المزايدات) المادة (79) مدني كويتي بوصفها له (المزايدات التي تجري داخل مظروف).

المبحث الثاني

الإجراءات القانونية للتعاقد عن طريق المناقصات

مراحل وإجراءات التعاقد:

أوضحنا سابقاً أن التعاقد عن طريق المناقصات لا يعدو أن يكون صورة من صور التعاقد اقتضته عوامل عديدة منها أطراف العلاقة العقدية وطبيعة محل العقد وأهميته ونطاقه ومحاولة استحضار مبدأ المساواة في تنفيذ كل ذلك، ومهما يكن من خصوصية هذا النمط من أنماط العقد فإن التعاقد عن هذا الطريق يبقى مشتركاً" مع طرق التعاقد المباشرة المتبعة في القانون المدني والتي تركز على وجود الإرادتين وسلامتها وتوافقها على موضوع العقد والأمور الأساسية فيه وزمان ومكان التعاقد وكون المتعاقدين حاضرين أو غائبين ولا يقدر من ذلك إتمامه على وفق إجراءات شكلية وتنظيمية خاصة فالعبرة بطبيعة العقد وليس في طريقة إتمامه.

وإزاء ما تقدم بيانه فإن هذه الصورة الخاصة للتعاقد التي تسعى في الأساس لإشباع حاجة اقتصادية أو تجارية أو خدمية من أنشطة المؤسسة، قد تمر بمراحل عديدة عبر أذهان المعنيين المختصين في المؤسسة قبل الإفصاح عنها للملأ.

كما تتطلب إجراءات معينة للوصول للعقد بعد الإعلان عنها ورغم أن هاتين المرحلتين قد تتداخلان مع بعضهما إلا أننا نرى مع ذلك بحث كل منها في مطلب خاص.

المطلب الأول

المراحل التمهيديّة للتعاقد

قد تستغرق هذه المرحلة عدة وقفات قبل الدعوة للتعاقد يأتي في مقدمتها مصلحة المؤسسة في الحاجة إلى محل العقد والجدوى الاقتصادية منه ومدى توفير الرصيد النقدي لإمكانية البدء والاستمرار في تنفيذه ودراسة وإعداد الجوانب الفنية والمواصفات والنماذج التي ينبغي اعتمادها، كأساس عند التعاقد، واستحصال موافقات الجهات المختصة في المؤسسة على هذه الفكرة وإظهارها للعالم الخارجي وتحويلها إلى عقد يمكن تنفيذه، وسنعرض لكل من هذه المسائل بإيجاز :

أولاً: دراسة فكرة العقد

العقد هو وسيلة لإشباع حاجة من حاجيات الفرد أو المؤسسة في العديد من المجالات، ولذلك فإن التفكير بإبرامه ينطلق من تحقيق هذه الحاجة وإشباع رغبات طرفيه. ولا تنطلق هذه الحاجة من فراغ أو ترف بل مبعثها، بشكل أساسي، هو المصلحة التي تبتغيها المؤسسة من جراء تحقيق تلك الرغبة (الحاجة) ولذلك فإن الدوائر المعنية في المؤسسة تسعى باستمرار إلى دراسة الحاجات المتغيرة والمتطورة والمصلحة المتوقعة من تنفيذها وانعكاس ذلك على المؤسسة وتفاعل تلك الأفكار مع العناصر الأخرى كالبيئة والسعر فقد تدعو حاجة إحدى المؤسسات لاستحداث خط صناعي جديد أو تطوير بعض مرافق المؤسسة أو تغيير بعض وسائل الإنتاج فيها، فدراسة فائدة ذلك وجدواها بالنسبة للمؤسسة تسبق أي إجراء لاحق تقدم عليه المؤسسة، فمن المؤكد أن هذه الدراسة تكون الأساس الذي يبنى عليه كل المراحل والإجراءات اللاحقة الخاصة بإتمام العقد وتنفيذه.

ثانياً: دراسة الجدوى الاقتصادية

لاشك أن إجراء مثل هذه الدراسة أمر ضروري للبت في ترجيح المضي نحو التعاقد من عدمه، إذ يعكف المختصون في الأمور المالية والتجارية والاقتصادية في المؤسسة على دراسة المصلحة (الفائدة) المالية المتوخاة من إجراء مثل هكذا عقد والتحقق (حتى على سبيل التخمين) من توافرها وكذلك دراسة إمكانية المؤسسة في المضي في تنفيذ مثل هكذا عقد من حيث المقومات (مثل العمال والمكان ورأس المال والزمان المناسب)، فضلاً عن أن هذه الدراسة ستعطي للمؤسسة⁽¹⁾ خيارات عديدة لاختيار الأفضل منها فلو كان هناك أكثر من خيار مثلاً لتطوير منشأة صناعية من خلال إضافة بعض الخطوط الإنتاجية فيها أو إصلاح الخطوط القائمة أو بيعها واستبدالها بأجهزة جديدة، أو استيراد مادة معينة بدلاً من إنتاجها... الخ فإن اختيار الخيار الأفضل سيعتمد بالدرجة الأساسية على القيام بمثل هذه الدراسة.

ثالثاً: دراسة الجوانب الفنية للعقد

إن القيام بهذه الدراسة ضرورة لا بد منها وتتوقف أهمية تلك الدراسة على نوع المناقصة وموضوعها وكفاءة الكادر الفني في المؤسسة، فإذا كانت المناقصة تتضمن القيام بأعمال عادية لا تحتاج إلى خبرة فنية كمناقصات التنظيف أو نقل الموظفين... الخ فإن الحاجة إلى الدراسة الفنية قد

(1) وسبل توفير الأموال اللازمة لتغطية كلفة المناقصة ومدى الحاجة إلى اللجوء إلى الاقتراض أو استخدام جزء من الاحتياطي أو زيادة رأس المال.

تبدو أقل من المناقصات الأخرى الضخمة التي تشتمل على القيام بأعمال فنية معقدة تعتمد على تكنولوجيا حديثة تتطلب القيام بأعمال فنية وعلمية متخصصة. ففي مثل هكذا مناقصات يغدو من الضروري جداً إعداد مواصفاتها والاحاطة بتفاصيلها بشكل دقيق من قبل الكادر الفني والعلمي المتخصص في المؤسسة، وللمؤسسة في سبيل الوصول إلى دراسة فنية متكاملة تشمل المواصفات والتصاميم أن تستعين بمشورة المكاتب الاستشارية التي تضم كوادراً فنية متخصصة لتتولى دراسة موضوع المناقصة وتقديم الرأي الفني العلمي الصحيح. وقد يتسع نطاق عمل هذه المكاتب الاستشارية ليسري على مرحلة التنفيذ كذلك، فتصبح تلك المكاتب سواء أكانت لأفراد أم لشركات مسؤولة عن الإشراف على تنفيذ المناقص لأعمال المناقصة بعد إحالتها عليه⁽¹⁾.

رابعاً: موافقة الجهات الإدارية العليا في المؤسسة على المناقصة

بعد استكمال دراسة فكرة المناقصة من كافة جوانبها المالية والفنية والإدارية المتقدمة يتولى المعنيون عرض مقترح المناقصة على المسؤولين في المؤسسة والوقوف على الفكرة وأوصافها وجدواها والتحفظات الواردة عليها ولأولئك المسؤولين أن يقرروا الموافقة عليها والإعلان عنها أو رفضها أو أعادتها إلى المختصين لتعديل بعض فقراتها أو إعادة دراسة نماذجها أو تصاميمها أو مواصفاتها، ومهما يكن من أمر فإن المصادقة عليها يعتبر إيداناً بتحويل المناقصة من أفكار ومقترحات إلى واقع سيرى النور من خلال الإعلان عنها والخطوات اللاحقة لذلك والقول بعكس ذلك سيجعل الدراسة الخاصة بها تأخذ محلها في الأرشيف.

المطلب الثاني

الإجراءات القانونية للتعاقد

تشكل إجراءات التعاقد عن طريق المناقصة أهم مراحل المناقصة فمثل تلك الإجراءات أمر لامناص منه للتوصل إلى عقد قانوني صحيح خالي من العيوب والثغرات القانونية، وتتم إجراءات التعاقد بمراحل عديدة قبل إبرام العقد ورسو المناقصة، فالإعلان عن المناقصة ودعوة المناقصين تشكل الحلقة الأولى تعقبها استلام العطاءات وتدقيقها من الناحية الشكلية وتمثل الحلقة الثالثة بفتح العطاءات (العروض) وتدقيقها من النواحي كافة وبعدها يحال الموضوع إلى لجنة التحليل لدراسة العروض وفحصها من كافة النواحي تمهيداً لأحالتها ويعتبر التصديق على إحالة المناقصة بعهدة أحد المناقصين (المتعاقد) المرحلة الأخيرة التي تفضي إلى إبرام العقد، ولأهمية

(1) محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص47 وما بعدها.

هذه الإجراءات في عقود المناقصة نرى تسليط الضوء عليها بشكل موجز وسنخصص لكل إجراء منها فرعاً خاصاً به.

الفرع الأول

الإعلان عن المناقصة

دعوة المناقصين للتعاقد:

بعد استكمال دراسة موضوع المناقصة وإقرار قبولها يتولى المعنيون في المؤسسة الإعلان عنها ودعوة الراغبين من المناقصين المؤهلين للاشتراك فيها والتعاقد بموجبها، ويتم الإعلان عادة بوسائل الإعلان العامة كالصحف والإذاعة والتلفزيون ولوحة الإعلانات وتعليق اللافتات وعبر مواقع الشبكة الدولية للمؤسسة، وأي من الوسائل الأخرى⁽¹⁾.

والإعلان إجراء ضروري لدعوة المتعاقدين أقرته التشريعات الخاصة بالعديد من الدول ففي مصر توجب المادة (15) من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بموجب القانون (9) لسنة 1983 أن يكون الإعلان عن المناقصة العامة في الصحف والوقائع ويجب الإعلان عنها في الخارج أيضاً إذا كانت المناقصة قد تشمل مناقصين من خارج مصر، وفي العراق فإن المادة (4) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية لسنة 1988 تقضي بوجوب نشر الإعلان عن المناقصات بالصحف المحلية والحكم نفسه في المادة (8) من تعليمات عطاءات الأشغال العامة في الأردن وكذلك المادة (3) من لائحة العقود الإدارية الليبية الصادرة عام 1955 وقد يكون الإعلان لعموم الراغبين بالتعاقد عن طريق المناقصة إذا كان موضوعها وتنفيذها لا يتطلب مؤهلات خاصة، وأما إذا كانت المناقصة مما يتطلب القيام بها مؤهلات علمية أو فنية أو تكنولوجية خاصة، فينبغي حصر الإعلان بمن يملك تلك المؤهلات التي تمكنه الدخول فيها وضمن تنفيذها - إن أحيلت عليه - كأن تكون المدة بما لا تقل عن (7) أيام كما هو الحال في الأردن وبما لا يقل عن (30) يوماً في ليبيا.

وغالباً ما يتضمن الإعلان الدعوة للاشتراك بالمناقصة واسم مشروع المناقصة وموقعها والتأمينات الواجب تقديمها ومدة التقديم التي يجب أن تكون مناسبة لتمكين العديد من المناقصين بالعلم والتهيئة والتقديم⁽²⁾ والجهة المختصة بالمراجعة، إذ أنها هي الجهة التي تتولى إعداد وترتيب

(1) محمود خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص 82 ص 83 .

(2) محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، بيت الحكمة ، بغداد ، 1989 ، ص 84.

الشروط وجداول وقوائم الأعمال والاستثمارات والمواصفات العمومية الخاصة بالأعمال والمناقص والأمور الجوهرية الأخرى⁽¹⁾، وينبغي نشر الإعلان بصيغة واحدة منعاً من اللبس والاختلاف وأن تبقى هذه الصيغة ثابتة ومعتمدة طيلة فترة الإعلان الذي قد يتكرر نشره على فترات متقطعة خلال المدة المقررة، فإذا ما دعت الحاجة إلى إجراء بعض التعديلات عليه (حذف أو إضافة أو تغيير أو إلغاء) فينبغي أن يتم ذلك بإصدار ملحق يعلن بذات الوسائل التي تم فيها الإعلان الأصلي. وقد يتكرر الإعلان لمرة أو لمرتين أو أكثر سيما إذا لم يتقدم مناقص أو عدد كافٍ من المناقصين بعروضهم للاشتراك في المناقصة.

ويهدف الإعلان عن المناقصة إطلاع الكافة من المعنيين الذين يمتنون الأعمال المشابهة لموضوع المناقصة وسعياً إلى تحقيق مبدأ المساواة في الفرص وعلنية التعاقد وخلق المزيد من التنافس المشروع بين الراغبين بالتعاقد، إلا أن ذلك الأمر ليس واجباً مفروضاً بشكل مطلق على المؤسسة فقد ترى المؤسسة دعوة عدد محدود من المناقصين ذوي الخبرة والكفاءة للاشتراك - دون غيرهم في تلك المناقصة - وعندئذ تسعى إلى توجيه الدعوات الخاصة لهم، وقد تعتبر هذه الدعوات بمثابة الإعلان المحدد. والتكليف القانوني للإعلان عن المناقصة - كما أسلفنا - أمر في غاية الأهمية نظراً للآثار المترتبة عليه، لذلك يحق لنا التساؤل عما إذا كان الإعلان يعتبر عرضاً (إيجاباً) من المؤسسة أم يعتبر مجرد دعوة موجهة للراغبين بالتعاقد الذين عليهم تقديم عروضهم، ويكون القبول بها للمؤسسة فإذا اعتبرنا، حسب الافتراض الأول، إن تلك الدعوة بمثابة العرض فهذا يعني إن المؤسسة ستكون ملزمة به ولا يحق لها الرجوع عنه بعد إعلانه إلا بانتهاء المدة وعدم ورود إشعار بالقبول من أحد المناقصين، وإن القبول بالعقد سيرد من المناقص، وهذا افتراض يصعب جداً الاقتناع به وقبوله لأن التسليم به سيثير مشاكل خطيرة يكون من المستحيل، لربما، معالجتها⁽²⁾. ثم أن القول به سيقضي على فرصة المنافسة والبحث عن أفضل الأسعار والعديد من النتائج غير المنطقية وغير القانونية الأخرى.

لذلك فلا مناص من تكييف الإعلان عن المناقصة بأنه دعوة للتعاقد أو للتفاوض توجه للمعنيين، وعلى المناقص الذي يريد تليبيتها والاشتراك بالمناقصة أن يتقدم بعرضه (أي أن يكون هو الموجب) الذي عليه الالتزام به طيلة مدة الإعلان وحتى إحالة المناقصة ويصدر القبول عن المؤسسة التي يكون لها حرية اختيار العرض الذي يقع القبول عليه ورفض وإهمال بقية

(1) انظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية القاهرة، 1984، ص 220 وكذلك د. فاروق خماس بالاشتراك مع محمد الدليمي، الوجيز في العقود الإدارية، الموصل، 1992، ص 87.

(2) مثل حالة ظهور أكثر من مناقص قبله للمناقصة

العروض⁽¹⁾، بل ويكون لها الحق في رفض كافة العروض وعدم قبول أحدها وحتى إلغاء المناقصة والإعلان عنها مجدداً⁽²⁾.

الفرع الثاني

استلام العروض

قد يستجيب العديد من المناقصين المعنيين في شؤون المناقصات سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين إلى الدعوة للتعاقد وتقديم العروض التي أعلنت عنها المؤسسة على النحو الوارد فيما سبق، فيقدموا عروضهم التي قد تسمى أحياناً (بالعطاءات) إلى اللجنة أو الهيئة المتخصصة باستلام مثل تلك العروض، وعادةً ما يقدم المناقص عرضة مكتوباً ومختوماً وموضوعاً في مغلف مختوم لكي يبقى العرض محافظاً على كتمان بنوده وشروطه طيلة فترة التقديم أو مرسلة عن طريق البريد المسجل، وقد تقدم العروض حتى عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني أو الفاكس وضمن السياقات المتعارف عليها بهذا الخصوص وبما يكفل سرية العرض وحقوق المناقص.

ويستلزم تقديم العرض العديد من القيود أو الشروط، فقد يأتي في مقدمتها وجوب تقديم الكفالة النقدية أو المصرفية بالنسبة التي تقرها المؤسسة صحبة العرض، وتضمن هذه الكفالة ضمان حسن تنفيذ العقد عند قبول العرض وإحالة المناقصة، وقد يصار إلى تقديم جزء من مبلغ الكفالة مع تعهد المناقص بإكمال التأمينات حسب النسبة القانونية المعلنة التي تتراوح بين 5-20% من مبلغ المقابلة حال تبليغه وعلمه بإحالة المناقصة عليه.

ويتضمن العطاء كافة مواصفات العمل التي يلتزم المناقص استعداده لتنفيذه على ضوء ذلك بما في ذلك الأسعار وطريقة احتسابها وتسديدها والمدة والنوعية، كما للمناقص أن يتقدم صحبة

(1) راجع ما سبقت الإشارة إليه في ص (2).

(2) ولكن التعسف في مثل هذا الإلغاء قد يرتب المسؤولية التصهيرية على عاتق المؤسسة ويعطي الحق لمن اشترك في المناقصة التي كانت تستلزم منه القيام ببعض الأعمال كالنماذج والتصاميم المجسمة والتنقل المستمر إلى مواقع المشروع المختلفة البعيدة بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة التعسف في ذلك الإلغاء؛ أنظر في ذلك: حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، بغداد، ص121 وما بعدها.

عرضه ببعض التحفظات أو الشروط التقييدية التي تعتبر جزء من العقد لا تنفك عنه وبما قد يجعل مصير المقاوله وإحالتها عليه من عدمه رهناً بقبول تلك الشروط أو التحفظات⁽¹⁾.

ويبقى مقدم العرض (الموجب) ملتزماً بعرضه طيلة الفترة المقررة لتقديم العطاءات، فلا يحق له التراجع وسحب العرض ومصدر التزامه بذلك ينبع من إرادته المنفردة، إذ تستطيع الإرادة المنفردة في التشريع العراقي وبعض التشريعات العربية الأخرى أن تلزم صاحبها في بعض الأحوال الاستثنائية ومنها الإيجاب المُلزم وتقديم العطاءات⁽²⁾.

ويبقى هذا الإيجاب مُلزماً على صاحبه طيلة المدة المقررة والمعلنة من قبل المؤسسة، فإذا انتهت تلك المدة دون إحالة موضوع المناقصة على أي من المناقصين فيحق له التحلل من التزامه والتوصل من كافة التبعات القانونية الأخرى، كما قد يجوز للمناقص إذا ما رأى أنه لم يكن موفقاً في تقديم عرضه الذي قد يتسم بالعجالة أو الجهل ببعض التفاصيل أو صاحبته بعض الأخطاء المهنية التي تجعل من تنفيذ العقد عند إحالته بعهدته بما يهدده بخسارة جسيمة لا يستطيع تداركها ... الخ أن يسحب عرضه ويتراجع عن الاشتراك في المناقصة قبل فتح العروض مقابل خسارة التأمينات المقدمة من قبله مع العرض⁽³⁾.

وقد يمكن أن يشترك في تقديم العرض أكثر من مناقص، ولكن ينبغي إعلام المؤسسة بصدد ذلك فقد تشترط المؤسسة، وهذا أمر مقرر لمصلحتها، تضامن المتقدمين في تنفيذ العقد وقد تفرض المؤسسة مثل هذا الاشتراك نظراً لما قد يسببه من مشاكل في تنفيذ العقد، كما قد تفضله أحياناً أخرى سيما إذا كان موضوع العقد يتضمن عدة فقرات يتولى كل مناقص تنفيذ الفقرة المختصة به⁽⁴⁾.

(1) التحفظ بالاشتراط على رب العمل بأن يوفر وسائل نقل العمال إلى موقع العمل أو أن تكون كلفة بعض المواد الأولية على حسابه الخاص سيما تلك التي تنسم بعدم استقرار سعرها وتوقع الطلب عليها وارتفاع أسعارها كالحديد أو الألمنيوم ... الخ .

(2) أنظر: المادة (84) مدني عراقي والتي تنص: (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد). وكذلك المادة (94) مدني سوري والمادة (98) أردني والمادة (78/2/41) كويتي والمادة (93) مصري.

(3) وعادة ما يوازي المناقص بين انسحابه وخسارة التأمينات وبقاؤه والمجازفة بقبول عرضه والتعاقد معه والخسارة المتوقعة من تنفيذ العقد ، سيما ، في عقود العمل التي تعتمد على توريد المواد الأولية ، ويختار تبعاً لذلك أهون الضررين . أنظر: محمود الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات ، مصدر سابق، ص93. وقد اعتبر الزميل انسحاب المناقص من المناقصة بمثابة الحق للمناقص ، بينما نرى أن ذلك الانسحاب لا يصل إلى مرتبة الحق ، فالتسليم بوصف العملية بالحق يعني عدم جواز مطالبتة بأي تبعات لأن مثل هذا الحق سيعطي الخيار للمناقص بالانسحاب متى شاء ، ولذلك يمكن اعتبار مثل هذا الانسحاب بأنه خيار محدد مقترن بجزء يتحقق ضده فيما لو فكر باستعماله .

(4) كاشتراك مهندس مدني وآخر ميكانيكي كهربائي مع ثالث معماري في التقديم إلى مناقصة بناء عمارات سكنية.

الفرع الثالث

فتح العروض

بعد انتهاء المدة المعلنة للتقديم واستلام العروض من الراغبين بالاشتراك في المناقصة تحيل اللجنة المختصة بالاستلام تلك العروض إلى لجنة مستقلة⁽¹⁾ تتولى فتح العطاءات وفحصها ومعرفة هوية المتقدمين بها والقيام ببعض الإجراءات الإدارية والتنظيمية والقانونية، كتدقيق وفحص العرض لبيان عدم التلاعب بفتحه سابقاً، والتأكد من مدى موافقته للإجراءات القانونية التي أعلنت عنها المؤسسة، فإذا ما وجدت أن هنالك خللاً جوهرياً مؤثراً كأن يكون العرض مثلاً خالياً من التأمينات النقدية، أو الكفالة المصرفية فإن لها إهداره واستبعاده من الدراسة والتحليل، أما إذا وجدت أن النقص أو الخلل في أمور ثانوية كأن يكون بعض مفردات عنوان المناقص غير واضح أو أن الهوية المهنية له لم تجدد أو ... الخ، فإن لها الاتصال به وإعلامه بوجود إكمال النواقص خلال فترة معينة وإلا فإن عرضه سيهمل.

كما يقع على عاتق اللجنة التأكد مما إذا كان أحد العروض قد قدم ممن كانت أسمائهم ضمن القائمة السوداء أو ممنوع من تقديم عروض المناقصة لأي سبب قانوني آخر.

وتتولى هذه اللجنة تنظيم القوائم التفصيلية بكافة المعلومات المثبتة في كل عرض وفحصها من حيث الأسعار والمدة والمواصفات العامة والتحفظات الواردة في العرض وأية شروط أو آراء أخرى وردت في العرض، وتدقق اللجنة أيضاً تفاصيل العروض من الناحية المالية والحسابية والفنية فلها التأكد، مثلاً، من أن مجموع قيمة فقرات المناقصة يتطابق مع مفرداتها.

كما يقع على عاتق هذه اللجنة تنظيم محاضر وجداول لتثبيت العروض والمستجدات الحاصلة عليها المقدمة في المناقصات العلنية، فيما إذا كانت كذلك، وتوقيع كل مناقص على عرضه وإلى آخر ما تقتضيه طبيعة المناقصة العلنية.

ويمكن وصف أعمال هذه اللجنة بأنها أعما ذات طبيعة تمهيدية وإعدادية لكي تعين اللجنة المختصة بالتعاقد وإحالة المناقصة على القيام بعملها على الوجه الأكمل⁽²⁾، إذ عليها بعد إنجاز

(1) وليس هنالك مانع من أن تتولى ذلك ذات اللجنة فتح العطاءات ودراستها وتحليلها، أنظر في ذلك: نظام الأشغال الحكومية في الأردن الصادر برقم 71 لسنة 1986. وأنظر: قانون المناقصة والمزايدات المصري المرقم (9) لسنة 1983 الذي أناط في المادة (12) منه وبعدها مهمة النظر في العروض وقبول المناقصات والبت فيها إلى لجننتين واختزلهما في لجنة واحدة إذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد عن 5000 جنيه.

(2) بهذا المعنى ولتفاصيل أوفى، أنظر: الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1984، ص 261 وما بعدها.

الأعمال المناطة بها أن تحيلها إلى لجنة التحليل والإحالة التي تتولى اتخاذ ما يلزم لقبول التعاقد من عدمه.

الفرع الرابع

تحليل العروض وإحالتها

تمثل هذه المرحلة الحلقة الأقرب إلى القبول بأحد العروض المقدمة، فمهمة هذه الهيئة (اللجنة) التي غالباً ما تضم العديد من المختصين منهم القانونيين والمحاسبين والفنيين والماليين... الخ دراسة العروض دراسة مستفيضة من كافة الجوانب سواءً القانونية أو المالية أو الفنية وتدقيق وتمحيص العروض من الناحية الموضوعية وكافة النواحي الأخرى وإجراء المفاضلة بين العروض المتنافسة لاختيار العرض المناسب، فقد تقارن اللجنة مثلاً بين المواصفات والعينات التي تتطلبها المؤسسة وبين تلك التي تقدم بها المتعاقد من حيث النوع والكم والسعر والجودة... الخ، وإذا كانت المؤسسة تعنى، في طبيعة الحال، بالسعر الأقل فإن ذلك لا يرتب التزاماً عليها بقبوله العرض الأقل قيمةً، فالأمر لا يتوقف دائماً على السعر، فقد تتفاعل عوامل أخرى لا تقل أهمية عنه معه، بل وقد تتضاد بينها، فقد يتداخل، على سبيل المثال، عنصر الجودة واعتبارات العدالة ومدى ملائمة وتناسب السعر مع واقع حال الأسعار في السوق⁽¹⁾.

لذلك تعطي المؤسسة الصلاحية الكاملة لهذه اللجنة في اختيار العرض الأفضل دون التقيد بالعطاء الأقل قيمةً، فقد يكون العرض المقدم بالسعر الأقل لا يحقق طموح المؤسسة وتطلعاتها في أن تستلم البضاعة أو العمل بنوعية جيدة ووفقاً للمواصفات الفنية التي تريدها دون التعويل على السعر.

وتشير مثل هذه المفاضلة بين السعر الأكثر انخفاضاً وبين المواصفات الأفضل من الناحية الفنية والتقنية نقاشاً مستمراً ليس أمام الجهة المختصة بالمؤسسة، بل حتى في مجال الفقه⁽²⁾ لذلك ذهبت العديد من المؤسسات إلى البحث عن العرض الأجود على حساب السعر الأقل وسلمت في أحيان عديدة بتغليب عامل الجودة على عامل نقصان السعر، ولذلك كاد مبدأ عدم التزام المؤسسة

(1) أنظر في ذلك: مورييس أندريه في بحثه الموسوم عقد الأشغال العامة، نقلاً عن: محمود خلف الجبوري، النظام القانوني...، مصدر سابق، ص 119.

(2) وقد أعطى المشرعين العراقي والأردني للجهة المعلنة عن المناقصة الحرية بقبول العطاء الأفضل دون التقيد بالسعر الأقل، أنظر نص المادة (1/15) من تعليمات الأشغال الحكومية الأردني والمادة (10) من تعليمات الشروط العامة والمواصفات المقررة من وزارة التخطيط العراقية، وأنظر المادة (79) مدني كويتي والتي جاء فيها (... ويكون الداعي إلى المزاد أن يقبل من بين العطاءات المقدمة ما يراه أصح...).

بقبول العطاء الأوطأ سعراً أن يستقر في أسلوب التعاقد عبر المناقصات وأقرته العديد من القوانين والأنظمة واللوائح، ومما قد يشفع للمؤسسة في إقرار هذا المبدأ إقدام بعض المناقصين على تهاقتهم بتقديم العروض بسعر منخفض جداً لكي يغامروا بالفوز بإحالة المناقصة طمعاً بالحصول على بعض المكاسب النقدية أو المعنوية.

ومن المبررات الأخرى ما قد يحصل أحياناً من إقدام طالب التعاقد على تقديم عرضه بسعر متدن جداً بالقياس على الأسعار السائدة لجهله، ربما، بالأسعار أو لقلة خبرته في هذا المجال، ومما لا شك فيه أن قواعد العدالة، بل وحتى مصلحة المؤسسة، قد تدفع المؤسسة لمعالجة مثل هذا الحالة بعدم التقيد بالسعر الأقل.

وقد يتمخض عن تحليل العرض ودراسته إقدام اللجنة المسؤولة عن دعوة عدد محدد من المناقصين⁽¹⁾ للتفاوض معهم حول إنقاص الأسعار أو بعضها أو تغيير بعض المواصفات أو إضافة بعض الفقرات أو إنقاص المدة أو تعديل عروضهم على نحو قد يجعل أحدها يحظى بالقبول، وعادةً ما تجنح اللجنة المختصة لمثل هذا الإجراء عندما تكون المناقصة سرية وتكون بعض من العروض المقدمة متنافسة ومتقاربة لحد كبير وعندها تنتفي صفة السرية عن المناقصة وتتحول إلى مناقصة علنية محدودة ومقصورة على من تم اختيار عروضهم.

والحكم نفسه يسري على العروض المتقاربة حتى في حالة المناقصة العلنية أو المحدودة وما تقدم عليه اللجنة لا غبار عليه، فلها وهي تمثل رب العمل البحث عن مصالحه المشروعة لأبعد ما تستطيع، وهكذا الحال في كافة العقود المهمة والكبيرة، إذ لا يتوقع التعاقد فيها دون الدخول في مفاوضات شاقة ومعقدة بين الموجب والقابل قد تستغرق مراحل زمنية متعددة وقد تنعكس حتى على الإيجاب المقدم ابتداءً، إذ قد ينجم عن تلك المفاوضات إجراء بعض التعديلات على الإيجاب المقدم ابتداءً، بل قد يقدم الموجب على تقديم إيجاب جديد، والإقدام على ذلك يعني سقوط الإيجاب القديم⁽²⁾. وللجنة المختصة إذا ما رأت المصلحة في ذلك أن تفاوض الموجب على تجزئة عرضه بمعنى تجزئة المناقصة، كما لها أن تقرر إلغاء المناقصة وإهمال كافة العروض المقدمة إذا ما تبين لها عدم ملائمة تلك العروض.

(1) وعادةً ما يكون ذلك محصوراً بين أفضل ثلاثة عروض أو حتى الخمسة من العروض التي قد تتفق مع رغبات المؤسسة.

(2) وهذا ما أشارت إليه المادة (83) مدني عراقي .

والأصل أن اللجنة المختصة بعد اختيارها للعرض الأكثر ملاءمة لها أن تقرر قبوله وبالتالي تدعو صاحبه لتوقيع العقد تمهيداً للمباشرة بالعمل وتثبيتاً لالتزامات كلا الطرفين.

وأما إذا كان نظام المؤسسة يفرض على لجنة التحليل والإحالة أن توصي بقبول أحد العروض ورفع الأمر إلى الجهات العليا أو حتى المختصة في المؤسسة لإقرار ذلك القبول فإن العقد مع المناقص (الموجب) لا يتم إلا بمصادقة هذه الجهة⁽¹⁾.

وبعيداً عن المناقشات الفقهية، فإن الرأي الراجح يرى أن التعاقد لا يتم إلا بتوقيع العقد مع الموجب، وهذا يعني بأنه في حالة عدم المصادقة على قرار اللجنة فإن توصيتها بقبول أحد العروض لا تنتج أي أثر قانوني ملزم عليها وبالمقابل فلا يرتب للمناقص حقاً تجاه المؤسسة، إلا أنه لا يمكن قبول هذا المبدأ على إطلاقه فإذا ما تبين رفض المؤسسة للعرض دون مسوغ قانوني وبشكل تعسفي وبعد أن يكون الموجب قد أنفق العديد من المصاريف لتقديمه حسب المواصفات المطلوبة⁽²⁾، فعند ذلك يحق له المطالبة بالتعويض استناداً لأحكام المسؤولية التقصيرية لعدم إتمام العقد⁽³⁾.

المبحث الثالث

آثار التعاقد بالمناقصة

عرضنا في المبحثين السابقين شروط وأركان وإجراءات التعاقد عن طريق المناقصة، ونعرض في هذا المبحث أحكام هذا العقد والآثار المترتبة عليه، فالعقد وبعد توقيعه من طرفيه ينتج التزامات وحقوق متقابلة ومتبادلة على عاتق الطرفين، فإذا ما أخل أحد الطرفين بتلك الالتزامات أو بعضها فإن للطرف الآخر الحق باللجوء إلى القضاء لضمان حقوقه القانونية.

وقد تختلف هذه الحقوق باختلاف المراكز القانونية التي تنشئها، فقد تكون تلك الحقوق لمصلحة (المناقص) وقد تكون لمصلحة المؤسسة، ولذلك سنحاول استعراض الموضوع من هاتين الزاويتين ونخصص لكل منها مطلباً خاصاً بها.

(1) وقد أقرت هذا المبدأ المادة (3/78) مدني كويتي ومما جاء فيها (... ومع ذلك إذا كان من مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه لزم إجراؤها لتمام العقد ...).

(2) كأن ينفق مبالغ طائلة على تنظيم المرتسمات أو إقامة المجسمات وعمل النماذج ... الخ.

(3) أنظر في تأصيل الحق بالتعويض: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، بغداد، ف 121-125، وأنظر في ذلك: الوجيز في النظرية العامة للالتزام للدكتور حسن علي الذنون والدكتور محمد سعيد الرحو، ص74. بينما يرى البعض أن أساس المطالبة بالتعويض يبني على فكرة الوعد بالتعاقد. ولا نرى في ذلك سند قانوني سليم لعدم وجود ذلك الوعد بالتعاقد أصلاً بين الطرفين، أنظر في ذلك: د. محمود الجبوري، ص87 ورد الدكتور فاروق خماس على ذلك في ص97.

المطلب الأول

أحكام العقد بالنسبة للمؤسسة

إذا كان التعاقد عن طريق المناقصة يشكل أحد صور التعاقد فإن آثار هذا العقد، بعد إبرامه، لا تختلف كثيراً عن الآثار الناتجة عن بقية العقود التي تقرها القواعد العامة، فالتشريعات المدنية تجمع على أن لزوم العقد بعد إتمامه ووجوب تنفيذه حسبما اشتمل عليه، ووفق مبادئ العدالة وحسن النية⁽¹⁾، فلا يحق له أن يحيل تنفيذ جزء من العقد إلى غيره ولا أن يتنازل عنه إلا بموافقة رب العمل أو عند وجود نص في العقد أو القانون يجيزان ذلك، فإذا ما أخل المتعاقد (المناقص) ببند هذا العقد كلياً أو جزئياً كأن يمتنع عن تنفيذ موضوع المناقصة أو يتأخر في تنفيذها أو يقدم على تنفيذها تنفيذاً معيباً، فقد حقت عليه أحكام المسؤولية العقدية وكان لرب العمل الحق بالمطالبة بالحقوق القانونية التي يقرها له القانون سواء وفق أحكام المسؤولية العقدية أو وفق القواعد العامة التي تجيز له طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى.

وقد تختلف المطالبة القانونية حسب نوعية المناقصة وكما سنرى في الفقرات الآتية :

أولاً: إذا كان موضوعها الالتزام بالقيام بعمل معين في مثل هذه الحالة فإذا ما أخل المتعاقد بالتزامه المذكور فإن للمؤسسة أن تختار المطالبة بتنفيذ العمل بواسطة متعاقد آخر على حسابه بأذن المحكمة أو حتى دون إذنها في حالة الاستعجال⁽²⁾ وترجع عليه بمبلغ الأذن والتعويض عن التأخير، وقد تحتفظ بعض المؤسسات لنفسها عند الإعلان عن المناقصة وشروطها أو حتى عند توقيع العقد الرجوع على المناقص المنافس الأقرب بعرضه للمناقص الممتنع عن البدء بتنفيذ العمل، وقد يتم ذلك بموافقة المناقص الثاني، وقد تشترط بعض المؤسسات إحالة العمل (موضوع المناقصة) عليه حتى دون موافقته، ومثل هذا الإجراء قد يتسم بشيء من التعسف، سيما عند فرض المناقصة على المناقص التالي دون رغبته، لذلك فإن العديد من المناقصين قد يرفضون التعاقد وفق ذلك الإجراء سيما عند تغير الأسعار في السوق عما كانت عليه يوم تقديم العرض عنها في يوم الرجوع عليه، وقد ينجم عن ذلك الرفض أحياناً منازعات قضائية لا مناص من حلها بواسطة القضاء.

(1) أنظر على سبيل المثال المادة (150) مدني عراقي و (1/148) مدني مصري و (1/149) مدني سوري و (197) كويتي.

(2) المادة (250) مدني عراقي التي تقابلها في التشريعات المدنية العربية (209) مصري و (288) كويتي و (356) أردني و (210) سوري ... الخ.

كما لها أن تتولى بنفسها القيام بأعمال المناقصة ولها أن تفرض عليه جزاءات مالية كالغرامات التأخيرية أو حتى جزاءات ضاغطة كالغرامات التهديدية أو وضع العمل تحت الحراسة الإدارية إذا كانت المناقصة مع الجهة الإدارية (الحكومية)⁽¹⁾ ولها المطالبة بفسخ العقد والتعويض⁽²⁾ سيما إذا تبين أن الجزاءات الضافطة لا تنفع معه وان الغاية من تنفيذ العقد كان مقيداً بمدة زمنية معينة فات أو انها، أو أن التعاقد معه قد استند على الاعتبار الشخصي، وروعت فيه شخصية المناقص.

ثانياً: أما إذا كان موضوع المناقصة الالتزام بتسليم شيء معين فإن للمؤسسة إلزام المتعاقد بوجوب تسليم تلك الأشياء عيناً فإذا كانت الأشياء الملزم بتسليمها من الأشياء المثلية وامتنع عن الوفاء بالالتزامه كان لها الأذن بشراء مثلها من الأسواق، أما إذا كانت من الأشياء القيمة فللمؤسسة المطالبة بأداء قيمتها أو فسخ العقد والمطالبة بالتعويض في كلتا الحالتين⁽³⁾.

وعادةً ما تستوفي المؤسسة حقها في التعويض أو استقطاع الغرامات التأخيرية من التأمينات النقدية أو الكفالة المصرفية التي قدمها المتعاقد مع عرضه قبل التعاقد لضمان حسن تنفيذ العقد.

ويلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد كما قلنا، تنفيذاً صحيحاً سليماً، والتزاماته بأحكام العقد تبقى قائمة حتى بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد إذا ما كان قد اتفق مع المؤسسة على ضمان أعماله لمدة معينة بعد انتهاء العقد أو كان ذلك مقرر عليه بحكم القانون⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

أحكام العقد بالنسبة للمتعاقد (المناقص)

تطبيقاً لمبدأ الالتزامات المتقابلة والمترابطة فإن للمتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ المناقصة إذا أخلت المؤسسة بالتزاماتها تجاهه⁽⁵⁾، فله أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته ويصبح امتناعه مشروعاً إن

(1) أنظر في تفصيل ذلك: النظرية الجزاءات في العقد الإداري، د. عبد المجيد فياض، القاهرة، 1975، ص167 وما بعدها.

(2) المادة (177) مدني عراقي و (209) كويتي و (157) مصري و (158) سوري.

(3) وهذا ما نصت عليه المادة (2/242) مدني عراقي، والمادة (205) مدني مصري، والمادة (206) سوري والمادة (285) مدني كويتي.

(4) كالضمان العشري الذي يوجب على المقاول والمهندس ضمان ما يحدث من تدهم كلي أو جزئي وغيرها من عيوب في الأبنية خلال مدة (10) سنوات من وقت تسليم العمل (م 870) مدني عراقي و (692) كويتي و (617) سوري و (651) مصري.

(5) المادة (282) مدني عراقي المقابلة للمواد (318) كويتي و (247) سوري.

أخل الطرف الآخر بالوفاء بالتزاماته، فإذا ما كانت موضوع المناقصة عملاً تدفع أقيامه على دفعات، فالمتعاقد التوقف عن الاستمرار بالعمل إن لم تسدد له أثمان العمل المنجز من قبله ... وهكذا.

وله أيضاً طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض عند إخلال المؤسسة بالتزاماتها وذلك كله تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

وإذا كانت العديد من عقود المناقصات تعطي الحق للمؤسسة بإلغاء المناقصة حتى بعد البدء بتنفيذها فإن للمتعاقد المطالبة بما صرفه وبالتعويض عن الأضرار التي أصابته متمثلة بالأرباح المتوقعة التي فاتت عليه⁽¹⁾.

كما له المطالبة بالتعويض، كذلك إذا ما أقدمت المؤسسة على إلغاء المناقصة بشكل تعسفي سواء قبل تنفيذها أو أثناء تنفيذها.

وله الحق بالمطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة المعروفة في الفقه الإداري والمدني على السواء سيما إذا كان عقد المناقصة من العقود الزمنية المستمرة واستجبت أثناء العقد ظروف تجعل تنفيذه مرهقاً وتهدهد بخسارة جسيمة⁽²⁾.

(1) المادة (885) مدني عراقي و (629) مدني سوري و (688) كويتي و (663) مصري.
(2) أنظر في شروط هذه النظرية د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو في مؤلفهما الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، عمان، 2002، ص194 وما بعدها. وأنظر المواد (4/146) عراقي و (205) أردني و (2/147) مصري و (198) كويتي و (2/148) سوري.

المصادر

1. أبن منظور، لسان العرب، ج3، دار لسان العرب، بيروت، لبنان.
2. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، شركة التايمس، بغداد.
3. د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2001.
4. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، 1984.
5. د. السنهوري باشا، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1952.
6. د. فاروق أحمد خماس، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، الموصل، دار الكتب للطباعة والنشر، 1992.
7. د. عبدالمجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
8. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بغداد، بيت الحكمة، 1989.
9. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
10. د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني للشبكة الدولية، بيروت، 2000.