مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة
اسم الكاتب: أ.م.د. عارف صالح مخلف، علي مخلف حماد
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/521
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 10:00 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة

أ.م. د. عارف صالح مخلف

جامعة الأنبار / كلية القانون والعلوم السياسية

علي مخلف حماد

طالب ماجستير

جامعة الأنبار / كلية القانون والعلوم

ABSTERECT

Freedom of competition means, free access to the tender announced by the administration within the limits prescribed by law, and in this sense is the principle of free competition principles governing public procurement system, but this principle does not tie the hands of management completely, but still has the discretion to enable them to deny some people apply for participation in public tenders for reasons that are punitive or preventive determined both legal provisions or under the authority of traditional management, as well as the right of management to exclude the tender after its submission for failing to satisfy the conditions of the tender or the inefficiency of the front, and the administration should not deviate from the causes and controls of deprivation and exclusion, and only promised in the abusive use of its right

الملخص

حرية المنافسة تعني , حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون ، وبهذا المعنى يعد مبدأ حرية المنافسة من المبادئ الحاكمة لنظام المناقصات

العامة , بيد أن هذا المبدأ لا يغلّ يد الإدارة تماماً ، وإنما تبقى لها سلطة تقديرية تمكنها من حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمشاركة في المناقصات العامة لأسباب قد تكون جزائية أو وقائية يتقرر كلاهما بنصوص قانونية أو بمقتضى سلطة الإدارة التقليدية ، فضلاً عن حق الإدارة في استبعاد العطاء بعد تقديمه لعدم استيفائه لشروط المناقصة أو لعدم كفاءة مقدمه ، وعلى الإدارة أن لا تحيد عن أسباب وضوابط الحرمان والاستبعاد وإلا عدت متعسفة في استعمال حقها .

المقدمة

مما لاشك فيه ان الإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها , إذ يتعين عليها أن تسلك سبلا محددة , وتتبع إجراءات وضعتها القوانين والأنظمة , حماية للمصلحة العامة والمال العام من جهة وحماية موظفيها من جهة أخرى , وتخضع الإدارة عند إبرام عقودها إلى جملة من القيود والإجراءات تختلف فيما بينها باختلاف نوع العقد وطبيعته , كما تختلف بلا شك عن صيغة التعاقد بين أشخاص القانون الخاص ,

ويعد أسلوب المناقصة العامة من أهم الأساليب التي نظمتها القوانين , كطريق تسلكه الإدارة في سعيها لهذا الأمر , وتعرف المناقصة بأنها : (طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً ، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أداؤها) [1] .

والإدارة عند سلوكها سبيل المناقصة تتقيد بمبادئ هامة تنضبط على هداها إجراءات المناقصة , ويتحقق بها ما تتغياه الإدارة بالتجائها إلى المناقصة في اختيار متعاقديها , وأهم هذه المبادئ : علنية التعاقد ، وحرية المنافسة ، والمساواة بين المتنافسين , فإذا ما حجب أحدها عن مناقصة ما , فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة في نتيجتها .

ويعد مبدأ حرية المنافسة أهم هذه المبادئ ؛ كونه يكفل لكل من تتوافر فيه شروط المناقصة أن يتقدم بعطاء للمشاركة فيها , فهو ظاهرة صحية تعمل على تطوير العمل وتدفع به نحو التقدم .

ويأتي اختيارنا الموضوع ميداناً لهذا البحث للدور المهم الذي تؤديه حرية المنافسة في معظم النشاطات الاقتصادية بوجه عام وفي مجال العقود الإدارية بوجه خاص وذلك سواء على المستوى المحلي أم الدولي , فضلا عن ذلك فإن حرية المنافسة تؤدي دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد وتحد من المنازعات في المستقبل , ولكون الموضوع لم يوليه الباحثون في العراق ما يستحق من دراسة رغم أهميته , فضلا عن تناثر التشريعات العراقية وقصورها عن الإحاطة بالموضوع بشكل وافي , كما ان هذا الموضوع على قدر من الأهمية ولاسيما في العراق بعد التحول الذي حصل بعد الأحداث التي جرت عام **2003** , وفتح الباب على مصراعيه أمام الشركات العراقية والأجنبية للعمل لإعادة

اعمار العراق وإعادة تأهيل وبناء البنية التحتية.

وان الباحث ليواجه في هذا الموضوع صعوبة ليس بسبب قلة ما كتب عن القانون الإداري بصفة عامة وعن الموضوع بصفة خاصة في الفقه الإداري في العراق فحسب , بل بالنسبة للقضاء الإداري في العراق حيث تكاد تنعدم القرارات التي صدرت في موضوع البحث , لذا آلينا اختيار هذا الموضوع والولوج في متاهاته ولم شتاته لنقدم ولو بصيص من النور للقانونيين والفنيين العاملين في مجال التعاقد الحكومي .

وقد اعتمدنا المنهج التحليلي المقارن نظراً لأهمية هذا المنهج واستخداماته الواسعة في مجال الدراسات القانونية , بين بعض القوانين وبين ما جاء في التعليمات المتعلقة بإبرام العقود الحكومية في العراقي .

وتم تناول الموضوع على وفق خطة محكمة البناء تنقسم على مبحثين , نتناول في الأول : ماهية حرية المنافسة وتنظيمها القانوني , وفي الثاني : حدود حرية المنافسة .

المبحث الأول

ماهية حرية المنافسة وتنظيمها القانوني

بغية التعرف على هذا المبدأ بصورة واضحة وجلية , فأننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول مفهوم حرية المنافسة , وفي الثاني التنظيم القانوني والقضائي لمبدأ حرية المنافسة .

المطلب الأول

مفهوم حرية المنافسة

المنافسة لغة : الرغبة في الشيء والانفراد به , أو المغالبة على الشيء ، ونافست في الشيء منافسة : إذا رغبت فيه ، وتنافسوا فيه ، أي : رغبوا ، وفي التنزيل العزيز : {وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ} (□) ، أي : وفي ذلك فليتراغب المتراغبون (□) .

أما اصطلاحاً : فإن المنافسة تعني : تعدد القائمين أو الممارسين للنشاط الاقتصادي . أما حرية المنافسة فتعني : العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون الاقتصاديون لنفس النشاط ، وأن يستمروا في هذه المنافسة من دون قيود (□) .

والحرية هي جوهر المنافسة ، فلا منافسة من دون حرية اقتصادية ، ويبدو هذا المعنى بوضوح في قانون حماية المنافسة المصري ، إذ ينص على أن : (تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها)(□).

والمنافسة ظاهرة إنسانية عموماً وتجارية على وجه الخصوص ، وتعني السعي لتقديم الأفضل من قبل الآخرين ، وقد ظهر هذا المبدأ منذ بدء الخليقة ، عندما بدأ الإنسان يتناول موضوع البيع والشراء والعمل (□).

وتجدر الإشارة إلى أن الاقتصاد الإسلامي يقوم على مبدأ المنافسة الحرة ، وفي ذلك يقول ابن خلدون في مقدمته : (إن الرعايا متكافئون

في اليسار متقاربون ، ومزاحمة – أي منافسة – بعضهم بعضاً تنتهي إلى غاية موجودهم أو تقرب)[□] ، وهذا التكافؤ أو التقارب ركن من أركان المنافسة ، فالمنافسة لا توجد إلا إذا كان عدد البائعين كبيراً ، وكانت قواهم متكافئة أو متقاربة[□] .

أما في نطاق المناقصة فإن حرية المنافسة تعني : (حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون ، وبهذا المعنى يعد مبدأ حرية المنافسة من الإجراءات الحاكمة لنظام المناقصات العامة)[□].

وأن حرية المنافسة تعني : (فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة) [□□] ، فكل فرد أو هيئة تأنس من نفسها القدرة على أداء العملية المطروحة تستطيع أن تتقدم بعطاء فيها [□□] .

ومن مقتضيات هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه ، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها الإدارة ، ولا يجوز للأخيرة أن تمنع أياً من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة ما دامت شروطها تتوافر فيه [□□] .

ويجد مبدأ حرية المنافسة في المناقصات العامة مبرراته وأساسه الفلسفي في نوعين من الأسباب : نظرية وعملية :

أما الأسباب النظرية فتتجلى في :

1- فكرة الحرية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة ، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة [□□] .

2- وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين ، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المتنافسين التي تدعوها وتلك التي تبعدها [□□] .

وأما الأسباب العملية فتتجلى في :

1- تعدد العطاءات مما ينتج عنه تحقيق غرض المناقصة العامة في تعاقد الإدارة مع صاحب العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً من الناحية الفنية [□□] .

2- ضمان نزاهة إجراءات المناقصة ، فالإدارة ليست حرة في تحديد المتعاقد معها ، وبذلك تمنع شبهة المحاباة عن موظفي الإدارة الذين ينهضون بعبء إجراءات المناقصة [□□] .

3- أن حرية المنافسة تحرك كل القوى الاقتصادية الموجودة ، فهي تجيز الدخول إلى المناقصة للجميع ، ولاسيما المشاريع المتوسطة والصغيرة [□□] .

4- إن المنافسة تجعل الإدارة ملمة بكل معطيات السوق ، مما يفسح المجال لها للاختيار الدقيق المتنور [□□] .

وبهذا فإن حرية المنافسة تؤدي إلى فتح المجال لتقديم أكبر عدد ممكن من العطاءات في المناقصة التي تطرحها الإدارة ، من قبل كل من

هو قادر ومؤهل لتنفيذ التوريدات أو الأشغال أو الخدمات محل المناقصة ، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى نتائج إيجابية لصالح الاقتصاد الوطني بشكل عام ، فهو ينعش الحياة الاقتصادية ، ويشغل الأيدي العاملة ، ويضمن مصالح الدولة ، ويحفظ المال العام ، ويطور البحث العلمي والدراسات المتعلقة بالمشاريع الإنشائية أو الخدمية ، ويحقق العدالة لأبناء المهنة [□□] .

بيد أن مبدأ حرية المنافسة ليس مطلقا , إذ ترد عليه قيود متعددة , منها ما يرجع إلى طبيعة المناقصة , ومنها ما يتعلق بصلاحية المناقصين , أما ما يتعلق بطبيعة المناقصة فنجد أن المناقصة المحدودة أو المحلية بطبيعتها مقصورة على أفراد معينين ، ومن ثم تكون المنافسة بين من لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم [□□] ، وقد يبدو ذلك خروجاً على مبدأ حرية المنافسة لكن الواقع غير ذلك ؛ لأن المناقصات ليست من الأعمال ذات الأثر المحدود بحدود مصالح أطراف العلاقة التعاقدية التي تنشأ بينهما ، إذ إن العقود التي تفضي إليها المناقصات توجب اختيار متعاقد ذي كفاءة مالية وفنية , وذي خبرة تدل على أن اشتراكه في المناقصة ليس من قبيل المغامرات التجارية ؛ لكونها عقودا تتعلق بمصالح عامة ، لذا يمكن القول إن مسألة اختيار المتعاقدين مع الإدارة تتطلب شروطا لا تقل صرامة عن شروط اختيار العاملين لديها ، فيدخل في سلطتها تحديد شروط اختيار كلاً منهم [□□], أما ما يتعلق بصلاحية المناقصين فسنتطرق إليه مفصلا في الفرع التالي .

المطلب الثاني

التنظيم القانوني والقضائي لمبدأ حرية المنافسة

لأهمية هذا المبدأ حرص المشرعون على النص عليه في صلب التشريعات المقارنة ، فقد نص عليه تقنين عقود الشراء العام الفرنسي رقم 729–64 والصادر بتاريخ 1964/7/17 , في المادة (85) بالنسبة للمناقصات في عقود الدولة ، وفي المادة (281) بالنسبة للمناقصات في العقود المحلية [□□] , كما أشار إليه تعديل تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 15–2004 بتاريخ 2004/1/7 ، إذ نصت المادة (1) منه على مايلي : (في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها ، يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة ، المساواة بين المتعاقدين ، والشفافية في الإجراءات)[□□] .

كما نصت على هذا المبدأ المادة (12) من التوجيه الأوربي رقم 18–2004 لسنة 2004 [□□] والخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات [□□] .

أما في مصر , فقد أقره قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 , إذ نصت المادة (2) منه على أن : (تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافئ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ...) .

وعلى هذا الاتجاه سارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم 1 لسنة 2008 ، إذ اشترطت أن تتسم إجراءات المناقصة

العامة بالعمومية والتنافسية والعدالة والشفافية والعلنية(□□).

أما في القضاء , فقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على أهمية هذا المبدأ , إذ تقول : (من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين . والمقصود بحرية المنافسة , هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه ، بإجراء سواء كان عاماً أو خاصاً ...) (□□) .

وفي ذات الاتجاه سارت المحكمة الإدارية العليا في مصر , إذ تقول : (... المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة , ولا يأتي تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة , وجعل المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد أو استثناء , وإلا أختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص , مما يخرج المناقصة من الهدف الذي تقررت لأجله ...) (□□)

المبحث الثاني

حدود مبدأ حرية المنافسة

سبق منا القول بأن الإدارة عند لجوئها إلى أسلوب المناقصة ، تبتغي تحقيق مصالحها المالية والفنية ، لذا فهي تسعى إلى جلب أكبر عدد من العطاءات من خلال فتح باب المنافسة لكل من تتوافر فيه شروط المناقصة لتختار أفضلها ، وهذا هو مبدأ حرية المنافسة .

بيد أن هذا المبدأ لا يغلّ يد الإدارة تماماً ، وإنما تبقى لها سلطة تقديرية تمكنها من حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمشاركة في المناقصات العامة ، أو استبعاد بعض العطاءات المقدمة لعدم استيفائها للشروط الأساسية للمناقصة ، وفي كل ذلك على الإدارة أن لا تتعسف في قراراتها تلك ، وأن تتغيا المصلحة العامة .

وقد أيد القضاء الإداري هذه السلطة الممنوحة للإدارة للحدّ من مبدأ حرية المنافسة ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصرية : (... غير أن هذه الحرية ليست مطلقة ، فأحياناً تتقيد ببعض القيود ولا يكون لبعض الأشخاص حق التقدم للمناقصات ، إما لأسباب عقابية أو وقائية ، كما أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان :

أولهما : يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة .

وثانيهما : يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة ، من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء هذه الأعمال ، مستهدية بذلك أن لا يتقدم للمناقصة إلا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم ، فتوفر بذلك كثيراً من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت ...) (□□) .

وإذا كانت سلطة الإدارة في الحد من حرية المنافسة ، تتمثل بحقها في حرمان بعض الأشخاص أو استبعاد بعض العطاءات من التنافس على المناقصات التي تعلنها ، فإن هناك فوارق أساسية بين الحرمان والاستبعاد ، وكما يأتي(□□).

1- الحرمان إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات طبيعياً كان أم معنوياً ، أما الاستبعاد فيعد إجراءً موضوعياً يرد على عطاء معين في مناقصة ما .

2- يهدف الحرمان إلى منع الشخص من التقدم إلى المناقصات التي تجريها الإدارة ، أما الاستبعاد فيهدف إلى إبعاد عطاء معين قدم في مناقصة ما وحرمانه من السير في إجراءات المناقصة حتى منتهاها .

3- الحرمان إجراء عام يطبق على عدد غير محدود من المناقصات طيلة مدة سريانه المحددة في القرار الصادر بإعماله ، والتي قد تكون لمدة محدودة أو بدون تحديد مدة ، كما قد يكون في حدود مالية معينة أو بغير حدود ، وفيما يتعلق بأنواع معينة من المناقصات أو يشملها جميعاً ، ويلزم لتنفيذه إصدار قرارات فردية باستبعاد المحرومين في كل مناقصة .

أما الاستبعاد فهو إجراء فردي يصدر في كل حالة على حده ، وبمناسبة مناقصة واحدة معينة بالذات ، ويكون محله استبعاد أحد العطاءات المقدمة لمخالفته الشروط المقررة كإجراء وقائي .

وبناء على ما سبق نتناول في هذا المبحث الحرمان والاستبعاد في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

الحرمان من المنافسة في المناقصة

الحرمان قرار إداري يحول دون تقدم شخص ما للمنافسة في التعاقد مع الإدارة (□□) ، وتباشر الإدارة سلطتها في الحرمان عن طريق إصدار قرار بمنع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من التقدم للمنافسة في المناقصات العامة التي تطرحها الوزارات أو الدوائر الحكومية المختلفة ، وقد يكون الحرمان لمدة محدودة أو غير محدودة ، وشاملاً لكافة الأشغال العامة والتوريدات والخدمات أو يقتصر على بعضها (□□) ، ويترتب على قرار الحرمان عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم ولو كانت مستوفية لكافة شروط المناقصة (□□) .

وعلى ذلك نتناول في هذا المطلب أنواع الحرمان , والأحكام القانونية لقرار الحرمان في فرعين على التفصيل الآتي :

الفرع الأول

أنواع الحرمان

والحرمان نوعان ، نوع جزائي وهو عقاب يتم إيقاعه على المقاول أو المورد ، ونوع آخر وقائي يتقرر لحماية المصلحة العامة من دون أن

يكون فيه معنى الجزاء (□□) ، وهذا ما سنتناوله في المقصدين الآتيين :

المقصد الأول

الحرمان الجزائي

وهو الحرمان الذي يتم إيقاعه على الشخص كجزاء , ويجد هذا الجزاء سنده إما بنص القانون كعقوبة أصلية أو تبعية ، أو بقرار من الإدارة نتيجة أخطاء ارتكبها المقاول أو المورد في تعاقدات سابقة معها (□□) .

أولاً : الحرمان الجزائي بنص القانون

ويتم إيقاع هذا الحرمان بمقتضى نصوص قانونية أو تنظيمية جزائية في صورة عقوبة أصلية أو تبعية , عن أفعال ارتكبها الشخص – طبيعياً كان أم معنوياً – لذا فإن سلطة الإدارة في إيقاع هذا الجزاء بالحرمان لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للنصوص القانونية (□□).

وعادة ما تنص التشريعات المقارنة على حرمان أي مورد أو مقاول من المشاركة في التنافس على المناقصات التي تعلنها الإدارة ، إما بإدراج الاسم في القائمة السوداء أو بشطبه من سجل الموردين والمقاولين لدى جهة الإدارة ، وذلك لارتكابه مخالفات منصوص عليها في تلك التشريعات ، أو كعقوبة تبعية في حالة الحكم على الشخص بعقوبة جنائية ، أو نتيجة لفقد الاعتبار بسبب الحكم بالإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية (□□) .

ففي فرنسا ، نص قانون العقوبات الفرنسي لعام 1993 على الحرمان من المنافسة كعقوبة تبعية للعقوبات الأصلية لجرائم محددة هي (□□) : خيانة الأمانة (المادة 314) ، تزوير إشارات وعلامات السلطة (المادة 444–1)، غصب الوظائف (المادة 433–18) ، غصب الوثائق (المادة 433–17 و 433–25) ، وأي جريمة ضد البشرية (المواد 211–1 ، 212–1 ، 212–3) ، أما تقنين عقود الشراء العام الفرنسي لعام 1964 فقد نصت المادة (48) منه على عدم جواز قبول عطاءات الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين أُشهرَ إفلاسهم أو الذين هم قيد التصفية القضائية (□□) ، كما تنص المادة (52) من ذات التقنين على حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي لم يقدم الإقرار الضريبي حتى آخر يوم من السنة السابقة للسنة التي جرى فيها الإعلان عن المناقصة ، وحرمان من يتخلف عن سداد المستحقات المالية التي ترتبها بذمته قوانين التأمين الاجتماعي (□□) , في حين تنص المادة (49) من التقنين ذاته على الحرمان الجزائي كعقوبة تبعية في الحالات الآتية (□□) :

– كل شخص يحكم عليه بعقوبة جزائية في إحدى المخالفات المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة .

– كل شخص معنوي يتصرف باسمه أحد الأشخاص المحظور دخولهم في المناقصات الحكومية للأسباب المشار إليها في الحالة السابقة .

- المشروع الذي يحكم على مديره بالتهرب الضريبي ، يمنع من دخول المناقصات العامة طيلة فترة وجود هذا المدير في المشروع .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية , يتقرر الحرمان الجزائي في لائحة العقود الحكومية , إذا أدين المقاول بارتكاب جريمة جنائية أو أتهم بأي مما يأتي [□□]:

1- ارتكاب غشاً أو تدليساً أو دفع عمولة أو رشوة , بقصد الحصول على عقد حكومي أو حصة في عقد حكومي [□□].

2- مخالفة المقاول لقوانين تتعلق بمنع الاحتكار (antitrust) سواء كانت القوانين اتحادية أم قوانين الولاية التي يتم فيها التعاقد , وذلك فيما له علاقة بتقديم العطاءات [□□].

3- إذا أدين المقاول بارتكاب جريمة اختلاس أو سرقة أو رشوة أو تهرب ضريبي أو إخفاء أو شراء أشياء مسروقة , لكونها من الجرائم المخلة بالشرف , وتفقد مرتكبها شرط حسن السمعة الواجب توافره في المتعاقد مع الإدارة [□□].

4- إذا قام المورد عن عمد بوضع ملصقات على سلع يوردها لجهة حكومية مدون عليها عبارة (صنع في الولايات المتحدة الأمريكية) وهي مصنعة في دولة أخرى , ذلك أن المنتجات الأمريكية تحظى بأولوية في إبرام العقد الحكومي [□□].

5- قيام المتعاقد بسلوك مشين من شأنه أن يفقده حسن السمعة , بما يفقده ثقة الإدارة , بحيث يكون من مصلحتها عدم التعامل معه مرة أخرى , كحالة ارتكابه خطأ في عقد حكومي سابق أدى إلى حصول ضرر كبير للجهة الإدارية [□□] .

أما في مصر ، فقد أقرت المادة (25) من قانون العقوبات الحرمان الجزائي كعقوبة تبعية ، إذ تنص على أن : (كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية : أولاً : القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة ...) [□□] .

أما في العراق , فقد نص قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004 في القسم (9) على حرمان الأفراد والكيانات – أي الأشخاص المعنوية – من الدخول في المنافسة المتعلقة بالتعهدات العامة الحكومية على أساس سوء التصرف ، وعد من حالات سوء التصرف (إذا أدين بجريمة جنائية) [□□] ، وفي هذه الحالة يعد الحرمان كعقوبة تبعية .

كما أقرت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 ، إدراج المتعاقدين في القائمة السوداء – أي حرمانهم من المنافسة في المناقصات – وفقاً للآلية المبينة في تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين [□□] ، وبالعودة إلى هذه التعليمات نجدها قد حددت الحالات التي يتم إدراج مرتكبها في القائمة السوداء ، وكان منها : (أ- التعامل مع

الشركات الأجنبية المقاطعة . ب- ثبوت رشوة أحد منتسبي الحكومة . ج- ثبوت القيام بتزوير العطاءات أو أية وثيقة من مستندات المقاولة ....) (□□) ، وبهذا فإن الحرمان يتقرر كعقوبة تبعية في الفقرتين (ب و ج) ، في حين يكون كعقوبة أصلية في حالة التعامل مع الشركات المقاطعة ، ومنها الشركات التي تتعامل مع إسرائيل (□□) ، وذلك تطبيقاً لما أقره مجلس جامعة الدول العربية في منع التعامل مع الشركات التي يثبت تعاملها مع إسرائيل بأي وجه من وجوه التعامل ، بحسب ما ورد في المادة (1) من مشروع القانون الموحد لمقاطعة إسرائيل , الذي أقره مجلس الجامعة في دورته الثانية والعشرين , بجلسته المنعقدة بتاريخ 11 كانون الأول 1956 (□□) .

ثانياً : الحرمان الجزائي بقرار من الإدارة

وهو جزاء يتم إيقاعه بقرار يصدر من جهة الإدارة على المورد أو المقاول ، نتيجة إخلاله بالتزامات عقدية ، أي عن أخطاء ارتكبها سببها التنفيذ المعيب لعقود سابقة مع الإدارة ، سواء كان منصوصاً على ذلك في العقد أم في دفتر الشروط أم لم يكن قد ورد النص عليه فيهما (□□) .

ومن ثم يعد هذا الحرمان جزاءً تعاقدياً تطبيقاً لنظرية الجزاءات في العقد الإداري ، ولذلك فهو يخضع لأحكام هذه النظرية بعدَهِ سلطة مقيدة تخضع لرقابة القضاء (□□) .

والحرمان الجزائي الذي توقعه الإدارة ويكون منصوصاً عليه في العقد أو في دفتر الشروط لأسباب محددة بأوضاع وشروط معينة ، الأصل فيه أنه لا يمكن إيقاعه ما لم تتحقق تلك الأسباب (□□) ، أما في حالة عدم وجود مثل هذا النص فإن الإدارة يكون لها أن تقرر الجزاء ذاته نتيجة أي تقصير أو خطأ تعاقديين صادرين عن المتعاقد متى ثبت هذا الخطأ أو ذلك التقصير (□□) , وقد تأيد ذلك في قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية إذ تقول : (إذا ثبت من وقائع الدعوى أن تأخير المقاول كان ناشئاً عن تراخيه وضعف قدراته الفنية مما اضطر وزارة الأشغال لإصدار قرار بمنعه من القيام بعمليات المقاولات التي تطرحها .... فإن هذا القرار المطعون فيه يكون قد صدر من سلطة مختصة وبباعث من المصلحة العامة ، وقد استند إلى أصول ثابتة في الأوراق تؤدي إليه ، ومن ثم فهو قرار صحيح لا تشوبه شائبة) (□□)

وتخضع الإدارة عند مباشرتها لسلطتها في إيقاع الحرمان كجزاء تعاقدي لرقابة القضاء من حيث الوجود المادي أو القانوني للأسباب التي أدت إلى إصدار قرار الحرمان (□□) ، وكذلك من حيث الوصف القانوني للمخالفة المنسوبة للشخص المحروم فيما إذا كانت تشكل مخالفة جوهرية بما يخص نظام العمل وحسن سير المرفق (□□) .

ففي فرنسا ، يتقرر الحرمان كجزاء عن الإخلال بالتزامات سابقة نتيجة ارتكاب المورد أو المقاول خطأ تعاقدياً ، وعادة ما ينص العقد أو

دفتر الشروط على المخالفات التي تستوجب الحرمان ، وفي هذه الحالة لا يمكن للإدارة أن تخرج عن المخالفات التي حددها العقد لتقرر الجزاء ذاته ، أما إذا لم ينص العقد على المخالفات التي تستوجب الحرمان فيمكن للإدارة أن تقرر الحرمان نتيجة أيّ تقصير أو خطأ تعاقدي صادر عن المتعاقد معها ، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري من حيث الوجود المادي والقانوني لأسباب قرار الحرمان (□□) .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتقرر الحرمان بسبب وجود تاريخ سيء للمقاول مع الإدارة لأحد الأسباب التالية (□□) :

1- بسبب تنفيذه عقوداً حكومية سابقة تنفيذاً خاطئاً أو معيباً (□□).

2- فشل المقاول في عقود سابقة مع الإدارة في المحافظة على موقع تنفيذ العقد الحكومي كمكان خالي من المخدرات (□□) .

3- مخالفة المقاول لقوانين تشغيل الأجانب وقوانين الهجرة (□□) .

أما في مصر ، فقد نصت المادة (24) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أن : (يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين : أ- إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة ، أو في حصوله على العقد . ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر . ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند (أ) من سجل الموردين أو المقاولين وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك ، لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية ...) .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (27) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 9 لسنة 1983 الملغى ، كانت تنص على شطب اسم المتعاقد – إضافة إلى ما ورد بالمادة (24) آنفاً – في حالة تقديم المتعاقد رشوة إلى موظفي الجهات المتعاقدة .

ويرى بعض الفقهاء أنه وإن لم يرد ذكر الرشوة في القانون النافذ فإنها تدخل ضمن حالات الغش والتلاعب المشار إليها في المادة (24) منه (□□) .

وقد أرسى القضاء الإداري المصري مبادئ عدة فيما أصدره من أحكام تتعلق بحظر التعامل بسبب الغش والتلاعب الواردين بالمادة (24) ، وفي ضوء هذه الأحكام يمكن أن نقرر الآتي :

1- أن مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد ، فالغش يقتضي علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد في حقيقة الشيء المسلم أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها ، ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب (□□) .

2- لا سبيل إلى حصر التلاعب أو تحديد صوره ، إلا أنه على أية حال لا يجاوز الإهمال ولا يرقى إلى مرتبة الغش ، ويفترض إتيان

المتعهد أعمالاً تنم عن عدم جديته في تنفيذ التزاماته ومحاولة إيجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعته غير المشروعة (□□).

3- أن غش أو تلاعب من يستعين بهم المتعاقد لا يُستفاد منه بالضرورة غش أو تلاعب الأصيل ، إذ يتعين لوصف المتعاقد بالغش في التزاماته أن يثبت سوء نيته ، أي علمه بما اقترفه من استعان بهم من مخالفات تستحق الجزاء ، وأتى من الأفعال ما يخفيها عن جهة الإدارة (□□) .

4- إن حق الإدارة الذي أقرته المادة (85) من اللائحة الملغاة – يقابلها المادة (24) من القانون رقم 89 لسنة 1998 – في فسخ العقد وشطب اسم المتعاقد في حالة وقوع غش أو تلاعب ، لا يخلّ بحق الإدارة في شطب اسم المتعاقد في حالة عدم فسخ العقد ، أي أن النص المشار إليه لا يحرم الإدارة من حقها في شطب اسم المتعاقد الذي يستعمل الغش أو التلاعب في حالة ما إذا لم يفسخ العقد ، إذ يبقى لها دائماً حقها في استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ، على فرض أن استعمال الغش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد أو المقاول بحسن السمعة (□□) .

5- إن تخلي المتعاقد عن التزامه وحقوقه في عقد مبرم مع الإدارة ، لشخص محروم من دخول المناقصات ، هو من قبيل الغش والتلاعب مما يفسخ به العقد تلقائياً ، ويبرر حرمان المتعاقد الأصلي من دخول المناقصات (□□) .

أما في العراق فنجد أن القسم (9) من قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 ، والذي جاء بعنوان : (المنع من المشاركة) قد أقر منع الأفراد أو الكيانات من الدخول في المناقصات ، وذلك لعدة أسباب كان منها : (... ثانياً : التقصير المتعمد بالأداء فيما يتعلق بشرط أو الشروط المادية للعقد العام .... رابعاً : سوء تصرف آخر يشير إلى تقصير متعلق بنزاهة العمل ، أو صدق العمل الذي يؤثر بشكل خطير ومباشر على قدرة المقاول بأداء واجبه) (□□) .

ويستفاد من هذا النص حق الإدارة في منع الأشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين من المشاركة في التنافس على المناقصات بسبب أخطاء ارتكبوها في عقود سابقة معها .

هذا فضلاً عن أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية , كما أسلفنا قد أقرت حق الجهات الإدارية في طلب إدراج المتعاقدين الذين أخلوا بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء – أي حرمانهم من المشاركة في المناقصات – وفقاً لما تقرره تعليمات تسجيل المقاولين ، وقد أقرت التعليمات الأخيرة عدة حالات يتم بسببها إدراج المتعاقدين في القائمة السوداء ومنها : (... د- ثبوت تقديم معلومات أو أمور مغايرة للحقيقة فيما يتعلق بالعمل المحال عليه بقصد الإضرار بالمصلحة العامة . هـ- ثبوت مخالفة شروط المقاولة أو المواصفات الفنية المتعاقد عليها بقصد الإضرار بالمصلحة العامة . و- ثبوت عدم

الالتزام بآداب المهنة بإتباع أساليب المنافسة غير المشروعة . ز- الامتناع عن توقيع العقد بعد التبلغ بقرار الإحالة . ح- سحب العمل بسبب ثبوت التلكؤ بتنفيذ المقاولة أو إخلاله بالتزاماته التعاقدية) [□□] .

المقصد الثاني

الحرمان الوقائي

وهو الحرمان الذي يتم إيقاعه على الشخص الطبيعي أو المعنوي ، إما بنص القانون تجنباً لتعارض المصالح أو بقرار من جهة الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية ، متى قدرت أن هذا الشخص غير جدير بالمشاركة في المناقصات التي تعلنها ، نتيجة التحري عن إمكانياته وقدراته[□□] ، وفي هذه الحالة قد يشمل الحرمان كل أو بعض المناقصات وبصفة دائمة أو لمدة محدودة[□□].

والحرمان الوقائي يتقرر لا باعتباره جزاءً بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق ، وإنما نتيجة تقدير الإدارة بأن الشخص المحروم غير جدير بالتنافس على المناقصات بسبب ضعف مقدرته المالية أو الفنية [□□] ، وهنا تتجلى السلطة الحقيقية للإدارة ، التي تجد أساسها القانوني في فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها قبل الأفراد[□□] ، على أن تستهدف الإدارة في ذلك المصلحة العامة ولا تتعسف في إجراءاتها .

وبهذا يختلف الحرمان الوقائي عن الحرمان الجزائي ، من حيث إن الأخير يتقرر بنص القانون كعقوبة أصلية أو تبعية أو بقرار من الإدارة نتيجة إخلال المتعاقد في تنفيذ التزامات سابقة ، في حين يكون الحرمان الوقائي بمقتضى قرارات تصدرها الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة [□□] ، أو يتقرر بنص القانون كإجراء وقائي يقتضيه صالح المرفق وحسن تنفيذ العقد .

وعلى ذلك فالحرمان الوقائي إما يتقرر بنص القانون ، أو بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة ، وكما سيأتي بيانه .

أولاً : الحرمان الوقائي بنص القانون

يكون الحرمان نتيجة لنص القانون ، إذا أقر المشرع ذلك صراحة سواء في الدستور أو القانون ، وذلك عندما يقدر ضرورة حرمان أشخاص محددين بصفاتهم من المشاركة في التنافس على المناقصات العامة مراعياً بذلك اعتبارات المصلحة العامة [□□] .

وغالباً ما تقرر التشريعات حرمان الموظفين العموميين ، وأعضاء المجالس النيابية ، والمجالس المحلية من المشاركة في المناقصات ؛ وذلك درءاً لشبهة المحاباة من جهة الإدارة لمن يتقدم إليها بعطاء من هؤلاء .

1- الموظفون العاملون في الدولة والمكلفين بخدمة عامة

أن الجمع بين صفة المتعاقد مع الإدارة وصفة الموظف العام ، ستكون في غير صالح المرفق إذ سيمارس هؤلاء تأثيراً واضحاً على

إبرام العقد وتنفيذه ، فضلاً عن درايتهم السابقة بأمور الإدارة ومطلعين على أساليبها في العمل ، مما يخلق نوعاً من التفضيل على حساب المشاركين الآخرين من غير الموظفين (□□) , الأمر الذي يخل بمبدأ حرية المنافسة .

ويعد هذا الحرمان موقوتاً ، إذ إنه يزول بزوال سببه وهو انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

وتدليلا على ذلك نجد أن المشرع الفرنسي قد قضى ، في المادة (8) من قانون الوظيفة العامة رقم 244 الصادر في 1959/2/4 ، بحرمان الموظف العام – بالذات أو الواسطة – من الدخول في المناقصات التي تعلن في دائرة اختصاصهم (□□) ، كما تقضي المادة (432–14) من قانون العقوبات الفرنسي ، بأن الجمع بين صفة العامل الإداري وصفة المتعاقد يشكل جرم المحاباة ، لذا يمنع كل موظف أن يتدخل بأي شكل كان في نطاق أي عملية إدارية ومن بينها العقود التي تبرمها الإدارة (□□) .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يحرم الموظفون الحكوميون من الاشتراك في المنافسة على العقد الحكومي , ويستثنى من ذلك أمكانية إرساء العقد الحكومي على أحد الموظفين الحكوميين أو على شركة يكون احد الموظفين الحكوميين شريكاً رئيسياً فيها , متى كانت هناك حاجة قصوى إلى التعاقد , وبشرط أن لا تتوفر السلعة أو الخدمة محل العقد إلا لدى الموظف أو الشركة التي يكون مساهما رئيسيا فيها (□□) .

أما في مصر ، فقد نص قانون المناقصات والمزايدات على ذلك بقوله : (يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون ، التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات ....) (□□) ، كما أن قانون العاملين المدنيين بالدولة حظر على الموظف مزاولة أية أعمال تجارية ، وبوجه خاص أن يكون له أي مصلحة في أعمال أو مقاولات أو مناقصات تتصل بأعمال وظيفته (□□) .

أما في العراق ، فنجد أن قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 المعدل , قد نص على أن: (يحظر على الموظف ما يلي: .... ثالثاً: الاشتراك في المناقصات ...)(□□) ، كما أقرت ذلك تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ، إذ نصت على : (لا يجوز لمنتسبي الدولة والقطاع العام الاشتراك في المناقصات بصورة مباشرة أو غير مباشرة) (□□) .

كما نص قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 على أن : (لا يجوز للوزير أو الموظف المسؤول أو المستشار بموجب العقد ليدعم وحدة أو وكالة حكومية المشترك بالمناقصة ، أن تكون له مصلحة مالية في مجمل المناقصة) (□□) ، وهذا الحظر يشمل الوزراء والموظفين الذين لهم علاقة بالمناقصات في جميع دوائر الدولة ، كما يشمل المستشارين وهم ربما يكونون من غير الموظفين بالدولة ممن يتم استشارتهم في أمور تتعلق بالمناقصات ، كما نص القانون ذاته على أن يتم : (فرض القيود على عمل الوزراء

والموظفون خارج الدوام الرسمي والمشتركون بشكل أساسي في عملية المناقصة الحكومية لمدة زمنية مناسبة طبقاً لهذا القسم ...) (□□) .

ويتبين لنا من خلال النصوص التي أوردناها من قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 ، الضعف الواضح والبين في الصياغة مما يُنبئ بأنه وضع على عجالة مما أثر على الصياغة القانونية ، وهذا مثلبة كبيرة على السلطة التشريعية ، فكيف لها أن تبقي على هذا القانون الذي وضعه المدير التنفيذي لسلطة الاحتلال الأمريكي , وبهذه الصياغة الركيكة في بلد سُنَّ فيه أول القوانين على وجه الأرض كما تشير إلى ذلك الشواهد التاريخية .

2- الأعضاء المنتخبون (ممثلي الشعب)

أما فيما يتعلق بأعضاء المجالس النيابية والمجالس المحلية ، فنجد أن أغلب الدساتير تنص على حرمان أعضاء المجالس النيابية من المشاركة في المناقصات ، فضلاً عما تتضمنه القوانين من حرمان أعضاء المجالس المحلية ، وهذا الحرمان تفرضه الصفة النيابية لأعضاء هذه المجالس ، والتي تمنحهم حق مساءلة جميع أجهزة الدولة وفقاً لما يتمتعون به من حق الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، وذلك لمنع ما قد يقع من محاباة لأعضاء هذه المجالس على حساب المصلحة العامة (□□) ، وإبعاداً لهم عن الشبهة وتنزيهاً عن الظن ، وهذا أزكى لهم وأكفل لقيامهم بواجبات عضويتهم ، وعدم الإفادة خلال مدة عضويتهم من أية منفعة شخصية نتيجة لها أو تكون مظنة لذلك ، وإن في ذلك لتوطيد بالثقة العامة بهم (□□) .

واتساقا مع ما سبق نجد المشرع الفرنسي قد قضى في المادة (L. 2131-11) من التقنين العام للجماعات الإقليمية ببطلان العقد الذي تبرمه الجماعات المحلية إذا كان أحد أعضاء المجلس المحلي معنياً بالعقد ومع ذلك شارك في المداولة المتعلقة بإبرامه ، كأن يكون عضو المجلس مقاولاً أو أجيراً أو له مصلحة فيه ، سواء باسمه أو عن طريق وكيل (□□) ، كذلك تنص المادتان (L.207 و L.343) من القانون الانتخابي الفرنسي ، على أن صفة مقاول المرافق التابعة للمحافظات أو الأقاليم تتعارض مع صفة المرشح لعضوية المجلس العام أو المجلس الإقليمي (□□) .

أما في مصر ، فقد حظر الدستور المصري لعام 1971 على عضو مجلس الشعب في أثناء فترة عضويته أن يبرم عقداً مع الدولة بوصفه ملتزماً أو مورداً أو مقاولاً (□□) ، ويسري هذا الحظر على أعضاء مجلس الشورى إذ تنص المادة (250) من الدستور ذاته على أن تسري في شأن مجلس الشورى الأحكام المتعلقة بمجلس الشعب ، كما نص قانون الإدارة المحلية المصري على أن : (يحظر التعاقد بالذات أو بالواسطة بين الوحدة المحلية ، وأي عضو في مجلسها الشعبي المحلي ، ومع ذلك يجوز عند الضرورة وفي حالة وجود مصلحة محققة للوحدة المحلية أن يبرم العقد مع العضو بعد موافقة أغلب أعضاء

المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص)[□□] .

وفي اليمن ، نصت اللائحة التنفيذية لقانون السلطة المحلية على أنه : (يحظر التعاقد بالذات أو بالواسطة بين السلطة المحلية في الوحدة الإدارية وأي من أعضاء مجلسها المحلي في تنفيذ أعمال المقاولات أو التوريدات) [□□] .

وفي العراق ، حظر الدستور النافذ لعام 2005 على رئيس الجمهورية ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب ونائبيه وأعضاء المجلس ، وأعضاء السلطة القضائية وأصحاب الدرجات الخاصة ، أن يبرموا مع الدولة عقوداً بوصفهم ملتزمين أو موردين أو مقاولين [□□] .

أما فيما يتعلق بأعضاء مجالس المحافظات والمجالس المحلية في الأقضية والنواحي فلم نجد أي نص في الدستور ولا في القوانين ، يحظر اشتراكهم في المناقصات التي تعلنها الإدارة ، وهذا نقص واضح في التشريع ؛ لكون هؤلاء الأعضاء ولا سيما أعضاء مجالس المحافظات يمارسون دوراً مؤثراً في مجال العقود التي تبرم في نطاق محافظاتهم ، فضلاً عن أنهم يمارسون دوراً رقابياً على جميع أنشطة الهيئات التنفيذية المحلية [□□] ، مما يستدعي حرمانهم من التنافس على المناقصات التي تعلنها الإدارة ليتفرغوا لأعمالهم الرقابية ، وابعاداً لهم عن الشبهات .

ثانياً : الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة

تخضع الإدارة دائماً في ممارستها لأعمالها لمبدأ المشروعية ، والذي يقتضي أن تكون تلك الأعمال في نطاق ما حدده لها المشرع ، فمتى ما حدد المشرع ما يجب أن تسير عليه الإدارة فلن يكون أمامها سوى انتهاج ذلك الطريق ، وهذا ما يسمى بالسلطة المقيدة ، وقد يترك المشرع للإدارة حق تقدير القيام بالعمل بما يتفق وطبيعة النشاط من عدمه ، وهذا ما يطلق عليه السلطة التقديرية [□□] ، والأساس القانوني لحق الإدارة في هذه الحالة هو فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها قبل الأفراد [□□□] .

وبمقتضى هذه السلطة التقديرية فإن الإدارة لها أن تقرر حرمان شخص ما من التنافس على المناقصات التي تعلنها وإن لم ينص القانون على ذلك أو لم يخل الشخص بالتزامات سابقة ، متى قدرت أن الشخص المحروم غير جدير بتنفيذ العقود التي تعلنها وذلك لافتقاره لشرط حسن السمعة ، أو لضعف مقدرته الفنية أو المالية ، وغايتها من ذلك المحافظة على المصلحة العامة[□□□] .

ولخطورة قرار الحرمان الذي تصدره الإدارة استناداً إلى سلطتها التقديرية ولكونه قراراً نهائياً صادراً عن سلطة إدارية وطنية في نشاط إداري فإنه يخضع لرقابة القضاء ، إذا كان مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة أو يفتقد

لأسباب ومبررات مقبولة تتفق مع ما يقتضيه الصالح العام (□□□) .

ففي فرنسا ، قضى مجلس الدولة بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية بإصدار قرار بحرمان المقاول أو المورد من جميع المناقصات الخاصة بإحدى المرافق العامة أو الوزارات لمدة مؤقتة أو دائمية ، ولا يجوز للقاضي الإداري التعقيب على هذا القرار إلا في حالتي الانحراف في السلطة أو انعدام الأسباب (□□□) .

وفي مصر ، قضت محكمة القضاء الإداري بأن : (قرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة في هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإداري ، وفيما للإدارة من سلطة وضع مثل هذه القواعد التي تنظم أعمال المناقصة)(□□□).

وفي ذات الاتجاه تسير المحكمة الإدارية العليا إذ تقول : (من المسلمات أنه كما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق ، يجوز أيضاً استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم ، بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما ، وذلك كإجراء وقائي تمليه غيرة الإدارة ، توخياً للمصلحة العامة وحدها) (□□□) .

وفي حكم آخر لها تشير المحكمة ذاتها إلى ضرورة توافر شرط حسن السمعة فيمن يتعاقد مع الإدارة إذ تقول : (يشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة ، وهذا لمصلحة المرفق ، أكده القانون .... ولهذا فإن للإدارة الحق في استبعاد بعض العملاء من قائمة التعامل الذين لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة) (□□□) .

وتأسيسا على ما تقدم نجد ان الإدارة عند إصدار قرار الحرمان الوقائي ، فإنها تحدد نطاقه سواء من حيث المدة التي يسري تطبيقه خلالها أو من حيث نوع المناقصات التي يكون محدوداً بها ، على أنه وفي كل حال يكون أثر قرار الحرمان مقصوراً على المناقصات التي تجريها الجهة التي أصدرت القرار ، ولا يعمم إلا إذا رأت الإدارة تعميم هذه القوائم أو تبادلها بين جهاتها المختلفة (□□□) ، كما يمكن إلغاء قرار الحرمان في أي وقت من قبل الجهة الإدارية سواء كان مؤقتا بمدة معينة أو كان لمدة غير محدودة (□□□) .

الفرع الثاني

الآثار القانونية لقرار الحرمان

عند صدور قرار الحرمان من قبل الإدارة فإنه لابد من نشره ليرتب هذا القرار آثاره القانونية , ونتناول مسألة نشر القرارات الحرمان وآثارها القانونية فيما يأتي :

أولاً : نشر قرارات الحرمان

يقتضي تطبيق قرار الحرمان الذي تصدره الإدارة بحق المقاول أو المورد منعه من المشاركة في المناقصات التي تعلنها الجهات الحكومية ، ولن يتم ذلك إلا إذا علمت تلك الجهات بهذا القرار ، ويتم العلم من خلال نشر تلك القرارات .

ففي مصر ، يلزم القانون الجهات الإدارية التي تصدر قرار الشطب – أي الحرمان – أن تقوم بإخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية التي تتبع لوزارة المالية (□□□) ، وتمسك الهيئة سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أي من الجهات الحكومية ، وتتولى نشر قرارات الشطب بطريق النشرات المصلحية ، ويحظر التعامل مع المقيدين في هذا السجل (□□□) .

أما في السعودية ، فيتم نشر قرارات المنع من التعامل من خلال الإشهار في صحيفتين محليتين ، وتبلغ الجهات الحكومية بمنع التعامل مع الشخص المحروم ، بتعميم يصدر عن وزير المالية (□□□) .

وفي الكويت ، يتم ذلك من خلال حذف اسم من صدر بحقه قرار الحرمان من سجل الموردين والمقاولين لدى لجنة المناقصات المركزية ، إذ إن إدراج اسم المورد أو المقاول في هذا السجل يعد شرطاً أساسياً للتقدم إلى المناقصات وقبول العطاءات (□□□) .

أما في العراق ، فيتم الحرمان من خلال إدراج اسم الشركة أو المقاول في القائمة السوداء ، ويتولى قسم تسجيل المقاولين التابع للدائرة القانونية في وزارة التخطيط إصدار التعاميم الخاصة بالقائمة السوداء ، وذلك في حالتي الإدراج أو الرفع (□□□) .

ونرى ضرورة قيام قسم تسجيل المقاولين بإنشاء موقع الكتروني على شبكة المعلومات الدولية (الانترنيت) تبين فيه أسماء المدرجين في القائمة السوداء ، وبذلك يسهل إدامته في حالتي الإدراج أو الرفع ، كما يسهل الرجوع إليه من قبل الجهات الإدارية عند إجراء المناقصات ، ذلك أن التعاميم يصعب الرجوع إليها لمعرفة المحرومين ، لاسيما وأن التعليمات لم تلزم الجهات الإدارية بمسك سجل لقيد أسماء المدرجين في القائمة السوداء ، كما نصت على ذلك المادة (6) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

ثانياً : الآثار التي يرتبها قرار الحرمان

يترتب على صدور قرار الحرمان الآثار الآتية :

1- حظر التعامل مع المحروم

عند صدور قرار الحرمان – أياً كانت صورته – فإنه يترتب عليه منع الشخص المحروم طبيعياً كان أم معنوياً من المشاركة في التنافس على المناقصات التي تعلنها الجهات الإدارية (□□□) .

ويسري المنع من التعامل مع الشخص المحروم اعتباراً من تاريخ صدور قرار الحرمان

، أي أن أثر القرار ينصرف إلى المستقبل ولا يسري على العقود الموقعة قبل تاريخ صدوره (□□□) ، أما في حالة صدور قرار الحرمان في أثناء فترة الإحالة وقبل توقيع العقد فإن على الجهة الإدارية إلغاء قرارها بالإحالة (□□□) .

وقد أيد القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه ، فقد أفتت إدارة الفتوى لوزارة النقل والمواصلات في مجلس الدولة المصري بأنه : (إذا صدر قرار الشطب أو حظر التعامل لاحقاً على إسناد أحد العمليات للشركة المشطوبة والتي تم إبرام العقد معها فأنه ليس لقرار الشطب أي أثر إلا من تاريخ صدوره ، بحيث يسري حظر التعامل مع من تم شطبه بالنسبة للمستقبل فقط ، ولا ينسحب ذلك على العقود التي أبرمت سابقة عليه بل تبقى تلك العقود قائمة منتجة لكافة آثارها) (□□□) .

في حين نجد أن لائحة العقود الحكومية الأمريكية (FAR) لم تحدد حكماً صريحاً لمثل هذه الحالة ، وإنما أوكلت الأمر إلى رئيس الجهة الإدارية التي أبرمت العقد مع المقاول ، ليقرر بمقتضى سلطته التقديرية وبعد الرجوع إلى العناصر الفنية ، استمرار العقود الموقعة قبل صدور قرار الحرمان أو اتخاذ قرار بفسخها وذلك تبعاً لظروف الحال وجميع الظروف المحيطة بتنفيذ العقد ، ففي حالة صدور قرار الحرمان بسبب إفلاس المقاول فليس من الملائم تمسك رئيس الجهة الإدارية بتنفيذ العقود السارية ، بل سيكون اتخاذ قراراً بفسخ العقد أكثر ملاءمة (□□□).

2- مدة الحرمان

لا يتصور أن يكون قرار الحرمان أبدياً ، لذا نجد أن بعض التشريعات تنص على مدة محددة للحرمان .

ومن الدول التي حددت مدة لقرار الحرمان المملكة العربية السعودية ، إذ تحدد مدة المنع من التعامل من قبل اللجنة المشكلة بأمر من وزير المالية , للنظر في طلبات المنع من التعامل مع المقاولين والمقدمة من الجهات الحكومية ، فمتى ثبت لهذه اللجنة مخالفة المتعاقد فإنها تصدر قراراً بمنع التعامل معه مدة لا تتجاوز خمس سنوات (□□□) .

وفي سوريا ، يكون الحرمان مؤقتاً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ويصدر قرار الحرمان معللاً من الوزير بالنسبة للتعاقد مع الإدارة التابعة له ، أما إذا كان القرار شاملاً الحرمان من التعاقد مع جميع الجهات العامة فيجب أن يصدر من رئيس مجلس الوزراء (□□□).

أما في الولايات المتحدة الأمريكية (□□□) فأن القاعدة العامة تقضي بأن يصدر قرار الحرمان لمدة لا تتجاوز (3) ثلاث سنوات(□□□) , بحسب خطورة الفعل المستوجب للحرمان , بيد أن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات وعلى النحو الآتي :

- الحرمان لمدة خمس سنوات(□□□) , في حالة مخالفة المقاول لشرط الالتزام بالمحافظة على منطقة تنفيذ العقد خالية من المخدرات (Drug-Free Workplace) , إذ

تلزم لائحة العقود الحكومية الأمريكية (FAR) المتعاقد مع الإدارة بالمحافظة على الموقع الذي يتم تنفيذ محل العقد فيه خاليا من المخدرات سواء من حيث تعاطيها أو الاتجار بها .

– تمديد قرار الحرمان سنة إضافية علاوة على المدة التي حددت في قرار الحرمان[□□□] , إذا ثبت أن المقاول كان يخالف خلال فترة الحرمان قوانين التشغيل المتصلة بقانون الهجرة في الولايات المتحدة الأمريكية .

أما في العراق ، فقد أقرت تعليمات تسجيل المقاولين بأن مدة الإدراج في القائمة السوداء لا تزيد على سنتين [□□□] ، فضلاً عن تنزيل صنف المقاول درجة واحدة لمدة سنة واحدة تسري من تاريخ رفع اسمه من القائمة السوداء [□□□] .

ويجوز للشخص الطبيعي أو المعنوي أن يتقدم بطلب لإلغاء قرار الحرمان الصادر بحقه ما دام سارياً ومنتجاً لآثاره , وذلك متى توافرت الأسباب والمبررات اللازمة لذلك [□□□].

وقد أيد القضاء الإداري حق الشخص المحروم في أن يطعن بقرار الحرمان الصادر بحقه في أي وقت ودون التقيد بمدة الطعن بالإلغاء المقررة قانوناً ، متى انتفى سبب الحرمان ، وذلك لكون قرار الحرمان من القرارات الإدارية النهائية المستمرة التي تنتج آثارها طوال فترة قيامها ، لذا يظل للمحروم حق الطعن بالإلغاء ما دام قرار الحرمان قائماً ومستمراً في إنتاج آثاره [□□□] .

3– يمتد أثر الحرمان ليشمل الأشخاص الطبيعيين المثلين للشخص المعنوي الذي صدر بحقه قرار الحرمان [□□□] ، كما يشمل الحرمان سائر المؤسسات الفردية التي يمتلكها الشخص الطبيعي الذي صدر بحقه قرار الحرمان ؛ ذلك لأن المؤسسة الفردية لا تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية صاحبها ، لذا فإن عقوبة الحرمان على أي مؤسسة فردية إنما تلحق بصاحب المؤسسة شخصياً , ومن ثم تنسحب على جميع المؤسسات الفردية العائدة له [□□□] .

4– حق المتعاقد الذي أصابه ضرر مادي أو معنوي من قرار الحرمان ، في المطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار وذلك استناداً إلى خطأ الإدارة المقترف عند تقرير الجزاء بالحرمان , وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر ، إذ تقول : (ومن حيث أن الطاعن قد أصابه من قرار حظر التعامل معه ضرر أدبي يتمثل في الإساءة إلى سمعته التجارية نتيجة وصمه بالغش ، كما أصابه ضرر مادي يتمثل بتفويت فرصته في الدخول في المناقصات العامة ... ومن حيث أن علاقة السببية قائمة بين خطأ الجهة الإدارية في حظر التعامل مع الطاعن ، وبين الضرر الذي أصاب الطاعن من هذا الحظر ، أدبياً ومادياً ... فإن المحكمة تقرر للطاعن تعويضاً جزافياً عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقته)[□□□].

المطلب الثاني

الاستبعاد من المناقصة

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة ، ويتضمن استبعاد أحد العطاءات التي قدمت في المناقصة العامة (□□□) ، وهو قرار موضوعي لا ينصب على شخص المتقدم وإنما يوجه إلى العطاء في ذاته ، ويعد إجراء فردياً ينطبق على حالة معينة بالذات وهو يستبعد عطاء معيناً مقدماً في مناقصة ما(□□□) ، وبذلك يحرم العطاء من السير في إجراءات المناقصة حتى منتهاها .

وبهدف التعرف أكثر على هذا الموضوع نتناول في فرعين ، الحالات التي يتم فيها الاستبعاد ، ورقابة القضاء على قرار الاستبعاد ، وذلك على التفصيل الآتي :

الفرع الأول

حالات الاستبعاد

تباشر الإدارة سلطتها في استبعاد العطاءات لأسباب عدة ، فقد يكون ذلك نتيجة لتطبيق حالة من حالات الحرمان أو لعدم استيفاء العطاء للشروط التي تحددها الإدارة ، كما قد يكون الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة أو لعدم توافر الكفاءة الفنية أو المالية لدى مقدم العطاء.

ونتناول حالات الاستبعاد في المقاصد الأربعة الآتية :

المقصد الأول

الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان

أوضحنا سلطة الإدارة في حرمان بعض المتنافسين من التقدم إلى المناقصات العامة وما يترتب على ذلك من اعتبار الشخص المحروم ممنوعاً من المشاركة في المناقصات العامة , فإذا ما تقدم شخص محروم بعطاء في المناقصة العامة فإن الإدارة في هذه الحالة ليس لها سلطة في قبول العطاء ، وإنما يتوجب عليها اتخاذ قرار باستبعاد هذه العطاء حتى ولو توافرت فيه كافة الشروط التي حددتها ، فالأصل أن الاستبعاد هنا وجوبي(□□□) ، كونه يتعلق بالمصلحة العامة .

وهنا قد يساءل البعض ماذا يحصل لو ان الإدارة غفلت عن استبعاد عطاء قدمه شخص محروم وأبرمت العقد معه باعتبار أنه تقدم بأفضل الشروط ؟

استقر رأي الفقه في فرنسا على صحة هذا التعاقد باعتبار أن قبول الإدارة لعطاء الشخص المحروم يعد في حكم الإلغاء الضمني لقرار الحرمان ، وأن الالتزام بعدم إبرام العقد مع المحرومين مقرر لصالح الإدارة ، ومن ثم فلها أن تقرر تطبيقه من عدمه (□□□) , مما يعني بأن الفقه الفرنسي أعطى للإدارة سلطة تقديرية في هذا الأمر .

أما في مصر فقد ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين الحرمان الوقائي والحرمان الجزائي ، فالحرمان الوقائي تطبق بشأنه ذات القواعد المعمول بها في فرنسا ، أما الحرمان الجزائي

فيجب التفرقة بين أن يكون بنص القانون أو بقرار من جهة الإدارة ، فالأخير تطبق بشأنه القواعد المعمول بها في فرنسا ، أما الحرمان الجزائي بنص القانون فهو نهائي ولا يجوز للإدارة العدول عنه ومن ثم فلا يجوز لها التعاقد مع الشخص المحروم (□□□) .

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن الإدارة لا تستطيع أن تتغاضى عن تطبيق قرارات الحرمان سواء تلك التي أصدرتها بمقتضى سلطتها التقديرية أو تطبيقاً لنص القانون ، ذلك أن هذه القرارات تستهدف في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة (□□□) .

المقصد الثاني

الاستبعاد لعدم استيفاء العطاء للشروط التي حددتها الإدارة

تعمل الإدارة على تضمين دفاتر الشروط العامة أو الخاصة مزيداً من الشروط التي ترى أنها ضرورية لإنجاح العملية التي طرحتها المناقصة ، وهذه الشروط مشروعة طالما لا يترتب عليها استبعاد طوائف كبيرة من الأشخاص وإنما مجرد إخضاع المتقدمين لبعض الواجبات على أن تكفل حسن تنفيذ العقد وتحقق صالح المرفق(□□□) .

والأصل أن جهة الإدارة تلتزم باستبعاد أي عطاء مخالف لما ورد في دفتر الشروط ، كما يتوجب عليها قبول كافة العطاءات المستوفية لتلك الشروط , وقد فرق القضاء الإداري الفرنسي بين المخالفات الجوهرية وغير الجوهرية ، إذ يستبعد من نطاق المنافسة العطاء الذي يتضمن مخالفة جوهرية , وتعد المخالفة جوهرية إذا كانت تؤدي إلى منح مقترفها ميزة يتخطى بها باقي المتنافسين ، مثال ذلك قبول العطاء المتأخر ، أو عدم تقديم التأمين الابتدائي ، أو نقصانه(□□□) .

أما المخالفة غير الجوهرية فلا يترتب عليها وجب استبعاد العطاء ، والمخالفات غير الجوهرية هي التي لا تؤثر على مصلحة الأفراد وإنما وضعت لصالح الإدارة فقط (□□□) .

أما القضاء الإداري المصري فقد شدد على ضرورة استبعاد العطاء المخالف للشروط والمواصفات أياً كانت المخالفة جوهرية أم غير جوهرية (□□□) ، في حين ألزم المشرع المصري الإدارة باستبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات (□□□) .

وفي ذات الاتجاه تسير تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق ، إذ أقرت استبعاد العطاء إذا لم ترفق به التأمينات الأولية ، وكذلك العطاء المبني على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع من أي من العطاءات المقدمة في المناقصة (□□□) .

المقصد الثالث

الاستبعاد لعدم توافر شرط حسن السمعة

حسن السمعة شرط هام وضروري يلزم توافره في كل من يتقدم للاشتراك في المناقصات العامة ، لما للعقود التي تفضي إليها هذه

المناقصات من أهمية في تسيير المرافق العامة ومن ثم المصلحة العامة ؛ لذا تحرص الإدارة أن يكون تعاقدها مع من يتمتعون بالأمانة والنزاهة بحيث تطمئن إليهم في تنفيذ التزاماتهم على أكمل وجه(□□□) .

وقد بينت محكمة القضاء الإداري المصري المقصود بحسن السمعة بأنه يعني : (... أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة لم يسمع عنه ما يشينه أو يحط من قدره بين الناس حائزا لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التي يرغب مزاولتها ...) (□□□) .

وتستطيع الإدارة أن تتبين مدى توافر حسن السمعة من عدمه من خلال جملة اعتبارات أهمها : ما إذا كان مقدم العطاء قد أهمل في تنفيذ أعمال سابقة أو نفذها على غير الوجه المتفق عليه ، أو كان دائم اللجوء إلى القضاء والتحكيم ، وفيما إذا فرضت عليه غرامات تأخير في عقود سابقة ، فهذه الاعتبارات تشير إلى سوء سمعة مقدم العطاء ، وتستطيع جهة الإدارة أن تقرر وفقاً للظروف استبعاد العطاء لعدم توافر شرط حسن السمعة في شخص مقدمه (□□□) .

وعادة ما تنص القوانين المقارنة على ضرورة توافر حسن السمعة في من يتقدم للتعاقد مع الإدارة ، بحسبانه شرطاً عاماً في نطاق العقود الإدارية وقيداً لمصلحة المرفق ، فقد نصت عليه المادتين (48و258) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي (□□□) ، والمادة (3) من قانون المناقصات المصري رقم 89 لعام 1998 إذ اشترطت توافر حسن السمعة في من يتقدم للتعاقد بطريق المناقصة المحدودة ، كما أوجبت المادة (13) من ذات القانون على لجنة البت التحقق من توافر حسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات ، ولم تنص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق على هذا الشرط على الرغم من أهمية توافره في من يتقدم للتنافس في المناقصات العامة .

وسلطة الإدارة في استبعاد العطاء لعدم توافر شرط حسن السمعة أمر مسلم به من قبل القضاء الإداري ، فقد قضي على أن : (للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة ، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة) (□□□) .

المقصد الرابع

الاستبعاد لعدم توافر الكفاءة الفنية والمالية

يجب أن يتمتع مقدم العطاء بالكفاءة الفنية والمقدرة المالية التي تمكنه من تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة ، لذا فإن لجهة الإدارة أن تستبعد العطاء إذا قدرت أن مقدمه غير كفء سواء من الناحية الفنية أو المالية ، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تحديد مدى توافر هذه الكفاءة بالنظر إلى اعتبارات عدة ، مثل ملاءة مقدم العطاء وقدرته الفنية ، وأيضاً طبيعة موضوع التعاقد وحجم الاداءات المطلوبة

وما يتطلبه من قدرة تمويلية وخبرة فنية (□□□) .

وتراعي الإدارة وهي بصدد تقويم الموقف المالي والفني لمقدم العطاء اعتبارات عدة ، فمن الناحية المالية تنظر في مقدار رأس المال ومدى تحقيق الشخص المتقدم بعطائه للربح والخسارة ونسبة هذه وتلك من رأس المال وموقف الميزانية السنوية للشخص ، ومن الناحية الفنية تراجع الإدارة الأعمال السابقة التي نفذها مقدم العطاء ومدى تخصصه بالعمل المطروح للتعاقد ، وسمعة الشخص في نطاق الشركات المتخصصة في موضوع المناقصة (□□□) .

وحق الإدارة في تقويم العطاءات من الناحية الفنية والمالية أمر مسلم به في القوانين المقارنة ، فقد اشترطت المادة (50) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي أن يتضمن العطاء الوثائق التي تثبت قدرات المتقدمين ووسائلهم التقنية وسابقة الأعمال (□□□) ، في حين أجازت المادة (13) من قانون المناقصات المصري لعام 1998 للجنة البت التحقق من توافر الكفاءة الفنية والمقدرة المالية لمقدم العطاء ، وذلك من خلال البيانات والمستندات التي أوجبت في المادتين (8و57) من اللائحة التنفيذية للقانون ذاته أن يتضمنها المظروف الفني كسابقة الخبرة والقيد في النقابات والاتحادات .

أما في العراق فقد أجازت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية للإدارة الوقوف على الكفاءة المالية لمقدم العطاء من خلال تقديم الحسابات الختامية لآخر سنة وحجم الالتزامات خلال السنة (□□□) ، وأقرت استبعاد العطاء غير المستوفي للمواصفات الفنية ولو كان أوطأ العطاءات (□□□) ، واستبعاد المقاول غير الكفوء من خلال تجربة الإدارة معه في عقود سابقة (□□□) .

وسلطة الإدارة في استبعاد العطاء لعدم توافر الكفاءة الفنية والمقدرة المالية لدى مقدمه أمر مُسلّم به من قبل القضاء ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن : (... يجوز أيضاً استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدراتهم ...) (□□□) ، كما قضت محكمة القضاء الإداري بسلامة استبعاد الإدارة لأحد مقدمي العطاءات بما ثبت لديها من أن قدرته الفنية والمالية لمواجهة متطلبات المشروع موضوع المناقصة محل شك كبير (□□□) .

الفرع الثاني

رقابة القضاء على قرارات الاستبعاد

استقر القضاء على أن الإدارة وهي تمارس وظيفتها في استبعاد العطاءات إنما هو تطبيقاً لسلطتها التقديرية (□□□) ، وذلك كإجراء وقائي يضمن سلامة تنفيذ العملية موضوع المناقصة (□□□) ، وهي لا تخضع حين ممارسة هذه السلطة لرقابة القضاء إلا في حالة الانحراف في استعمال السلطة (□□□) .

والإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارتها بالاستبعاد إلا إذا وجد نص يلزمها بذلك , إلا إنها إذا سببت تلك القرارات فإن تلك الأسباب تخضع لرقابة القضاء من حيث الوجود المادي والقانوني (□□□) .

وهناك جانب من الفقه في فرنسا ينتقد هذا الاتجاه في القضاء ، ويرى أن من المنطق أن يكون اختصاص الإدارة في استبعاد العطاءات مقيداً ، لذا يتوجب على الإدارة أن تسبب قراراتها باستبعاد أي عطاء وذلك كي لا تتحول المناقصة العامة المفتوحة إلى مناقصة محدودة (□□□) .

كما قرر القضاء الإداري الفرنسي حقه في الحكم بتعويض صاحب العطاء المستبعد إذا أصابه ضرر من جراء الاستبعاد غير المشروع (□□□) .

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء يطبق القواعد السالف ذكرها على المناقصة سواء كانت مفتوحة أم محدودة ، فالأخيرة وإن كانت تنطوي على نظام سابق للاختيار المتنافسين ، إلا أنها تتمتع بسلطة تقديرية في تقويم العطاءات التي يقدمها المشتركون وتقبل أو ترفض عطاءاتهم تبعاً لذلك(□□□) .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من استعراض جوانب هذا البحث ، يمكننا القول بأننا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات نجملها بالآتي :

أولاً : النتائج

1- إن حرية المنافسة تعني : حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون ، وبهذا المعنى يعد مبدأ حرية المنافسة من الإجراءات الحاكمة لنظام المناقصات العامة ,

2- يحق للإدارة حرمان بعض المتنافسين من الاشتراك في المناقصات التي تطرحها لأسباب قد تكون جزائية أو وقائية يتقرر كلاهما بنصوص قانونية أو بمقتضى سلطة الإدارة التقليدية ، فضلاً عن حق الإدارة في استبعاد العطاء بعد تقديمه لعدم استيفائه لشروط المناقصة أو لعدم كفاءة مقدمه ، وعلى الإدارة أن لا تحيد عن أسباب وضوابط الحرمان والاستبعاد وإلا عدت متعسفة في استعمال حقها .

3- يهدف الحرمان إلى منع الشخص من التقدم إلى المناقصات التي تجريها الإدارة ، أما الاستبعاد فيهدف إلى إبعاد عطاء معين قدم في مناقصة ما وحرمانه من السير في إجراءات المناقصة حتى منتهاها .

ثانياً : التوصيات

1- نوصي بضرورة إصدار قانون للمناقصات العامة أو للعقود الإدارية بشكل عام يتناول مراحلها المختلفة ليواكب التطور الحاصل في التشريعات الدولية والوطنية في دول العالم وبما يعزز الشفافية وحرية المنافسة ,

ويجمع شتات النصوص القانونية المتناثرة ذات الصلة بالمناقصة العامة بشكل يسهل الرجوع إليه من قبل الإدارة والمناقصين .

2- ضرورة قيام قسم تسجيل المقاولين في وزارة التخطيط العراقية بإنشاء موقع الكتروني على شبكة المعلومات الدولية (الانترنيت) تبين فيه أسماء المدرجين في القائمة السوداء ، وبذلك يسهل إدامته في حالتي الإدراج أو الرفع .

3- ضرورة شمول أعضاء مجالس المحافظات والمجالس المحلية في الأقضية والنواحي بحظر الاشتراك في المناقصات العامة في أثناء مدة عضويتهم , وأن ينص على ذلك في قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم 21 لسنة 2008 ؛ لكون هؤلاء الأعضاء ولاسيما أعضاء مجالس المحافظات يمارسون دوراً مؤثراً في مجال العقود التي تبرم في نطاق محافظاتهم .

الهوامش

(□) الدكتور سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) , ط 4 , دار الفكر العربي , 1984 , ص211 .

(□) سورة المطففين ، الآية : 26 .

(□) ينظر : محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، ط1 ، دار صادر – بيروت ، ج6 ، ص233 . ومحمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الهداية ، دون سنة نشر ، ج16 ، ص570 .

(□) ورد تعريف المنافسة في تقرير المنافسة الفرنسي لعام 1987 بأنها : (نظام اجتماعي يستند إلى المبادرة الخاصة للقائمين بالنشاط الاقتصادي لضمان أفضل فعالية في توزيع موارد الجماعة) . ينظر : الدكتور محمد محمد عبداللطيف ، الدستور والمنافسة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق – جامعة المنصورة في مصر ، عدد تشرين الأول ، 2005 ، ص90 .

(□) المادة (1) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم 3 لسنة 2005 . وفي ذات المعنى جاءت المادة (2) من قانون حماية المنافسة الكويتي رقم 15 لسنة 2007 ، إذ أشارت إلى أن ممارسة النشاط الاقتصادي مكفولة للجميع على النحو الذي لا يؤدي إلى تقيد المنافسة الحرة أو منعها أو الإضرار بها .

(□) ينظر : الدكتور عبدالرؤوف جابر ، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود ط1 ، دار النهضة العربية – بيروت ، 2003 ، ص27 .

(□) عبدالرحمن بن محمد بن خلدون ، مقدمة ابن خلدون ، تحقيق : علي عبدالواحد وافي ، ط2 ، دار النهضة العربية – القاهرة ، دون سنة نشر ، ج2 ، ص734 .

(□) ينظر : الدكتور رفيق يونس المصري ، أصول الاقتصاد الإسلامي ، ط2 ، دار القلم – دمشق ، 1993 ، ص58 .

(9) Quancard (Miechel) : L'adjudication des marches publics de travaux et de fournitures , sirey , 1945 , P.52 ets .

نقلاً عن : الدكتور جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية – القاهرة ، 2001 ، ص62 .

(□□) الدكتور مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ، 2005، ص496 .

(□□) حسين درويش عبدالعال ، وسائل تعاقد الإدارة – المناقصات والمزايدات والممارسة ، ط1 ، مكتبة الأنجلو المصرية ، 1959 ، ص45 .

(□□) ينظر: الدكتور عبدالحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه – القضاء – التشريع ، منشأة المعارف – الإسكندرية , 2003 ، ص87 .

(13) ينظر: مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، **2003** ، ص**73**.

(14) ينظر: الدكتور مازن ليلو راضي ، نفس المصدر والصفحة .

(□□) الدكتور : جابر جاد نصار ، المناقصات العامة (دراسة مقارنة) , ط**2** , دار النهضة العربية – القاهرة , بدون سنة نشر ، ص**15** .

(□□) ينظر مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، ضمانات العقد الإداري ، ط**2** ، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية ، **2010** ، ص**130** .

(17) ينظر: الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص**501** .

(18) ينظر: الدكتور مهند مختار نوح ، نفس المصدر والصفحة .

(□□) ينظر : الدكتور عبدالرؤوف جابر ، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة ، ط**1** ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ، **2003**، ص**70** .

(□□) ينظر : الدكتور سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص**221** .

(21) De Laubadere, Traite theorique et pratique des contrats administratifs, Paris,1956, T.1, P.270.

(□□) ينظر : الدكتور أنس جعفر العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة لعقود **B.O.T.**) ، ط**5** ، دار النهضة العربية – القاهرة ، **2009** ، ص**102** . والدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص**15** .

(□□) ينظر : رحيمة الصغير ساعد نمديلي ، العقد الإداري الالكتروني (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية ، **2010** ، ص **63** .

(□□) التوجيه : عمل قانوني معتمد من جانب مجلس وزراء الاتحاد الأوربي ، وهو لا يكون قابلاً للتطبيق مباشرة على مستوى القانون الداخلي للدول الأعضاء في الاتحاد ، وإنما يستلزم تطبيقه في هذه الدول أن تحول نصوص التوجيه إلى موضعها في التشريع الداخلي, ينظر: الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، هامش**4** ص**502**.

(□□) ينظر : رحيمه الصغير ساعد نمديلي ، مصدر سابق ، ص**62** .

(□□) البند أولاً من المادة (**4**) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم **1** لسنة **2008** .

(□□) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها في القضية رقم (**2946**) لسنة **7**ق،تاريخ **1957/4/21**، ذكره : الدكتور محمد فؤاد عبدالباسط ، أعمال السلطة الإدارية – القرار الإداري – العقد الإداري ، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص**315** ، والدكتور سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص**222** .

(□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر , حكمها في الطعن رقم 1558 لسنة 6ق , تاريخ 1962/11/24 , ذكره مهند مختار نوح , مصدر سابق , ص507 .

(□□) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها في القضية رقم 2946 لسنة 7ق تاريخ 1957/4/21 ، سبقت الإشارة إليه .

(□□) ينظر : – الدكتور أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية – القاهرة ، 1973 ، ص151–152 .

– الدكتور إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964 , ط1 , مكتبة الفلاح – الكويت , 1981 , ص101–102 .

– الدكتور جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص07 .

– الدكتور مطيع علي حمود جبير ، العقود الإدارية بين التشريع والقضاء (دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني) ، دار النهضة العربية – القاهرة ، 2006 ، ص272 .

(□□) عبدالمطلب عبدالرزاق ألطيف الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية , أطروحة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد , 1997 ، ص45 .

(□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص64 .

(□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص151 .

(□□) ينظر : الدكتور إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص102 .

(□□) ينظر : الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية – الإبرام – التنفيذ – المنازعات ، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية , 2007 ، ص176 .

(□□) ينظر : الدكتور مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص266 .

(□□) ينظر : الدكتور سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص230 .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص552 .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، المصدر نفسه ، ص550 .

(□□) ينظر : الدكتور أنس جعفر ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص103 .

(□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار , المناقصات العامة , مصدر سابق , ص18 .

(42) FAR: 9.406-2- (a) A contractor for a conviction of or civil judgment for:

(43) FAR: 9.406-2- (a) (1) Commission of fraud or a criminal offense in connection with:

(i) Obtaining;

(ii) Attempting to obtain; or

(iii) Performing a public contract or subcontract.

(44) FAR: 9.406-2-a - (2) Violation of Federal or State antitrust statutes relating to the submission of offers.

(45) FAR: 9.406-2-a - (3) Commission of embezzlement, theft, forgery, bribery, falsification or destruction of records, making false statements, tax evasion, or receiving stolen property .

(46) FAR: 9.406-2-a - (4) Intentionally affixing a label bearing a "Made in America" inscription (or any inscription having the same meaning) to a product sold in or shipped to the United States or its outlying areas, when the product was not made in the United States or its outlying areas (see Section 202 of the Defense Production Act (Public Law 102-558)) .

(47) FAR: 9.406-2-a - (5) Commission of any other offense indicating a lack of business integrity or business honesty that seriously and directly affects the present responsibility of a Government contractor or subcontractor.

(□□) المادة (25) من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل .

(□□) الفقرة (رابعاً– أ– 1) من القسم 9 من قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 .

(□□) البند أولاً من المادة (18) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 .

(□□) البند أولاً من المادة (15) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم 3 لسنة 2009 .

(□□) البند 3 من المادة السابعة والعشرين من كراسة الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، القسم الأول ، والذي ينص على أنه : (على المقاول طيلة فترة استمرار المقاولة أن يمتثل ويتقيد من جميع الوجوه بالقواعد والتعليمات الصادرة عن مكتب مقاطعة إسرائيل في العراق) .

(□□) وقد التزمت بعض الدول العربية بهذه المقاطعة ونصت عليها في تشريعاتها ومنها :

– الفقرة (6–أ) من المادة (11) من قانون العقود للجهات العامة السوري رقم 51 لسنة 2004 .

– قرار مجلس الوزراء السعودي رقم 11 بتاريخ 1400/2/26 هـ ، ذكره الدكتور أنس جعفر ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص104 .

(□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص65 .

(□□) ينظر : الدكتور إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص**103** .

(□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص**154** .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص**511** .

(□□) محكمة القضاء الإداري في مصر , حكمها في **1956/7/30** ، المجموعة , السنة **10**ق ، رقم **284** ، ص **271** ، ذكره : مال الله جعفر عبدالملك الحمادي ، مصدر سابق ، هامش**3** ص**150** .

(□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص**154** .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص**511** .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص**511** .

(62) FAR: 9.406-2- (b)(1) A contractor, based upon a preponderance of the evidence, for:

(63) FAR: 9.406-2- (b)(1) (i) Violation of the terms of a Government contract or subcontract so serious as to justify debarment, such as:

(A) Willful failure to perform in accordance with the terms of one or more contracts; or

(B) A history of failure to perform, or of unsatisfactory performance of, one or more contracts.

(64) FAR: 9.406-2- (b)(1) (ii) Violations of the Drug-Free Workplace Act of 1988 (Pub. L. 100-690), as indicated by:
(A) Failure to comply with the requirements of the clause at 52.223-6, Drug-Free Workplace; or

(B) Such a number of contractor employees convicted of violations of criminal drug statutes occurring in the workplace as to indicate that the contractor has failed to make a good faith effort to provide a drug-free workplace (see 23.504).

(65) FAR: 9.406-2- (b) (2) A contractor, based on a determination by the Secretary of Homeland Security or the Attorney General of the United States, that the contractor is not in compliance with Immigration and Nationality Act employment provisions (see Executive Order 12989, as amended by Executive Order 13286). Such determination is not reviewable in the debarment proceedings.

(□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص**21** , والدكتور محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، ط**1** ، دار الفكر العربي – القاهرة ، **2007** ، ص**132** .

(□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 929 لسنة 9ق ، جلسة 1967/6/17 ، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً من سنة 1965 إلى سنة 1980 ، ص257 . كما تقرر المحكمة ذاتها ذلك بقولها : (... من حيث أن حظر التعامل مع الطاعن استند إلى أنه ورد جبناً أبيضاً مغشوشاً للمستشفيات ، وهذا السبب غير صحيح قانوناً ، ذلك أن ما نسب إليه في الأوراق ، أنه ورد جبناً غير مطابق للمواصفات ولكنه صالح للأكل حسب التقارير الواردة من هيئة الرقابة الإدارية ، ومخالفة المواصفات لا تعتبر غشاً ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة وأتى من الأفعال ما يخفي به هذه المخالفة عن جهة الإدارة ، أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافه) . الطعن رقم 436 لسنة 26ق ، جلسة 1985/4/9 ، السنة الثلاثون ، ص925 .

(□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، طعن رقم 929 لسنة 9ق ، جلسة 1967/6/17 ، سبقت الإشارة إليه ، كما قضت ذات المحكمة بأن قيام المتعاقد بنزع بطاقات البطاطين ، بهدف تعمية الإدارة عن حقيقة هذه البطاطين يعتبر من قبيل التلاعب ، الطعن رقم 724 لسنة 24ق ، جلسة 1982/1/16 ، السنة السابعة والعشرون ، ص236 ، وقضت أيضاً بأن دأب المتعاقد على توريد أصناف أقل من الكمية المطلوبة وغير صالح للاستهلاك الآدمي ، أمر يكشف بما لا يدع مجالاً للشك عن نية مبيتة للتلاعب والغش ، الطعن رقم 1225 لسنة 25ق جلسة 1984/2/25 ، السنة التاسعة والعشرون ، ص709 .

(□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 943 لسنة 13ق ، جلسة 1971/1/16 ، السنة السادسة عشر ، ص150 . والطعن رقم 436 لسنة 22ق ، جلسة 1985/4/9 ، سبقت الإشارة إليه .

(□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 929 لسنة 9ق ، جلسة 1967/6/17 ، سبقت الإشارة إليه ، والطعن رقم 1067 لسنة 5ق جلسة 1962/2/17 ، السنة السابعة ، ص334 .

(□□) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها في القضية رقم 5 لسنة 2ق جلسة 1960/6/30 ، إذ تقول فيه : (إن إقدام المدعي على التعاقد مع الجهة الإدارية ثم تخليه فعلاً عن التزامه وحقوقه للسيد ..... مما يفسخ به العقد تلقائياً بغير إنذار ، ومما يبرر حرمان المدعي من دخول المناقصات) . ذكره المستشار الدكتور ممدوح طنطاوي ، المناقصات والمزايدات القانون واللائحة التنفيذية وأحكام المحاكم ، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث – الإسكندرية ، 2005 ، ص504 .

(□□) الفقرة أ من البند 1 من القسم 9 من قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 .

(□□) البند أولاً من المادة (15) من الفصل السادس من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم 3 لسنة 2009 ، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأسباب هي ذاتها التي أوردتها المادة (12) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988 كحالات يتم إدراج من اقترفها في القائمة السوداء .

(□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص157 .

(□□) الدكتور إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص105 .

(□□) ينظر : مال الله جعفر عبدالملك الحمادي ، مصدر سابق ، ص157 .

(□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص157 .

(□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص67 .

(□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص27 .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص554 .

(□□) الدكتور : أنس جعفر ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص107 .

(82) Richer. L. Droit des contrats administratifs , L.D.J, Paris, 1995, P.130.

نقلاً عن الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص554 .

(83) FAR: Subpart 3.6—Contracts with Government Employees or Organizations Owned or Controlled by Them .

(□□) المادة (39) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، والجهات التي يسري عليها القانون كما نصت على ذلك المادة الأولى منه هي: (.... وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية ...)

(□□) الفقرة (هـ–14) من المادة (77) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم 47 لسنة 1978 .

(□□) الفقرة ثالثاً من المادة (5) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 المعدل .

(□□) الفقرة (ف–ثانياً) من المادة (5) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 . وهو ذات النص الوارد في الفقرة (5) من المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لعام 1988 .

(□□) الفقرة (أ) من البند (2) من القسم (8) من قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 .

(□□) الفقرة (ب) من البند (2) من القسم (8) من قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 , وقد أوردنا نص الفقرة كما ورد في القانون ولم نصحح الأخطاء اللغوية فيها .

(□□) ينظر : الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص175 .

(□□) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري ، جلسة 1990/2/5 ، ملف رقم 71/1/7 ، ذكرها الدكتور جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص30 , والدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص176 .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص341 .

(□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، المصدر نفسه ، ص555 .

(□□) المادة (95) من الدستور المصري لعام 1970 .

(□□) المادة (92) من قانون الإدارة المحلية المصري رقم 43 لسنة 1979 .

(□□) المادة (221) من القرار الجمهوري رقم 269 لسنة 2000 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون السلطة المحلية في اليمن . أشار إليه الدكتور مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص269 .

(□□) المادة (127) من الدستور العراقي لعام 2005 .

(□□) البند السادس من المادة (7) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم 21 لسنة 2008 .

(□□) ينظر : الدكتور أنس جعفر ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص110 .

(□□□) الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص157 .

(□□□) ينظر : الدكتور نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ، 2007 ، ص338 .

(□□□) ينظر : الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص176 .

(103) C.E. 25 - 11 - 1925, poincel, p.941.

(□□□) محكمة القضاء الإداري المصرية ، حكمها في القضية رقم 2946 لسنة 7ق ، جلسة 1957/4/21 ، السنة الحادية عشر ، ص269 .

(□□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 1654 لسنة 6ق ، بتاريخ 1962/12/22 ، ص299 ، ذكره الدكتور محمد فؤاد عبدالباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، مصدر سابق ، هامش1 ص316 .

(□□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 1067 لسنة 5ق ، جلسة 1962/2/17 ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج18،ص135 وما بعدها ، أشار إليه : الدكتور أنس جعفر ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص112 .

(□□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص32 .

(□□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص160 .

(□□□) المادة (24) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

(□□□) المادة (14) من القانون نفسه .

(□□□) الفقرة (هـ) من المادة الثامنة والسبعون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي رقم (م/58) لسنة 1427 هـ.

(□□□) المادة (57) من قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 37 لسنة 1964 .

(□□□) الفقرة (11) من ضوابط الإدراج في القائمة السوداء الصادرة عن الدائرة القانونية في وزارة التخطيط بكتابها ذي العدد (6125/5/4) بتاريخ 2011/4/24 .

(□□□) البند ثانياً من المادة (15) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين في العراق رقم 3 لسنة 2009 .

(□□□) الفقرة (3) من ضوابط الإدراج في القائمة السوداء الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية ، مصدر سابق .

(□□□) الفقرة (7) من الضوابط نفسها .

(□□□) إدارة الفتوى لوزارة النقل والمواصلات في مجلس الدولة المصري ، فتوى رقم 249 بتاريخ 2001/2/26 ، ملف رقم (999/2/2/471) ، ذكرها الدكتور محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الأول – المفاهيم العامة ، بدون دار نشر ، 2011 ، ص357 . وكذلك أفتت بذلك إدارة الفتوى لشؤون الأزهر بمجلس الدولة المصري ، فتوى رقم 119 بتاريخ 1992/12/7 ، ملف رقم (58/1/67) ، ذكرها الدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص39 .

(118) FAR: 9.405-1 Continuation of current contracts.

(□□□) الفقرة (هـ) من المادة الثامنة والسبعين من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي رقم (م/58) لسنة 1427 هـ .

(□□□) الفقرة (أ) من المادة (58) من قانون العقود للجهات العامة السوري رقم 51 لسنة 2004 .

(121) FAR: 9.406-4 Period of debarment.

(122) FAR: 9.406-4- (a)(1) Debarment shall be for a period commensurate with the seriousness of the cause(s). Generally, debarment should not exceed 3 years, except that:

(123) FAR: 9.406-4(a)(1)(i) Debarment for violation of the provisions of the Drug-Free Workplace Act of 1988 (see 23.506) may be for a period not to exceed 5 years.

(124) FAR: 9.406-4(a)(1) (ii) Debarments under 9.406-2(b)(2) shall be for one year unless extended pursuant to paragraph (b) of this subsection.

(□□□) البند أولاً من المادة (15) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم 3 لسنة 2009 .

(□□□) الفقرة (أ–ثانياً) من المادة (15) من التعليمات نفسها .

(□□□) المادة (19) من التعليمات نفسها .

(□□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 1255 لسنة 25ق ، جلسة 1984/2/25 ، السنة 29 ، ص724 ، والطعن رقم 724 لسنة 24ق ، جلسة 1982/1/16 ، السنة 27 ، ص33 ، ذكرهما : الدكتور محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص343–344 .

(□□□) الفقرة (5) من ضوابط الإدراج في القائمة السوداء الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية ، سبقت الإشارة إليها ، والتي تنص على : (تمتد آثار الإدراج في القائمة السوداء ليشمل الهيئة العامة للشركة والمدير المفوض فيها ...) .

(□□□) ينظر : الدكتور محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص134 .

(□□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 436 لسنة 22ق ، جلسة 1985/4/9 ، سبقت الإشارة إليه.

(□□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص106 .

(□□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص161 .

(□□□) ينظر : الدكتور إبراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص98 .

(□□□)Quancard (Miechel), op.cit, P.103 ets .

(□□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، 163 .

(□□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص113 .

(□□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، 161 .

(□□□) ينظر : الدكتور مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، 276 .

(□□□) ينظر : حسين درويش عبدالعال ، وسائل تعاقد الإدارة ، مصدر سابق ، ص88 .

(□□□) قضت بذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر إذ تقول : (... من المسلم به أن للجهة الإدارية الحق في استبعاد العطاء المخالف للشروط والمواصفات ، بل ويجب عليها ذلك ...) ، الطعن رقم 3008 لسنة 36ق ، جلسة 1994/12/10 ، ذكره الدكتور محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص286-287 .

(□□□) المادة (16) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .

(□□□) البندين أولاً وثانياً من المادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 .

(□□□) ينظر : مال الله جعفر عبدالملك الحمادي ، مصدر سابق ، ص183 .

(□□□) محكمة القضاء الإداري في مصر , حكمها في القضية رقم 5 السنة الأولى , بتاريخ 1947/3/18 , مجموعة عمر , ص205 ، ذكره الدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص113 .

(□□□) ينظر : الدكتور محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص330 .

(□□□) ينظر : الدكتور مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص274 .

(□□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن 1067 ، لسنة 5ق ، جلسة 1962/2/17 ، سبقت الإشارة إليه ، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم 163 بتاريخ 1988/2/8 ، جلسة 1987/12/9 ، ملف رقم (120/1/47) ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً ، من أول أكتوبر 1955 إلى آخر سبتمبر 1995 ، ص173 .

(□□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص119 .

(□□□) ينظر : الدكتور جابر جاد نصار ، المناقصات العامة , مصدر سابق ، ص120 .

(□□□) ينظر : الدكتور مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص583 .

(□□□) الفقرتين (ج – د) من البند عاشراً من المادة (7) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 .

(□□□) الفقرة (أ) من البند عاشراً من المادة (7) من التعليمات نفسها .

(□□□) الفقرة (ب) من البند عاشراً من المادة (7) من التعليمات نفسها .

(□□□) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم 1654 لسنة 6ق ، بتاريخ 1962/2/22 . سبقت الإشارة إليه .

(□□□) محكمة القضاء الإداري في مصر ، جلسة 1955/11/29 ، مجموعة أحكام السنة العاشرة ، ص54 ، أشار إليه الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص133 .

(□□□) قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن لجنة المناقصة برفضها قبول العطاء لم تفعل غير مباشرة السلطة المقررة للهيئات المنوط بها إجراء المناقصة ، C.E,24-1-1919,Societe francaise des asphalts,R,P.90. , أشار إليه الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص165 .

كما أقرت ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر ، حكمها في الطعن رقم 1067 لسنة 5ق ، جلسة 1962/2/17 ، والطعن رقم 1654 لسنة 6ق ، جلسة 1962/12/22 ، مجموعة المبادئ القانونية في (40) عام ، مصدر سابق ، ص171 .

(□□□) محكمة القضاء الإداري في مصر ، القضية رقم 1506 لسنة 14ق ، جلسة 1968/3/17 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات من 1966 إلى 1969 ، رقم 162 ، ص273 .

(□□□) قضى بذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه : C.E, 25-11-1925, Pourcel, R, P.941. .

(□□□) محكمة القضاء الإداري في مصر ، إذ قضت بأن الإدارة إذا سببت قرارها باستبعاد العطاء فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة القضاء من ناحية مشروعيتها ، حكمها في 1957/4/21 ، أشار إليه : عبدالمطلب عبدالرزاق الهاشمي ، مصدر سابق ، ص62 .

(161) De Laubadere, contrats administratifs, T.1, op.cit, P.284.

(162) DE Laubadere, ibid, P.285.

(□□□) ينظر : الدكتور أحمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص168 ، وقد قضت بذلك محكمة القضاء الإداري في مصر إذ تقول : (ليس ثمة تعارض بين دعوة المدعي إلى المناقصة المحدودة واستبعاد عطائه من بين العطاءات المقدمة فيها ... وليس ثمة محل للتعقيب على سلطة الإدارة التقديرية التي مارستها في هذا الشأن بعيدة عن كل عيب أو شائبة) , حكمها في القضية رقم 1506 لسنة 14ق ، جلسة 1968/3/17 ، سبقت الإشارة إليه .

المصادر

أولا – المؤلفات

1. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964 , ط1 , مكتبة الفلاح – الكويت , 1981 .
2. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية – القاهرة ، 1973 .
3. أنس جعفر , العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة لعقود B.O.T.) ، ط5 ، دار النهضة العربية – القاهرة ، 2009 .
4. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة (دراسة مقارنة) , ط2 , دار النهضة العربية – القاهرة , بدون سنة نشر .
5. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية – القاهرة ، 2001 .
6. حسين درويش عبدالعال ، وسائل تعاقد الإدارة – المناقصات والمزايدات والممارسة ، ط1 ، مكتبة الأنجلو المصرية ، 1959.
7. رحيمة الصغير ساعد نمديلي ، العقد الإداري الالكتروني (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية ، 2010 .
8. رفيق يونس المصري ، أصول الاقتصاد الإسلامي ، ط2 ، دار القلم – دمشق ، 1993 .
9. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) , ط 4 , دار الفكر العربي , 1984 .
10. عبدالحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه – القضاء – التشريع ، منشأة المعارف – الإسكندرية , 2003 .
11. عبدالرؤوف جابر ، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود ط1 ، دار النهضة العربية – بيروت ، 2003 .
12. عبدالرؤوف جابر ، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ، 2003 .
13. عبدالرحمن بن محمد بن خلدون ، مقدمة ابن خلدون ، تحقيق : علي عبدالواحد وافي ، ط2 ، دار النهضة العربية – القاهرة ، دون سنة نشر ، ج2 734 .
14. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية – الإبرام – التنفيذ – المنازعات ، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية , 2007 .
15. عبدالمطلب عبدالرزاق ألطيف الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية , أطروحة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد , 1997 .
16. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، 2003 .
17. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، ضمانات العقد الإداري ، ط2 ، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية ، 2010 .

18. محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الهداية ، دون سنة نشر ، ج16.
19. محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، ط1 ، دار صادر – بيروت ، ج6.
20. محمد فؤاد عبدالباسط ، أعمال السلطة الإدارية – القرار الإداري – العقد الإداري ، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية ، بدون سنة نشر .
21. محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الأول – المفاهيم العامة ، بدون دار نشر ، 2011 .
22. محمد محمد عبداللطيف ، الدستور والمنافسة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق – جامعة المنصورة في مصر ، عدد تشرين الأول ، 2005 .
23. محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، ط1 ، دار الفكر العربي – القاهرة ، 2007 .
24. مطيع علي حمود جبير ، العقود الإدارية بين التشريع والقضاء (دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني) ، دار النهضة العربية – القاهرة ، 2006 .
25. ممدوح طنطاوي ، المناقصات والمزايدات القانون واللائحة التنفيذية وأحكام المحاكم ، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث – الإسكندرية ، 2005.
26. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ، 2005 .
27. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ، 2007 .

ثانيا – مجموعات القوانين

1. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً ، من أول أكتوبر 1955 إلى آخر سبتمبر 1995 .
2. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء المصرية الإداري في ثلاث سنوات من 1966 إلى 1969 ، رقم 162 .
3. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في مصر في خمسة عشر عاماً في سنة 1965 إلى سنة 1980 .

ثالثا– التشريعات

أ– الدساتير

1– الدستور العراقي لعام 2005 .
2– الدستور المصري لعام 1970 .

ب- القوانين والأنظمة

❖ القوانين والأنظمة العراقية

1. قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 المعدل .
2. قانون العقود العامة رقم 87 لسنة 2004 .
3. قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم 21 لسنة 2008 .
4. تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988 .
5. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 .
6. تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم 3 لسنة 2009 .
7. ضوابط الإدراج في القائمة السوداء الصادرة عن الدائرة القانونية في وزارة التخطيط بكتابها ذي العدد (6125/5/4) بتاريخ 2011/4/24 .
8. كراسة الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، القسم الأول.

❖ القوانين والأنظمة العربية

1. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل .
2. قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 37 لسنة 1964 .
3. قانون العامليين المدنيين بالدولة المصري رقم 47 لسنة 1978 .
4. قانون الإدارة المحلية المصري رقم 43 لسنة 1979 .
5. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 .
6. قانون العقود للجهات العامة السوري رقم 51 لسنة 2004 .
7. قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم 3 لسنة 2005 .
8. نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي رقم (م/58) لسنة 1427 هـ.
9. قانون حماية المنافسة الكويتي رقم 15 لسنة 2007 .
10. قرار مجلس الوزراء السعودي رقم 11 بتاريخ 1400/2/26 هـ .
11. القرار الجمهوري رقم 269 لسنة 2000 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون السلطة المحلية في اليمن .

المصادر الأجنبية

1. De Laubadere, Traite theorique et pratique des contrats administratifs, Paris,1956, T.1, P270.
2. Quancard (Miechel) : L'adjudication des marches publics de travaux et de fournitures , sirey , 1945 , T52 ets .

3. Richer. L. Droit des contrats administratifs , L.D.J, Paris, 1995 .