

حماية المنافسة في المناقصات العامة بدولة الكويت

المستشار الدكتور/ عبدالله حباب الرشيدى
مجلس الوزراء - دولة الكويت

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز مظاهر حماية المنافسة في المناقصات العامة الواردة بالقانون الجديد رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧.

وأوضحت الدراسة الفلسفة الواضحة الداعمة لمبادئ العلانية والشفافية والمنافسة الحرة والمساواة وتكافؤ الفرص ببيان ضمانات المتنافسين في الإجراءات السابقة على إبرام العقد، باعتبارها من أهم الضمانات القانونية. واعتمدت الدراسة على المنهج المقارن في شرح الموضوعات التي تناولتها شرحاً يساعد على الوضوح وسهولة وصول المعلومة إلى القارئ. وتعتبر أول دراسة تتناول قانون المناقصات الجديد.

تمهيد وتقسيم:

المناقصة أو المزايدة طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يقدمون للتعاقّد معها شروطاً سواء من الناحية المالية، أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها.

ووفقاً لنص المادة (١) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، فإن المناقصة العامة هي مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الجهة المختصة بالشراء وفقاً لهذا القانون لتنفيذ عمليات الشراء، أو لحصول الجهة صاحبة الشأن على الخدمات، أو أي أعمال مطلوبة وفقاً لهذا القانون، وتخضع لمبدأ العلانية والمساواة والمنافسة.

والمناقصة عكس المزايدة، فالأولى تستهدف اختيار صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، ويكون ذلك في حالة عقد الأشغال وعقد التوريد.

أما المزايدة فهي تستهدف اختيار من يتقدم بالعطاء الأفضل شروطاً، والأعلى سعراً، ويكون ذلك في حالة ما إذا أرادت الإدارة أن تؤجر أو أن تباع شيئاً من أملاكها الخاصة، والأحكام القانونية واحدة بالنسبة للمناقصة والمزايدة.

ووفقاً لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، فإنه يتعين اللجوء إلى أسلوب المناقصة العامة في حالات شراء المنقولات، ومقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية.

وفي المقابل، فإنه يجب اللجوء إلى أسلوب المزايدة في حالات بيع وتأجير

العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية.

وإذ كانت المادة (١٥) من قانون المناقصات قد تكفلت ببيان مراحل التعاقد بطريق المناقصة العامة^(١).

فإن ضوابط التأهيل المسبق وإجراءاته انتظمت أحكامها المادة (٢١) من لائحته التنفيذية^(٢).

(١) تنص المادة (١٥) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، على أنه: أولاً: يجوز إجراء المناقصة العامة على مرحلة واحدة بعرضين فني ومالي، أو بعرض مالي فقط يتم حسب متطلبات العقد المطلوب إجراؤه، كما يجوز أن تسبقها في الحالات المناسبة إجراءات التأهيل المسبق.

ثانياً: يجوز إجراء المناقصة العامة على مرحلتين، ويكون ذلك عندما لا يكون من الممكن عملياً تحديد النواحي الفنية والتعاقدية الخاصة بعملية الشراء على نحو كامل للحصول على عطاءات تنافسية. وينبغي أن توضح وثائق المناقصة في المرحلة الأولى الغرض والأداء المتوقع والخطوط العريضة للمواصفات والخصائص الأخرى اللازمة في المعدات، أو الأعمال والمؤهلات المطلوبة لتنفيذ العقد، وتتم دعوة المناقصين لتقديم عروض فنية على أساس هذه الوثائق.

ثالثاً: تقوم الجهة المختصة بالمناقصة عند نهاية المرحلة الأولى برفض العروض التي لا تستوفي المتطلبات الأساسية، أو الحد الأدنى للأداء أو الشرط الخاص بإكمال تنفيذ العقد في وقت معين والتي لا يمكن إجراء تغييرات فيها لاستيفاء ذلك، أو تكون فيها نواحي ضعف تجعلها غير متفقة مع شروط المناقصة بصورة جوهرية، وتقوم الجهة المختصة بالشراء في المرحلة الثانية، بدعوة المناقصين الذين لم يتم رفض عروضهم الفنية لتقديم عطاءاتهم النهائية المتضمنة للأسعار.

رابعاً: يتم تطبيق إجراءات المناقصة الواردة في هذا القانون على إجراءات المناقصة على مرحلتين، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع ما ورد في هذه المادة.

(٢) تنص المادة (٢١) من المرسوم رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، على أنه "

١ - على الجهة صاحبة الشأن مخاطبة الجهاز للحصول على الموافقة للبدء بإجراءات التأهيل المسبق.

٢ - يتم التأهيل المسبق لعملية واحدة أو لمدة محددة بحسب متطلبات التأهيل المسبق، وفي حالة التأهيل لعملية واحدة يجب تقديم طلبات التأهيل قبل موعد الاشتراك في المناقصة بأسبوع على الأقل.

٣ - تعد الجهة صاحبة الشأن كراسة التأهيل متضمنة كافة الوثائق والنماذج المطلوبة لعملية التأهيل المسبق، والتي يجب أن تتضمن البيانات الخاصة بالمتقدم ونشاطه ونوعية المواد والخدمات التي يرغب في التأهيل لتوريدها، وسابقة أعماله، والبيانات المالية والفنية والإدارية، وعليها إجراء عملية التأهيل المسبق لإعداد قوائم المقاولين، أو الموردين، أو مقدمي الخدمات المعتمدين المؤهلين للاشتراك في المناقصة بما يتوافق مع طبيعتها.

=

ويمكن القول إن المناقصة العامة طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يقدمون للتعاقد معها شروطاً سواء من الناحية المالية، أو من الناحية الفنية. تسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء، بعد إجراء العلنية التامة، على أن تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون فيها من ناحية الشروط المالية.

وإذا تم الطرح بدءاً في مناقصة عامة، فإنه لا يجوز تحويلها إلى ممارسة عامة أو محدودة أو تعاقد مباشر إلا إذا تم إلغاء المناقصة للأسباب المقررة قانوناً لذلك^(٣).

- = ٤ - تقوم الجهة صاحبة الشأن بالبدء بإجراءات التأهيل طبقاً للمعايير والضوابط والأسس المعتمدة، وتعد قوائم بمن يجتاز التأهيل في الأنشطة المؤهل لها.
- ٥ - تعرض القوائم على الجهاز لإقرارها أو تعديلها، مع بيان الأسس والمعايير التي استندت الجهة إليها عند تأهيلهم، وذلك عند طلب الموافقة على طرح المناقصات على القوائم.
- ٦ - يعلن الجهاز عن أسماء الشركات والأفراد الفائزة في التأهيل في الجريدة الرسمية والموقع الإلكتروني للجهاز، كما يتم إخطار الفائزين وغير الفائزين بنتيجة التأهيل كتابة.
- ٧ - يجب أن تحقق شروط ومتطلبات التأهيل ومعايير التقييم الشفافية والعدالة بين المتقدمين.
- ٨ - يجوز للجهة صاحبة الشأن أن تستبعد - في أي مرحلة - أي مناقص إذا تبين لها عدم صحة البيانات، أو الوثائق المقدمة منه، أو إذا فقد شرطاً من شروط التأهيل".
- (٣) تنص المادة (١٣) فقرة (٣) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ في شأن المناقصات العامة على أنه: "ولا يجوز في أي حال تحويل المناقصة العامة أو المحدودة إلى ممارسة عامة أو محدودة أو تعاقد مباشر". وفي هذا الشأن قررت إدارة الفتوى والتشريع بأنه: "... من حيث إنه أياً كان الرأي حول التكييف القانوني للعقد في الحالة الماثلة، فإنه مادامت الشركة قد اختارت في إسناد العمال عن طريق المناقصة، وأجرت فعلاً المناقصة السالفة البيان، فإنه يتعين التقيد في ترسيته واختيار المناقص الذي يتم التعاقد معه بالقواعد التي تطبق على المناقصات باعتبار أن هذه القواعد تمثل أصولاً عامة، ويتعين التقيد بها، ولا يجوز مخالفتها ولو لم توجد بالشركة قواعد خاصة في هذا الشأن. ومن حيث إن المناقصة بوصفها طريقاً من طرق التعاقد إنما تستهدف بحسب طبيعتها اختيار أقدر المناقصين من الناحية الفنية وأقلهم سعراً، وهي قد تكون محدودة يقتصر الاشتراك فيها على أشخاص أو شركات، أو مكاتب معتمدة أسماؤها وتقرها الجهات الفنية لدى رب العمل كما هو الحال في المناقصة السالفة البيان، ومن المبادئ المقررة في المناقصات أنها تقوم على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين وعدم التمييز بينهم، وغني عن البيان أن التقدم بعبء في المناقصة يعتبر إيجاباً يلتزم به المناقصون بمجرد تقديمه، ومن ثم فلا يجوز للمناقص أن يسحب عطاءه قبل البت فيه أو تعديله، وإرساء المناقصة يعتبر القبول من جانب رب العمل. ومن حيث إنه من المقرر فقهاً وقضاءً أن يلزم رب العمل بإرساء المناقصة على من قدم أقل العطاءات سعراً ما لم يكن قد احتفظ في شروط المناقصة بحقه في ألا يلتزم بالتعاقد مع =

بخلاف المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في داخل الكويت أو خارجها، على أن تتوفر في شأنهم الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة.

والمناقصة إما عامة داخلية أو خارجية، أو محدودة^(٤)، على أن المناقصة العامة

= صاحب أقل العطاءات سعراً، وعند ذلك لا يكون ملزماً بالتعاقد مع من قدم أقل العطاءات سعراً ومع غيره من المنافسين، فإذا لم يحتفظ بهذا الحق وجب عليه إرساء المناقصة على من قدم أقل العطاءات سعراً، وإن لم يفعل فإن ذلك من شأنه أن يلزمه بتعويض من قدم أقل العطاءات سعراً تعويضاً كاملاً. ومن حيث إنه بتطبيق ما تقدم على وقائع المناقصة السالفة البيان، وإذا كانت شركة البترول الوطنية قد اختارت طريق المناقصة المحدودة لاختيار المستشار الذي تزعم التعاقد معه لأداء المهام المنوه عنها، فإنه تلتزم بإرساء المناقصة على المنافس الذي قدم أقل العطاءات سعراً، وإلا جاز له الرجوع عليها بالتعويض الكامل إذا لم ترس عليه هذه المناقصة، ذلك أن شروط المناقصة لم تتضمن النص على ما يفيد أن الشركة غير ملزمة بقبول أي عطاء، وإذا كان هذا الشرط يرد على سبيل الاستثناء من القواعد العامة في المناقصات بما يوجب النص عليه صراحةً حال الرغبة في إعماله، فلا ينال من ذلك القول بأن العرف في الشركة قد استقر على اتباع هذا الإجراء، ذلك أنه لا يمكن وصف ما جرى عليه العمل في الشركة بأنه عرف مستقر ملزم للمنافسين المتعاملين مع الشركة. وترتيباً على ما تقدم فإنه لا يجوز العدول عن ترسية المناقصة السالفة البيان على المنافس الأقل سعراً وتحويلها إلى ممارسة، ولا وجه للتحدي في هذا الصدد بالحالات التي أشارت إليها الشركة، والتي وافقت فيها لجنة المناقصات المركزية على إعادة طرح المناقصة كممارسة، ذلك أن جميع الأمثلة المشار إليها كانت ألغيت لأسباب خاصة بكل حالة حيث أقرتها لجنة المناقصات المركزية، ووافقت على طرح الأعمال ثانية في ممارسة، وهو ما لا يتوافر في المناقصة محل البحث، حيث ترى الشركة إجراء الممارسة مع بقاء هذه المناقصة دون إلغائها. لذلك نرى أنه لا يجوز تحويل المناقصة السالفة البيان إلى ممارسة، ويتعين ترسيته على صاحب أقل العطاءات سعراً والمستكمل للمتطلبات الفنية؛ باعتباره صاحب الحق قانوناً في أن ترسو عليه المناقصة دون غيره". راجع فتاها رقم: ٩١/٧٥/٢ - ٥٠٦ بتاريخ: ١٩٩١/١١/٥ منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع يناير ١٩٩٠ - ديسمبر ٢٠٠٢ الأحرف (م، ن، هـ، و) عدا الموظف - الوظيفة العامة الجزء الرابع أكتوبر ٢٠٠٧ ص ٢٧.

(٤) كما جاء نص المادة (١٦) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه: "١- يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في العقود التي تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو فنيين، أو خبراء متخصصين في النواحي الفنية والمالية بذواتهم، سواء في الداخل أو الخارج على أن تتوفر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة، وتدرج أسماؤهم في قائمة تعدها الجهة صاحبة الشأن من بين الموردين المسجلين أو المقاولين المعتمدين بالجهاز لهذا الخصوص بعد تأهيلهم إذا استلزم الأمر والإعلان عن ذلك في الجريدة الرسمية، مع بيان الأسس والمعايير التي استندت إليها

تسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء، بعد إجراء العلنية التامة، على أن تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون فيها من ناحية الشروط المالية، والمناقصة العامة قد تكون داخلية، أي يعلن عنها في دولة الكويت، ويكون الاشتراك فيها مقصوراً على من ورد اسمه في السجل الخاص، وقد تكون خارجية، أي يعلن عنها في دولة الكويت والخارج، ويكون الاشتراك فيها مقصوراً على من ورد اسمه في السجل العام. ولكن يجرى العمل على قبول العطاء أو العرض المقدم من غير الأشخاص المقيدة أسمائهم في السجل الخاص أو العام، إذا كان ذلك في صالح الإدارة، وبشرط ألا يكون صاحب العطاء من الممنوعين من التعامل.

كما يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في العقود التي تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو فنيين أو خبراء متخصصين في النواحي الفنية والمالية بذواتهم، سواء في الداخل أو الخارج متى توافرت بشأنهم الشروط المطلوبة قانوناً.

فالمناقصة المحدودة تختلف عن المناقصة العامة في أن حق الاشتراك في المناقصة المحدودة مقصور على أشخاص أو مشروعات معتمدة لدى جهة الإدارة في سجلات وكشوف تعد لهذا الغرض، والمناقصة المحدودة تخضع لذات القواعد التي تخضع لها المناقصة المفتوحة إلا ما تعلق منها بطريقة توجيه الدعوة للدخول في المناقصة، ففي حين توجه الدعوة في المناقصة العامة للكافة، فإن هذه الدعوة تقتصر على أسماء المقاولين المقيدين والموردين المسجلين لدى الإدارة في سجل خاص.

لذا جاء النص في المادة (١٣) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه: "١-... ٢- ويجوز استثناءً بقرار من المجلس - بناءً على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن - التعاقد بإحدى الطرق الآتية: أ- المناقصة

= الجهة صاحبة الشأن في اختيارهم وتأهيلهم، على أن تعرض هذه القائمة على المجلس لإقرارها أو رفضها أو تعديلها. ويحق لكل ذي مصلحة لم يرد اسمه في هذه القائمة التظلم أمام المجلس من قرار الاستبعاد لإدراجها فيها. ٢- يتم نشر الإعلان عن إجراء المناقصة المحدودة قبل إصدار وثائق المناقصة للمناقضين المعلن عنهم بمدة (٣٠) ثلاثين يوماً على الأقل؛ كي تتاح الفرصة أمام غيرهم من المؤهلين لمثل هذه المناقصة لطلب ضمهم للمشاركة في التنافس على المناقصة، ويجب على الجهة المختصة بالشراء أن تعلن قرارها قبل الموعد المحدد للمناقصة، كما يجب أن يحدد الإعلان أيضاً الموعد النهائي والوسائل التي يجوز بها للمناقضين الآخرين طلب الاشتراك في المناقصة، وتسري على المناقصات المحدودة - فيما عدا ما تقدم - جميع الأحكام المنظمة للمناقصات العامة".

المحدودة، وتتم الدعوة إليها لعدد من الموردين أو المقاولين المتخصصين من الناحية الفنية والمالية والمسجلين لدى الجهاز".

وليس من شك في أن تقدير طرح المناقصة على النحو المتقدم من إطلاقات مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، بناءً على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن، ذلك أن المشرع منح المجلس سلطة الرفض حال طلب الجهة الإدارية الطرح في مناقصة محدودة.

وتصلح المناقصة المحدودة للتعاقد على الأعمال والتوريدات التي يكون من الأنسب قصرها على بيوت مالية، أو مؤسسات معتمدة من ذوي الخبرة الكبيرة والكفاءة التامة، في مجالات مهمة مثل إنشاء مطار جوي أو ميناء بحري، أو توريد أجهزة علمية دقيقة.

ونظراً لأهمية المناقصات في الواقع العملي، نستعرض الموضوع ببيان ضمانات المتنافسين في الإجراءات السابقة على إبرام العقد (مبحث أول) وطرح المناقصة وتقديم العطاءات (مبحث ثان) وذلك على الوجه التالي:

المبحث الأول

ضمانات المتنافسين في الإجراءات السابقة على إبرام العقد

تمهيد وتقسيم:

تحرص أغلب الدول على تضمين تشريعاتها - ذات العلاقة بالمشتريات والمبيعات الحكومية - من الأحكام ما يحقق النزاهة والشفافية والعدالة بين المتنافسين، سواءً ما يتعلق منها بالمرحلة السابقة على التعاقد المتمثلة في الإعداد للمناقصة، أو المزايدة من إجراءات الإعلان، واستلام العطاءات والبت فيها، وإصدار قرار الإرساء على صاحب العطاء الفائز، أو تلك المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد.

وتعد تلك الأحكام ضمانات أساسية للمتنافسين والمتعاقدين مع جهة الإدارة، تعكس ما وصلت إليه الدول من تقدم ورقي في إرساء المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المشتريات والمبيعات الحكومية.

وتتم المناقصة على مرحلتين؛ الأولى: أعمال تمهيدية من وضع شروط المناقصة، والإعلان عنها، وتلقي العطاءات المقدمة فيها، وتحقيق شروطها، ثم المفاضلة بين العطاءات.

والثانية: إبرام العقد بعد إرساء المناقصة، وتتم الأعمال التمهيدية بقرارات تتخذها جهة الإدارة للإفصاح بها عن إرادتها هي وحدها دون غيرها، وتلتزم فيها السير على مقتضى التنظيم الإداري المقرر لذلك.

وينبغي على ذلك أن شروط المناقصة تضعها الإدارة بمفردها ولا تناقش فيها المتعهد، الذي يجب عليه أن يقبلها في جملتها فيغدو في مركز تعاقدى حيالها.

ولا تختلف إجراءات المزايدة العامة عن إجراءات المناقصة العامة إلا فيما يتعلق بتحديد قيمة العطاء، فبينما يتم التعاقد في المناقصة مع المتناقص الذي يتقدم بأقل عطاء لتوريد المواد المطلوبة، أو للقيام بالعملية المطروحة، فإن التعاقد يتم في المزايدة مع صاحب أكثر عطاء، فيما تعرضه الإدارة للبيع، أو الإيجار، أو غير ذلك من التصرفات.

والمبدأ التقليدي في التقدم للمناقصة العامة يعني حرية الدخول فيها، والتقدم بعطاء ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة.

فإجراءات المناقصة العامة ما هي إلا دعوة إلى التعاقد، تعلن عنها الإدارة بصورة، حددها القانون وكفل في إجراءاتها تحقيق حرية المنافسة بين المتقدمين بعطاءاتهم في المناقصة.

ومبدأ حرية التقدم في المناقصة يؤدي إلى ضرورة ضمان حرية المنافسة في إجراءاتها، فكل إجراء يؤدي إلى تقييد حرية المنافسة بين المتنافسين يؤدي في ذات الوقت إلى النيل من مبدأ حرية التقدم في المناقصة، فالتطبيق العملي لهذا المبدأ يقتضي ضمان حرية المنافسة في إجراءات المناقصة العامة.

والقاعدة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إدارية كانت أو مدنية، ذلك أنها تلتزم بهذا الصدد بالوسائل والطرق والإجراءات التي رسمها المشرع في القوانين واللوائح لكفالة اختيار أفضل المتعاقدين ضماناً للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام.

وتعتبر العلانية في إجراءات المناقصات، وتكافؤ الفرص، وحرية المنافسة هي الأسس العامة التي تشكل أهم الضمانات المقررة لصالح المتنافسين في القوانين المختلفة المنظمة للمناقصات والمزايدات. وإن كان هناك بعض التفاوت في طريقة تحقيق تلك الأسس من بلد إلى آخر؛ إلا أن المبدأ العام السائد هو اتجاه كافة التشريعات نحو تحقيق تلك الأسس العامة، ليس لكونها معياراً لمدى تقدم الدولة في مجال الشفافية فقط، إنما لكونها تحقق الأهداف المرجوة من المناقصات والمزايدات الحكومية من حيث الحصول على أفضل الخدمات بأقل الأسعار، والحصول على أعلى الأسعار بالنسبة للمزايدة على الأموال العامة، وذلك من خلال اشتراك أكبر عدد ممكن من المتنافسين نتيجة شفافية وعدالة الإجراءات المتبعة في مختلف مراحل المناقصة أو المزايدة.

وإذا كان التقدم للمناقصة العامة مؤداه حرية الدخول فيها بالنظر إلى اعتبارها نوعاً من "المنافسة" بين المتقدمين، بقصد تحديد من يعرض منهم أفضل الشروط المالية تمهيداً للتعاقد مع الإدارة.

فإن ثمة ضمانات تخضع لها المناقصة العامة، ونقسم هذا المبحث ونستعرض العلانية (مطلب أول)، وتكافؤ الفرص بين المتنافسين (مطلب ثانٍ) وحرية المنافسة (مطلب ثالث) على النحو الآتي:

المطلب الأول العلانية

تمهيد وتقسيم:

تمر المناقصة العامة أو المزايدة، كأسلوب من أساليب تعاقد الإدارة، بعدة مراحل.

وقد حرصت أغلب التشريعات على تحديد تلك المراحل، سواء ما تعلق منها بالإجراءات التمهيدية، مثل: حصر الاحتياجات، والحصول على الإذن المالي، والموافقات والتراخيص، وتحديد التكلفة التقديرية، مروراً بالإعلان عن المناقصة أو المزايدة، ومن ثم بقية إجراءات الفتح والبت في العطاءات وانتهاءً بقرار الإرساء^(٥).

ويعتبر الإعلان عن المناقصة إجراءً أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصات العامة، مؤداه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة^(٦).

والإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد، ومن ثم فإنه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها^(٧).

ومبدأ علانية المناقصة العامة يكفل تحقيق حرية المنافسة والمساواة الواجب توافرها في إجراءات المناقصة العامة ببيان الإجراءات والشروط التي يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس على أساسها.

وإذا كانت المناقصة - كأسلوب لإبرام العقد الإداري - تستهدف أن تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض شروطاً وسعراً، فلا شك أن الإعلان عن إجراءات المناقصة سوف يعمل على تحقيق هذا الهدف الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصة لإبرام العقد الإداري^(٨).

(٥) راجع: د. محمد أحمد عبد النعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٢.

(٦) Quancard (M.), L'adjudication des marches public, thèse, Sirey, Paris, 1945. P. 74

(٧) يرى بعض الفقه أن مبدأ علانية المناقصة - أو المزايدة - يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة، ومبدأ المساواة الواجب توافرها في إجراءات المناقصة العامة، إذ إنه يبين الإجراءات والشروط التي يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس على أساسها. ووفقاً لهذا الرأي فإن مبدأ العلانية يقتصر فقط على الإعلان. بينما البعض الآخر يرى بأن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون أحد عناصر مبدأ العلانية، وأحد وسائل وضع هذا المبدأ موضع التطبيق. ويرى أنصار هذا الرأي بأن العلانية في المناقصة العامة تتمثل في الإعلان ونشر الإجراءات وتسبب القرارات، راجع: د. جابر جاد نصار: المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانونين: المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونستيرال)، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، ص ٤٣. وراجع في الرأي الثاني د. زين بدر فراج، الأحكام العامة للتعاقد وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٦٠.

(٨) Bonnard (R): La passation des Marchés publics. Revue de droit public et de la science politique n 59, p. 159.

ومبدأ الإعلان نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (١٤) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ في شأن المناقصات العامة ٢٠١٦م حيث جرى نصها على أنه: " .. وتخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمنافسة الحرة وفقاً للإجراءات المبينة في هذا القانون ولائحته التنفيذية " .

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب ببيان عناصر العلانية، ونستعرض الإعلان عن المناقصة العامة (فرع أول) ونشر القرارات (فرع ثان) وتسبب القرارات (فرع ثالث) على النحو التالي:

الفرع الأول الإعلان عن المناقصة العامة

تمهيد وتقسيم:

يعتبر الإعلان عن المناقصة العامة إجراءً هاماً وضرورياً من إجراءاتها، نظراً لما يوفره من ضمان فرص متساوية للمقاولين والموردين الراغبين في الدخول في المناقصة.

إضافة إلى ما يوفره الإعلان من تنافس بين هؤلاء، مما يؤدي إلى تخفيض السعر الذي ينعكس بدوره على المصلحة العامة للدولة، وهذا التنافس لا يتأتى إلا إذا علم أولئك المقاولون أو الموردون بحاجة الإدارة إلى التعاقد.

كما أن الإعلان من ناحية أخرى يجعل الإدارة بمنأى عن الشك أو الانتقاد من حيث قصر الاشتراك في مشترياتها على فئة محددة من المتعاقدين^(٩).

ويمثل ضمانه أساسية لإعلام كل من يهمهم الاشتراك في المناقصات في الوقت المناسب^(١٠).

وإذا ما كانت المناقصة العامة - كأسلوب لإبرام العقد الإداري - تهدف إلى تعاقد جهة الإدارة مع صاحب أفضل العروض من ناحية الشروط والأسعار؛ فإن

(٩) راجع: د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٩١، ص ٢٤٦. وراجع أيضاً: د. مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والقانون المقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية. وراجع: د. إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤، ص ٨٠.

(١٠) راجع: د. عبد الغني بسيوني عبدالله: النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥٤٢.

الإعلان عن هذه المناقصة سوف يعمل - بلا شك - على تحقيق ذلك الهدف الذي تسعى إليه الإدارة نتيجة الأخذ بأسلوب المناقصة العامة لإبرام العقد الإداري^(١١).

ولأن غاية الإدارة من ذلك هو تحقيق المصلحة العامة وليست المصلحة الشخصية، فإنها تحرص على إعلان أكبر عدد ممكن من الأفراد والشركات برغبتها في التعاقد.

ومن أجل ذلك تكفل القانون رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٣ بشأن المناقصات العامة بتنظيم الأحكام المتعلقة بالإعلان عن المناقصة العامة، للتأكد من وجود منافسة حقيقية لتقديم الأفضل وعدم المحاباة، أو تفضيل مقاولين، أو موردين معينين للتعاقد مع الإدارة.

وتعتبر العلانية عن طريق الإعلان عن المناقصة أو المزايدة هي جوهر فكرة المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين وتحقيق المصلحة العامة، وبسببها تخضع جهة الإدارة للرقابة بشأن مدى التزامها واحترامها للشروط والمواصفات المحددة سلفاً بشأن السلع أو الأعمال المنصوص عليها في الإعلان.

والمقصود من الإعلان هو التيقن من علم ذوي الشأن من المتخصصين بشروط العقد، ومواصفات السلع، أو الأعمال موضوع المناقصة، وكيفية الحصول على كراسة الشروط، ومكان تقديم العطاءات وفتحها، والمهلة المحددة لتقديمها، والمستندات المطلوبة، وتحديد مبلغ الضمان الابتدائي المطلوب تقديمه مع العطاء.

وعلى ذلك نقسم هذا الفرع لبيان الإجراءات السابقة على الإعلان عن المناقصة إلى (غصن أول) والتكليف القانوني للإعلان عن المناقصة (غصن ثانٍ) وفاعلية الإعلان (غصن ثالث) والآثار المترتبة على عدم الإعلان أو التقصير فيه (غصن رابع) على النحو التالي:

الغصن الأول

الإجراءات السابقة على الإعلان عن المناقصة

لابد لإجراءات الإعلان عن المناقصة العامة أن تسبقها عملية أخرى لا تقل أهمية عنها، وهي عملية إعداد كراسة الشروط والمواصفات ذات العلاقة بموضوع المناقصة.

(١١) راجع: د. جابر جاد نصار: المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ٤٣.

بحيث تكون هذه الشروط والمواصفات موحدة ومعلومة للجميع، حتى يمكن مقارنة العروض المقدمة وفق معايير ثابتة.

وغالبا ما يحيل الإعلان عن المناقصة إلى كراسة الشروط والمواصفات، والتي تحتوي على كافة التفاصيل الفنية للسلع أو للخدمات، أو للإنشاءات المطلوبة، إضافة إلى الشروط الأساسية الأخرى، سواء المتعلقة بإعداد التصاميم النهائية وفصل أعمال التصميم عن الأعمال الإنشائية، أو بإعداد وثائق المناقصة، ووضع مواصفاتها التفصيلية عن كل صنف، أو أداء كل عمل، ونطاق عملية الشراء والوقت المحدد لتنفيذ العقد ومكانه، ومعايير تقييم العطاءات، والتعليمات اللازمة إلى المقاولين، والرسومات، وجداول الكميات الدقيقة التي تبين أفراد البنود وجداول الأسعار، بمراعاة المواصفات القياسية العالمية ومواصفات التوريدات الحكومية^(١٢)، وغيرها من الشروط الأخرى التي ترى جهة الإدارة ضرورة إدراجها في الكراسة.

- (١٢) تنص المادة (٣٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه: "
- (١) يجب قبل طرح توريد الأصناف، أو مقاولات الأعمال في المناقصة العامة، وبعد إعداد التصاميم النهائية، وفصل أعمال التصميم عن الأعمال الإنشائية، يجب أن تقوم الجهة صاحبة الشأن بإعداد وثائق المناقصة، وتقوم بوضع مواصفات تفصيلية عن كل صنف أو أداء كل عمل، ونطاق عملية الشراء والوقت المحدد لتنفيذ العقد ومكانه، ومعايير تقييم العطاءات، كما تضع التعليمات اللازمة إلى المقاولين والرسومات وجداول الكميات الدقيقة التي تبين أفراد البنود وجداول الأسعار، وتراعي في ذلك المواصفات القياسية العالمية ومواصفات التوريدات الحكومية.
- (٢) تحدد اللائحة حالات اقتضاء رسوم عن توفير وثائق المناقصة للراغبين في الاشتراك فيها التي يجب أن تعكس فقط تكلفة نسخ وتوزيع مستندات المناقصة.
- (٣) في حالة طرح المناقصات بنمط العرضين الفني والمالي يجب أن تشمل المستندات على المتطلبات الفنية الكاملة والواضحة لهذا النمط، كما يجب أن تتضمن أسس ومعايير التقييم التي سيتم بموجبها المفاضلة بين العروض المالية والإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بأحكام العقد، أو التأخر في تنفيذه.
- (٤) في الحالات التي يتم فيها طرح على أساس عينات فيجب النص على وزنها أو مقاسها أو حجمها، وفي الأصناف التي يلزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات وسعتها ومواصفاتها.
- ويكون الطرح على أساس العينات النموذجية الخاصة بالجهة صاحبة الشأن في الحالات التي يتعذر فيها توصيف موضوع التعاقد توصيفاً دقيقاً، ويجوز في هذه الحالة بيع نموذج منها لمقدمي العطاءات.
- وفي مقاولات الأعمال يجب أن تشمل إعداد الرسومات الفنية اللازمة.
- ويجب أن تشمل صيغة المناقصة وشروط العقد التأمينات والتوكيلات في التعاقد وغيرها من الشروط العامة.

=

وقد تكفلت المادة (٩) من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية، بالنص على وجوب وضع المواصفات الفنية، كما قررت المادة (٤٧) من ذات المرسوم، قواعد نشر جداول المناقصات والتأهيلات^(١٣).

وعادة ما يتم وضع المواصفات من قبل لجان ذات خبرة بموضوع المناقصة، على أن يتم ذلك بصورة دقيقة ومفصلة وحيادية لا تفضل منتجاً على آخر، حتى تسهل عملية تقييم العطاءات، وتتم معاملة كافة المقاولين، أو الموردين على قدر المساواة^(١٤).

٥ = يتعين إبلاغ جميع المناقصين المشتركين في إجراءات الشراء بأي تعديلات، أو أي إيضاحات لوثائق التأهيل المسبق، أو وثائق المناقصة بدون تأخير؛ لكي تتاح الفرصة للمناقضين لأخذ التعديلات أو الإيضاحات في الحسبان عند إعداد طلبات التأهيل المسبق أو العطاءات. وإذا اقتضت إتاحة الفرصة للمناقضين ذلك، فإنه يتعين على الجهة صاحبة الشأن تأجيل الموعد النهائي لتقديم طلبات التأهيل المسبق أو العطاءات. ويجب الإعلان عن أي تعديل في وثائق المناقصة أو تأجيل للموعد النهائي لتقديم العطاءات فوراً في جميع وسائل النشر والإعلان المعتمدة في الجهاز.

٦ تبين اللائحة التنفيذية إجراءات وشروط طرح المناقصات العامة والمحدودة والممارسات، وتقديم العطاءات، وقواعد نشر كل ذلك باستخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

(١٣) تنص المادة (٩) بإصدار اللائحة التنفيذية على أنه: "يجب على الجهة المختصة بالشراء أن تحدد المواصفات الفنية الخاصة بالأصناف أو الأعمال أو الخدمات المطلوب التعاقد بشأنها بشكل دقيق ومفصل مع مراعاة المواصفات القياسية المعتمدة، ووضع القيمة التقديرية للعملية محل التعاقد، على أن يراعى في ذلك أسعار السوق عند الطرح، ومع الأخذ في الاعتبار العناصر المؤثرة وفقاً لظروف وطبيعة تنفيذ التعاقد، وللجهة الاستعانة بمن ترى الاستئناس برأيهم من أهل الخبرة من الخبراء والفنيين بالجهات الحكومية وغيرها من الجهات ذات الخبرة الفنية المتخصصة في مجال وضع المواصفات الفنية". كما تقرر المادة (٤٧) من اللائحة التنفيذية، قواعد نشر جداول المناقصات والتأهيلات، على النحو الآتي:

١- تقوم الوحدة التنظيمية بالجهة العامة بإعداد جداول عن المناقصات التي ستطرح والتأهيلات، وذلك وفقاً للخطة السنوية الملزمة لعقود التوريد والمقاولات والخدمات.

٢- يجب أن تتضمن الجداول نبذة كافية عن المناقصات والتأهيلات.

٣- يتم نشر هذه الجداول في الجريدة الرسمية وعلى الموقع الإلكتروني للجهة.

٤- يجري النشر قبل طرح المناقصة أو الدعوة للتأهيل بمدة لا تقل عن (٩٠) تسعين يوماً.

(١٤) تنص المادة (٨٦) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أن: "يلتزم الجهاز بالتعاون مع وزارة المالية وإدارة الفتوى والتشريع بوضع عقود نموذجية مكتوبة تتضمن الدفاتر والشروط التي يتم بموجبها تنفيذ العقود، وتتألف من كراسة الشروط العامة وكراسة الشروط الخاصة:

وإذا كان الإعلان عن المناقصة وطرح كراسة الشروط للمخاطبين به لا يمثل سوى دعوة للتعاقد، ولا يتضمن إيجاباً من قبل الإدارة إلا أن الإيجاب لا يتحدد معالمه وشروطه إلا بناء على الشروط والأحكام التي تقررها الإدارة في كراسة الشروط^(١٥).

= أولاً - كراسة الشروط العامة:

تحدد نماذج كراسة الشروط العامة المتطلبات الإدارية والمتطلبات الفنية التي تسري على جميع عقود التوريد أو مقاولات الأعمال أو الخدمات.

وتحدد في هذه الكراسة بصفة خاصة كيفية حساب الأسعار، وتطبيق شروط مراجعة الأسعار، وكذلك كيفية منح وحساب ودفع الدفعات، وتسوية ثمن الصفقات طبقاً للنظم المحاسبية المعمول بها في دولة الكويت.

ثانياً - كراسة الشروط الخاصة:

تحدد نماذج كراسة الشروط الخاصة الشروط المتعلقة بكل عقد، كما تتضمن الإحالة لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية.

ويجب أن تتضمن كراسة الشروط الخاصة على وجه الخصوص:

(١) طريقة إبرام العقد.
(٢) الإحالة الصريحة إلى مواد القانون واللائحة التنفيذية كجزء من العقد فيما لم يرد بشأنه نص خاص.

(٣) موضوع العقد مع الإشارة إلى مكان تنفيذ الأعمال.

(٤) تحديد المستندات المدرجة في العقد حسب أولوياتها.

(٥) الثمن مع مراعاة المقتضيات المتعلقة بتحديد الأسعار.

(٦) شروط الاستلام والتسليم.

(٧) شروط الدفع وفقاً للنصوص التنظيمية.

(٨) شروط فسخ العقد.

(٩) الجزاءات التي توقع على المتعاقد.

(١٠) الغرامات بأنواعها وحدودها القصوى وأحكامها وتدرجها".

(١٥) وقد تكفلت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات بإيضاح بيانات الدعوة للتأهيل المسبق وللإشتراك في المناقصة العامة، فقررت في المادة (٢٢) على أنه: "يجب أن تشمل الدعوة للتأهيل المسبق أو للإشتراك في المناقصة العامة، البيانات التالية:

- الجهة المختصة بالشراء وعنوانها.
- طبيعة الأصناف أو مقاولات الأعمال أو الخدمات المطلوبة.
- أماكن الحصول على وثائق المناقصة أو التأهيل ومقابل الحصول عليها.
- طريقة تقديم طلبات التأهيل المسبق أو العطاءات، بما في ذلك المكان والموعود النهائي لذلك".

كما قررت في المادة (٢٣) من ذات القانون أن: "يُنشر الإعلان عن الدعوة إلى المناقصة أو طلبات التأهيل بلغة أجنبية واحدة (على الأقل) بجانب اللغة العربية في الحالتين التاليتين:

- أ - إذا كانت المناقصة أو الممارسة خارجية.
- ب - إذا كان الطرح مقصوراً على الشركات الأجنبية.

=

ولا شك أن كراسة الشروط وما تحتويه من بيان شروط توفير الضمان والصيانة وقطع الغيار، ومستلزمات التشغيل، وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر غير السعرية، وكيفية حساب الأسعار وتطبيق شروط مراجعة الأسعار، وكذلك كيفية منح وحساب وسداد الدفعات، وتسوية ثمن الصفقات طبقاً للنظم المحاسبية المعمول بها في دولة الكويت، تمثل أهمية كبيرة في تشكيل موقف المفاوض، أو المتعهد الذي يتقدم للتعاقد مع الإدارة.

وإذا قررت الجهة المختصة بالشراء عقد جلسة للاستفسارات في شأن مناقصة أو ممارسة، فإن كل ما يدون بمحضر الاجتماع التمهيدي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من وثيقة المناقصة، ويسري في مواجهة مقدمي العطاءات^(١٦).

= قواعد النشر باستخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات".
كما قررت المادة (٢٤) أيضاً أن: "للجهة المختصة بالشراء أن تعمل على استخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الحديثة، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية لأقصى درجة ممكنة للقيام بإجراءات الشراء وفقاً لهذه اللائحة، وذلك لتحقيق المزيد من المنافسة والشفافية في عمليات الشراء، ويتعين على الجهة المختصة عند إجراء عمليات الشراء بواسطة وسائل إلكترونية، مراعاة ما يلي:
أ - أن تكون إجراءات الشراء التي ستتم باستخدام نظم وبرامج لتكنولوجيا المعلومات، بما في ذلك تلك المرتبطة بتوثيق المعلومات، متاحة على نحو عام وقابلة للاستخدام المتبادل مع نظم وبرامج تكنولوجيا المعلومات الأخرى المتاحة أيضاً على نحو عام.
ب - استخدام وسائل تكفل عدم النيل من طلبات الاشتراك في المناقصات ومن العطاءات وبما في ذلك وسائل تحديد وقت استلامها، ومنع الاطلاع غير القانوني عليها.
ج - إنشاء موقع رسمي يتبع الجهة المختصة بالشراء على الشبكة الدولية للمعلومات، كإجابة للمعلومات عن جميع عمليات الشراء التي تتم من خلال تلك الجهة، وبحيث يكون المصدر الرئيسي للمعلومات المتعلقة بنظام الشراء في هذا الموقع".
(١٦) نظمت المادة (١٣) من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية، ضوابط وإجراءات الاجتماع التمهيدي، فنصت على أنه: "في الحالات التي تقرر فيها الجهة المختصة بالشراء عقد جلسة للاستفسارات في شأن مناقصة أو ممارسة، يجب مراعاة الضوابط والإجراءات التالية:

- ١ - أن يتضمن الإعلان موعد ومكان الاجتماع التمهيدي.
- ٢ - يجوز لكل من قام بشراء وثائق المناقصة بحضور الاجتماع التمهيدي بشخصه أو من يمثله.
- ٣ - كل ما يدون بمحضر الاجتماع التمهيدي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من وثيقة المناقصة، ويسري في مواجهة مقدمي العطاءات.
- ٤ - يجب تعميم الأسئلة والاستفسارات والردود عليها بعد اعتمادها على جميع المناقصين قبل موعد إقفال العطاءات بوقت كاف، ونشر ما انتهى إليه الاجتماع التمهيدي في الموقع الإلكتروني للجهاز دون كشف مصدر الاستفسار أو التساؤل".

ومتى نص العقد صراحة على الإحالة لنصوص وثائق المناقصة اعتبرت كراسة الشروط جزءاً لا يتجزأ من العقد، وتمثل الشروط والمواصفات الواردة بها أساساً للتعاقد بين الإدارة ومقدم العطاء.

أما إذا خلا العقد من تلك الإحالة، فلا تعتبر هذه النصوص جزءاً من العقد إلا بالقدر الذي لا يتخالف فيه مع نصوص العقد، وما ورد بكراسة الشروط فإذا خالفها وجب تغليب نصوص العقد وما ورد في كراسة الشروط.

ويتعين على المناقصين والمتعهدين التقيد بأحكام وضوابط السلوك الواجب على نحو يفي بالتزاماتهم الواردة في قانون المناقصات، ولذلك كرست اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات جملة أحكام لضبط السلوك الواجب على المناقصين وما يتخذ من إجراءات في حالة المخالفة^(١٧).

يتضح مما تقدم حرص المشرع على تأكيد العمل بمبدأ الشفافية وتكافؤ الفرص بين المقاولين والموردين، وتوفير فرص متساوية للمشاركة في المناقصات التي تطرحها الجهات الحكومية المختلفة، على نحو يسهم بتوفير ضمانات تحقق سلامة الشروط والمواصفات للمقاولين والموردين، فحظر على جهة الإدارة حين إعداد الشروط والمواصفات الفنية المطلوب طرحها وفق الإجراءات القانونية- تحقيقاً لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص بين المتقدمين - الإشارة بشكل

(١٧) نظمت المادة (٤٦) من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية، أحكام وضوابط السلوك الواجب على المناقصين، وما يتخذ من إجراءات في حالة المخالفة، ونص على أنه: "

١- يجب على المناقصين والمتعهدين التقيد بالتزاماتهم الواردة في القانون ولائحته التنفيذية ومتطلبات وثائق وشروط المناقصات وعقود الشراء وقواعد الشراء العام.

٢- يجب على المناقص أو المتعهد ألا يقوم بنفسه أو بواسطة الغير بأي عمل ينطوي على صورة من صور الفساد أو الاحتيال.

٣- يحظر على المناقص أو المتعهد ممارسة أي إكراه أو تدليس للتأثير على أي من أطراف المناقصة أو العقد أو المشاركين فيها أو في تنفيذها.

٤- يلتزم المتعهدون بالامتناع عن أي عمل أو إقامة أي تكتل، أو تواطؤ فيما بينهم من شأنه الإضرار بمصالح الجهة صاحبة الشأن.

٥- يلتزم المناقص أو المتعهد بعدم تقديم معلومات كاذبة.

٦- يتعين على المناقص ألا يتقدم في مناقصة بأكثر من عطاء واحد عدا العطاءات البديلة إذا سمحت وثائق المناقصة بذلك.

٧- في حالة مخالفة المناقص أو المتعهد لأي مما ذكر يخضع لأحد الجزاءات الواردة في المادة (٨٥) من القانون وفقاً للأوضاع والإجراءات المبينة بها."

مباشر أو غير مباشر إلى تحديد دولة المنشأ أو منتج بعينه، أو استخدام أسماء أو علامات تجارية، أو الأرقام الواردة في الكتالوجات، كما أوجبت عليها تجنب الإشارة إلى النوع أو الوصف، أو الرقم في قوائم الموردين المصنفين بالاسم، وحظر عليها أيضاً وضع علامة معينة، أو مواصفات ما تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة^(١٨).

ويتعين على جهة الإدارة أن تعلن لكافة المقاولين والموردين عن رغبتها في التعاقد، وذلك حتى يتسنى لمن يرغب منهم في المشاركة في المناقصة الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات الفنية، ومن ثم دراستها وإعداد عطائه بناءً على ذلك. ومن ثم فإن الإعلان عن المناقصة يزيل الشك عن جهة الإدارة من قصر تعاقداتها على طائفة محددة من المتنافسين، بحجة إنهم وحدهم الذين تقدموا للمناقصة.

الغصن الثاني

التكليف القانوني للإعلان عن المناقصة

إن الإعلان عن المناقصة ما هو إلا دعوة للتعاقد، وليس إيجاباً من طرف جهة الإدارة، حيث يتمثل الإيجاب بالعطاء الذي يتقدم به صاحبه نتيجة استجابته لتلك الدعوة، ومن ثم إذا لقي هذا الإيجاب قبولاً من قبل جهة الإدارة بصور قرار اعتماد الترسية، وتبليغ صاحب العطاء فلا يعتبر المناقص متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد^(١٩).

(١٨) تنص المادة (١٠) من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية على أنه: " يحظر أن تتضمن المواصفات الفنية الإشارة بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تحديد دولة المنشأ أو منتج بعينه أو استخدام أسماء أو علامات تجارية أو الأرقام الواردة في الكتالوجات، ويتعين تجنب الإشارة إلى النوع أو الوصف أو الرقم في قوائم الموردين المصنفين بالاسم، كما لا يجوز وضع علامة معينة أو مواصفات ما تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة، وذلك ضماناً لتحقيق مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص بين المتقدمين. ولا يسري حكم الفقرة السابقة على الأصناف والخدمات ومقاولات الأعمال لعمليات الصيانة والتشغيل التي لا توجد إلا لدى شخص بذاته أو جهة محددة، أو تضمين المواصفات الفنية تحديد المنشأ بأكثر من دولة ".

(١٩) راجع: د. أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١١٧. وراجع: د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول ٢٠٠٤، ص ٣٦٨. انظر كذلك: د. جابر جاد نصار: المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ٤٢، وراجع أيضاً: د. محمود محمد صبرة: إعداد وصياغة العقود الحكومية بالعربية والإنجليزية، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ٦٠. ويرى بعض الفقه أن الإعلان ليس إيجاباً وفي ذات الوقت ليس دعوة للتعاقد، إنما هو التزام على جهة الإدارة مصدره القانون، وأن تقديم العطاء من قبل المورد أو المقاول هو الآخر مصدره القانون. راجع: د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٩٣.

وقد قررت المادة (٦٤) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بعدم أحقية المناقص الفائز بأي حق له تجاه الدولة في حالة العدول عن الترسية بقرار من مجلس الجهاز، ولا يعتبر المناقص متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد.

أما تقدم المناقص بعبائه فهو إيجاب منه، وإذا لقي قبولاً من قبل جهة الإدارة وصدر قرار الترسية وتم اعتماده وتبليغه به فإن العقد ينعقد بالتوقيع عليه، وبقاء المناقص على عطاءه طوال مدة سريانه مصدره القانون وليس الإرادة المنفردة له^(٢٠).

الفصل الثالث

فاعلية الإعلان

نظراً للأهمية الكبيرة لمبدأ العلانية في إجراءات المناقصات عموماً والمناقصة العامة على وجه الخصوص، فقد أولى المشرع هذا الأمر عناية خاصة، تمثلت في ما احتوته النصوص المنظمة لإجراءات الإعلان عن المناقصة، وجلسات فتح المظاريف ونشر قرارات الترسية وتسببها، وحق المقولين أو الموردين في الاطلاع على محتويات سجل الشراء بما فيها ملخص عملية تقييم العطاءات، وكذلك حق المورد أو المقل في التقدم بطلب إعادة النظر في أي إجراء من الإجراءات السابقة على صدور قرار الإرساء، إضافة إلى التقدم بطلب التظلم من القرارات التي تصدر سواء من مجلس المناقصات أو من الجهة المشتري^(٢١).

(٢٠) وقضاء المحكمة الإدارية العليا مستقر على أن "...إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد، وإن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الملزم الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد". راجع: حكمها في الطعن رقم ٣٢٠ و ٤٥٦ لسنة ١٧ ق، جلسة ١٩٧٥/٤/٥. كما قضت أيضاً بأن: "الإعلان عن المناقصة مجرد دعوة للتعاقد، بينما يعتبر العطاء إيجاباً والترسية قبولاً" راجع: حكمها في الطعن رقم ٣٣٦٣ لسنة ٣٦ ق عليا، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣١. وإفتاء الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري يجري على أن: "الإعلان لا يخرج عن كونه دعوة من الإدارة إلى التعاقد، وإن التقدم بالعطاءات هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده القبول" فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٧٠ لسنة ٥٣ ق، جلسة ١٩٩٩/١/٦، ملف ٣٤٧/١/٥٤، إصدارات المكتب الفني للجمعية، ٢٠٠٠، ص ١٣٢.

(٢١) وقد نصت المادة (٢٨) من القانون رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه: "يجب نشر الإعلان عن الدعوة إلى المناقصة، أو لتقديم عروض، أو طلبات للتأهيل المسبق في الجريدة الرسمية، وكذلك في الموقع الإلكتروني للجهاز مسبقاً بمدة لا تقل عن (٣٠) ثلاثين يوماً عن الموعد المحدد، كما يجب أن يحدد الإعلان الموعد النهائي أيضاً، ويجوز =

ويمكن حصر أهم البيانات التي يتعين توافرها في الإعلان على النحو الآتي:

١ - تحديد بيانات الدعوة للتأهيل المسبق للاشتراك في المناقصة العامة:

يجب أن تشمل الدعوة للتأهيل المسبق أو للاشتراك في المناقصة العامة، البيانات التالية:

- الجهة المختصة بالشراء وعنوانها.
- طبيعة الأصناف أو مقاولات الأعمال أو الخدمات المطلوبة.
- أماكن الحصول على وثائق المناقصة أو التأهيل ومقابل الحصول عليها.
- طريقة تقديم طلبات التأهيل المسبق أو العطاءات، بما في ذلك المكان والموعود النهائي لذلك. [مادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية].

= بالإضافة إلى ذلك نشر الإعلان في إحدى المطبوعات التجارية الدورية، أو المجلات الفنية أو المهنية المناسبة، وتحدد اللائحة الحالات التي يعتبر فيها نشر الإعلانات عن طريق الشبكة الدولية للمعلومات على الموقع الإلكتروني للمشتريات العامة مستوفياً لمتطلبات النشر المنصوص عليها في هذا القانون، كما تحدد اللائحة مضمون وبيانات الدعوة للتأهيل المسبق، أو للاشتراك في المناقصة العامة، وكذا الأحوال التي يتعين فيها أن يتم النشر بلغة أجنبية واحدة - على الأقل - بجانب اللغة العربية " .. ونهج المشرع الكويتي في شأن هذا النص، إلى حد ما، نهج المشرع المصري وفق ما ورد بنص المادة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ونص المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨، إذ تنص المادة (٢) من هذا القانون على أن: (تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة - لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة - وكلتاهما - إما داخلية يعلن عنها في مصر، أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج - ويكون الإعلان في الصحف اليومية - ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار) وتنص المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أن: (يتم الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صيفيتين يوميتين واسعتي الانتشار. ويجب أن يبين في الإعلان الجهة التي تقدم إليها العطاءات، وآخر موعد لتقديمها الصنف أو العمل المطلوب، ومبلغ التأمين المؤقت، ونسبة التأمين النهائي، وشن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها، وأية بيانات أخرى تراها الجهة الإدارية ضرورية لصالح العمل. ويتم الإعلان عن المناقصات الخارجية في مصر والخارج باللغتين العربية والإنجليزية، كما يُطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة، ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد.

- يُنشر الإعلان عن الدعوة إلى المناقصة أو طلبات التأهيل بلغة أجنبية واحدة (على الأقل) بجانب اللغة العربية في الحالتين التاليتين:

أ - إذا كانت المناقصة أو الممارسة خارجية.

ب - إذا كان الطرح مقصوراً على الشركات الأجنبية. [مادة (٢٣) من اللائحة التنفيذية].

٢ - تحديد آخر موعد للتقدم بالعطاءات:

يتعين أن يبين الإعلان الموعد المحدد لتقديم العطاءات وعلى أن يكون ذلك الموعد كافياً حتى يتسنى للمتقدمين القيام بالدراسة اللازمة، والاستعداد للتقدم بعطاءاتهم.

(أ) تحديد مدة سريان العطاء:

وضع المشرع حداً أقصى لهذه المدة، وهي عدم تجاوزها تسعين يوماً تبدأ من تاريخ فض المظاريف^(٢٢).

فإذا انقضت هذه المدة دون أن يتم البت في المناقصة تحل مقدم العطاء من التزامه، وسقط العطاء المقدم منه، فلا يكون صالحاً لكي يقترن به قبول من جهة

(٢٢) المادة (٣٥) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة. وقد قررت إدارة الفتوى والتشريع بموضوع تخلص وقائعه في أن إحدى الوزارات طلبت في توصيتها المقدمة عن مناقصة عامة طرحت لتنفيذ أعمال إنشائية إلغاء المناقصة بسبب ارتفاع الأسعار الإجمالية الواردة بجميع العطاءات المقدمة فيها، وعند عرض المناقصة على لجنة المناقصات المركزية للبت فيها، وجدت أن مدد سريان جميع العطاءات قد انتهت بحيث لا يصلح أي من هذه العطاءات أن يكون محلاً لقرار الترسية، وأنه من غير المقبول في مفهوم القانون أن تطلب اللجنة من مجلس الوزراء إلغاء المناقصة بسبب ارتفاع أسعار عطاءات انتهت مدة سريانها وأصبحت غير صالحة لأن تكون محلاً لقرار المجلس بالإلغاء لأن المناقصة انتهت بقوة القانون... وفي ذلك جاء نص الفتوى على أنه " .. إذا كانت المدة الواردة لسريان العطاء خالية من أي قيد أو شرط فإنه بانتهاء المدة يسقط إيجاب المناقص مقدم العطاء. أما إذا كان هناك قيد أو شرط بالنسبة لسريان مدة العطاء كأن يلتزم المناقص حتى ولو انقضت المدة لحين البت في العطاء، أو أن الإيجاب يظل قائماً رغم انقضاء المدة إلا إذا أخطر المناقص اللجنة بسحب إيجابه، أو أن اللجنة أخطرت به المدة وأجاب بالإيجاب فإنه في مثل هذه الأحوال تكون العطاءات قائمة ويتعين إعمال نص المادة (٤٧) من قانون المناقصات العامة بعرضها على مجلس الوزراء لإلغاء العطاء" راجع فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم: ٤١٧٥/٢ بتاريخ: ٢٨/٥/١٩٨١ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع من أول أكتوبر سنة ١٩٨٠ حتى آخر سبتمبر ١٩٨١ - المجموعة السابعة صفحة رقم: ٢٢٣.

الإدارة، ما لم يقبل صراحة أو ضمناً استمرار عطائه لمدة أخرى، فإذا صدر قرار من الجهة الإدارية بترسية المناقصة عليه، على الرغم من سقوط عطائه، فإنه لا ينتج أثراً ولا يقع عليه التزام بالتوقيع على العقد، فإذا تخلف عن التقدم لتوقيع العقد في الميعاد المحدد له لم يعد ذلك انسحاباً يجيز للجنة المناقصات توقيع أي عقوبة عليه^(٢٣).

(ب) بيان وتحديد الصنف أو العمل المطلوب توريده أو تنفيذه بياناً وافياً:

أما المواصفات التفصيلية وشروط المناقصة فتتضمنها كراسة الشروط والمواصفات ضمن وثائق المناقصة التي سوف يحصل عليها المتقدم عند الطلب.

٣ - تحديد المقابل النقدي للحصول على نسخة من شروط العطاء مع تحديد جهة الحصول عليها:

ومؤدى ذلك وجوب أن تكون وثائق المناقصة من مواصفات وشروط عامة وخاصة بها ومرفقاتها جاهزة قبل النشر والإعلان، ولازم ذلك أن تسلم إلى كل من يطلبها بعد الإعلان، وفق قيمتها المالية المحددة سلفاً لمن يطلبها من أفراد وشركات، وتعيين الجهة التي تسحب منها تلك النسخ.

وتعتبر وثائق المناقصة المقدمة لشخصية للمناقضين الذين حصلوا عليها لا يجوز تحويلها إلى الغير، والحكمة من هذا القيد تكمن في عدم الالتفاف على ما قرره المشرع من قبل بشأن حصر المناقصات في أشخاص المقاولين المقيدة أسمائهم لدى لجنة التصنيف التابعة للجنة المناقصات المركزية، وحتى لا يكون الحصول على وثائق المناقصات الرسمية وسيلة للاتجار^(٢٤).

(٢٣) انظر: حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٠٧٩ لسنة ٢٠١٢ تمييز إداري جلسة ١٤/١/٢٠١٥. حكم غير منشور.

(٢٤) وقد عرضت على إدارة الفتوى والتشريع مسألة تتعلق بصحة العطاء في حالة قبوله أو استبعاده، وقعت الشركة الأجنبية فقط على صيغته أو إذا وقع الوكيل الكويتي بمفرده. فقررت: "... وعن الحالة الثانية - إذا كان مقدم العطاء شخصاً آخر غير مشتري الوثائق - تستفسرون عن مدى قبول أو عدم قبول العطاء، وهل يجوز قانوناً تصحيح الخطأ إن وجد بعد فض المظاريف؟ ورداً على ذلك نفيد أنه بالنسبة للحالة الأولى فإن قانون المناقصات قد نص في المادة الخامسة منه على أنه: "يشترط فيمن يتقدم بعطاء في المناقصات العامة أن يكون كويتياً تاجراً فرداً كان أو شركة مقيداً في السجل التجاري، ومسجلاً لدى غرفة التجارة والصناعة، ويجوز أن يكون أجنبياً بشرط أن يكون له شريك، أو وكيل كويتي تاجر بعقد رسمي موثق... إلخ"، ومن هذا النص يتضح أن مقدم العطاء إن كان أجنبياً فيجب أن يكون له شريك أو وكيل كويتي، ومؤدى ذلك أن شرط الوكالة أو الاشتراك مع كويتي يجب أن يكون ظاهراً وبارزاً عند تقديم العطاء، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان العطاء موقعاً من الوكيل، أو الشريك =

٤ - تحديد الجهة التي تقدم إليها العطاءات:

بحيث إذا كان الطرح من قبل الجهاز المركزي للمناقصات العامة فإن الجهة التي تقدم إليها العطاءات هي مقر الجهاز، إلا أنه إذا كانت الجهة التي تولت الطرح هي ذات الجهة الإدارية - في الحالات التي أجاز لها القانون ذلك - فإن الجهة التي تقدم إليها العطاءات هي مقر الجهة الإدارية مع بيان العنوان تفصيلاً.

٥ - تحديد نسبة التأمين الأولي ومدة سريانه وطريقة أدائه:

وتحديد التأمين شرع لضمان جدية التقدم إلى المناقصات أو المزايدات، وهو إجراء جوهري، ينتج عن تخلفه عدم قبول العطاء.

ولقد نصت المادة (٤٥) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه في حالة المناقصة وفق العرضين الفني والمالي يجب إرفاق التأمين الأولي مع العرض الفني، وأن يكون التأمين بشيك مصدق أو خطاب ضمان من بنك معتمد وصالحاً لمدة سريان العطاء^(٢٥).

= الكويتي، يؤيد هذا أن المادة (٢٤) من قانون التجارة والصناعة تنص على أنه: "لا يجوز لشركة أجنبية إنشاء فرع لها في الكويت، ولا يجوز أن تباشر أعمالاً تجارية إلا عن طريق وكيل كويتي". وعلى مقتضى ذلك فإذا خلا العطاء من هذا الشرط فينبغي عدم قبوله، أما إن وقع من الكويتي بصفته وكيلاً عن الشركة الأجنبية فإن العطاء يكون صحيحاً متعيناً قبوله. أما بالنسبة للحالة الثانية فإن المادة (٢١) من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة تنص على أنه: "يجب تقديم العطاءات في وقائع المناقصة الرسمية الصادرة إلى المناقصين" وتعتبر جميع وثائق المناقصة شخصية للمنافسين الذين حصلوا عليها، ولا يجوز تحويلها إلى الغير". وواضح أن حكم المادة (٢١) سالف الذكر يمثل نصاً آخر، ويترتب على مخالفته البطلان، وعلى مقتضى ذلك فإنه إذا ما تبين بعد فسخ المظاريف أن موقع العطاء ومقدمه شخص آخر غير مشتري الوثائق تعين استبعاد هذا العطاء لبطلانه بسبب مخالفته لهذا النص. هذا فضلاً عن أن شروط المناقصة تقضي باعتبارها محلية إذا كان دخولها مقصوراً على التجار المحليين، فلا يجوز للأجانب التقدم لها. ولذلك نرى عدم قبول مثل هذا العطاء. راجع فتاوها رقم: ٨٣/٤٤٩/٢ - ٧٧٢٣ بتاريخ ١٢/٧/١٩٨٣ منشور في مجموعة مبادئ إدارة الفتوى والتشريع - المجموعة العاشرة - صفحة رقم: ٢٩٩.

(٢٥) وفي هذا الشأن قررت إدارة الفتوى والتشريع في هذا الشأن بأنه: "... من المستقر عليه فقهاً وقضاء وجوب الاحتفاظ بمبلغ التأمين كاملاً إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية أي أن مجال تطبيقه هو أثناء قيام العقد وتنفيذه، ومن ثم فإنه لا يجوز للمتعاقد قبل أن يقوم بتنفيذ التزاماته كاملة أن يطالب بتجزئة التأمين وباسترداد جزء منه يتناسب مع ما قام بتنفيذه فعلاً من تلك الالتزامات". راجع فتاوها رقم ٢/١٢٢/٢٠٠٣ - ٢٨٧٤ الصادرة بتاريخ ٦ سبتمبر ٢٠٠٣ والمنشورة في مجلة إدارة الفتوى والتشريع - السنة ٢٠٠٤ - العدد الثاني عشر - ص ٣٩٤.

وحتى يتسنى لمقدم العطاء تحديد قيمته يتعين أن يبين ذلك في الإعلان، وهو غالباً ما يكون نسبة من قيمة العطاء المقدم، ويكون أدأؤه بموجب شيك مصدق، أو خطاب ضمان بنكي.

الفصل الرابع

الآثار المترتبة على عدم الإعلان أو التقصير فيه

تترتب بعض الآثار نتيجة عدم الإعلان وفقاً للقانون. وهناك حالات يتعين فيها إعادة الإعلان عن المناقصات وهي:

- ١ - إذا أعلن عن مناقصة ولم يتقدم إليها أحد، أو إذا اعتبرت أنها غير محققة للصالح العام، فإن معاودة ذات الأسلوب يتعين أن يتم بإعلان جديد.
 - ٢ - إذا عدلت الإدارة في شروط المناقصة تعديلاً جوهرياً بعد الإعلان الأول.
 - ٣ - إذا عدلت الإدارة كراسات الشروط بعد الإعلان، فإن ذلك يستوجب إعادة الإعلان وإلا تعتبر العملية باطلة.
- وفي فرنسا رتبت بعض الأحكام القضائية بعض الآثار نتيجة عدم الإعلان وفقاً للقانون^(٢٦).

(٢٦) قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المدة التي تقدم فيها العطاءات وفقاً للنص المنظم لها شرط أساسي لسلامة المناقصة

C.E. 18 Mars, 1931, Mayor Pedro et Société, Eau et assainissement, Rec. Lebon, p.312

كما قضى بأن المناقصة التي يجري الإعلان عنها خلافاً للتنظيم المقرر لها باطلة.

C.E. 6 Avril, 1935, Marchesini et Simongiovanni, Rec. p.460, 10 Janvier, 1930, sieurs le cordonner et Petton, Rec. p.44.

C.E. 26 Mars 1931, Helping: Rec.p.337.

C.E. 7 Avril, 1922, Imprimerie commercial et administrative, Rec. p.349.

وقضى بأن عدم تمكين المتنافس من الاطلاع على شروط العملية الواردة بكراسات الشروط من العيوب الرئيسية في الإجراءات،
C.E. 6 Avril, 1935, Marchesini et Simongiovanni, Rec. p.460, 10 Janvier, 1930, sieurs le cordonner et Petton, Rec. p.44.

كما قضى بأنه إذا أعلن عن مناقصة ولم يتقدم إليها أحد، أو إذا اعتبرت أنها غير محققة للصالح العام، فإن معاودة ذات الأسلوب يتعين أن يتم بإعلان جديد.

C.E. 18 Mars, 1931, May or pedro et société Eau et Assainissement, précité

وقضى أيضاً بأنه إذا عدلت الإدارة في شروط المناقصة تعديلاً جوهرياً بعد الإعلان الأول

C.E.20 Janiver 1933, Commission administrative des hospices d'aminés, Rec. p.98

كما قضى أيضاً بأنه إذا عدلت الإدارة كراسات الشروط بعد الإعلان، فإن ذلك يستوجب إعادة الإعلان وإلا تعتبر العملية باطلة

C.E. 18 Décembre, 1968, Compagnie générale des eaux, Rec. p. 654.

أما في مصر فقد فرق قضاء مجلس الدولة بين بطلان الإجراء، أو القرار الصادر بالإرساء على أحد المتنافسين، وبين عملية التعاقد ذاتها في حالة بطلان الإجراء الأول، فإذا كان هناك تقصير في نشر الإعلان، وترتب عليه بطلان الإعلان ومن ثمّ بطلان قرار الإرساء، فإن هذا البطلان لا يمس العقد ذاته الذي تم إبرامه، وذلك على أساس أن هذا العقد منفصل عن الإجراءات السابقة عليه^(٢٧).

(٢٧) وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: (...ومن حيث إنه عن مدى سلامة الإجراءات التي اتخذت حيال المناقصة المشار إليها على الرغم من عدم النشر عنها بالوقائع المصرية، فإنه ينبغي التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه جهة الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد، أو تهئئ لمولده، أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، وله خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون، ومثل هذه القرارات، كالقرار الصادر بإرساء المناقصة، وإن كانت تسهم في تكوين العقد الذي أبرم بناء عليها، إذ يظل على الرغم من ذلك صحيحاً وقائماً وملزماً لجانبيه. وترتيباً على ذلك فإن القرار الصادر بإرساء المناقصة قبل الإعلان عنها في الصحف اليومية والوقائع المصرية، أو في أيهما وإن كان يعد قراراً باطلاً، إلا أنه لا يؤثر على صحة العقد الذي تم بناء عليه، إذ يظل العقد على الرغم من ذلك صحيحاً ونافذاً وملزماً لطرفيه). انظر: حكمها في الطعن رقم ١٩٥ لسنة ١٢ ق. وراجع أيضاً: فتوى اللجنة الثانية بمجلس الدولة التي سارت في نفس نَجَح حكم المحكمة الإدارية العليا السابق، حيث قررت أن هناك قاعدة أصولية مستقرة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري وهي أنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا شاب الإجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، فإذا ثبت أن عدم النشر عن المناقصة لم يؤد إلى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد عند تقديم عطاءاتهم، فإنه لا يتم تقرير بطلان الإجراء، وعلى ذلك فإذا ثبت تقدم عدد من الشركات الموردة يتفق مع العدد المعتاد والمقرر لدخول مثل هذه المناقصة بالرغم من عدم إتمام إجراءات النشر عنها، فيمكن التجاوز عن مخالفة النشر عن المناقصة العامة في الوقائع المصرية ما دامت لم تؤثر في عدد العطاءات المقدمة في المناقصة. راجع: فتوى اللجنة الثانية الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٩/١١ ملف ٢٦/١/٦٧. انظر أيضاً: فتوى إدارة الفتوى لوزارات العمل والأوقاف والشؤون الاجتماعية التي ذهبت فيها إلى أن مخالفة إجراءات الإعلان عن المناقصة العامة يجعل قرار الترسية باطلاً، إلا أنه لا يؤثر على صحة العقد الذي تم بناء عليه. فتوى رقم ٥١٢ بجلسة ١٩٨٥/٨/١٧ ملف رقم ١٤/١/٦٧، وما ذهبت إليه اللجنة الثانية بجلستها بتاريخ ١/٤/١٩٨٨ من أن إغفال الإدارة للمهلة المحددة لتقديم العطاء من شأنه أن يجعل إجراءات المناقصة باطلة، لإخلالها بمبدأ تكافؤ الفرص، فلا يجوز أن تقل مدة تقديم العطاءات عن المدة المحددة في القانون، والمثبتة في الإعلان عن المناقصة وإذا كان هناك تقصير لهذه المدة فإنه يجب أن يكون بقرار من السلطة المختصة بذلك، وعلى ذلك فإن مخالفة عدد مرات النشر من شأنه أن يبطل الإجراء على النحو الذي يجب أن تتم إعادة الإجراءات مرة أخرى، =

والحقيقة أن مسألة عدم الإعلان عن المناقصة العامة أو الممارسة العامة أو المزايدة نادرة الوقوع بفضل دقة القوانين واللوائح المنظمة. ومن غير المتصور عدم الإعلان عن مناقصة عامة بقدر ما يكون لجوء الإدارة إلى مناقصة محدودة، أو إلى الشراء المباشر مثلاً دون تحقق الحالات الموجبة لكل منهما، أو في حالة وجود أخطاء في الإعلان نفسه، يمكن تداركها من خلال تصحيحه بإعلان لاحق له.

وإذا كان الإعلان على الوجه السابق كعنصر من عناصر العلانية في المناقصات العامة، فإن نشر القرارات ذات العلاقة بإجراءات المناقصة لا تقل أهمية عنه.

الفرع الثاني نشر القرارات

تعتبر عملية نشر القرارات في مختلف مراحل المناقصة عنصراً هاماً من عناصر مبدأ العلانية، وبموجبه تنقيد الإدارة بالواجبات والأحكام التي نص عليها القانون واللوائح والقرارات المنظمة لعملية الشراء، بما يتحقق معه مفهوم الشفافية المطلوبة في الإجراءات المختلفة للمناقصة، ويفضي إلى حسن سير الإجراءات ونزاهتها.

وقد فرض المشرع في قانون المناقصات على مجلس المناقصات، أو اللجان التي يكلفها بفتح مظاريف العطاءات، السماح لأصحاب العطاءات أو مندوبيهم بحضور جلسات فتح العطاءات، وأن يتم إعلان اسم كل صاحب عطاء يُفتح عطاؤه وقيمة هذا العطاء، على أن تدون نتائج فتح المظاريف في محضر يتم التوقيع عليه من قبل أعضاء المجلس، أو اللجنة حسب الأحوال^(٢٨).

= ولا تملك لجنة البت سلطة التجاوز عن مخالفات النشر الجوهرية في هذه الحالة، راجع: فتوى اللجنة الثانية رقم ١٢٢ بجلسة ١٩٨٨/١/٤ ملف إدارة فتوى الإسكان رقم ٧٦٠/٢٩/٣١، انظر كذلك: فتوى وزارة الأشغال العامة والموارد المالية رقم ٧٤٨ ملف رقم ٤٩٣/٣/٣ بتاريخ ١٩٨٩/٧/٢٧، وفتوى إدارة الفتوى بوزارة الإسكان رقم ٧٢ بجلسة ٢٠٠١/١/٢١ ملف رقم ١٠٧٩/١٢/٣٧. ويعلق بعض الفقه بقوله: " .. وقد تبدو هذه النتيجة غير منطقية بالنسبة لإعمال قاعدة (ما بني على باطل فهو باطل)، إلا أن استقرار المراكز القانونية للمتعاقد مع الجهة الإدارية هي التي أملت هذا المفهوم، وعليه فإذا كان الإجراء الباطل قد سبب أي ضرر لأحد المتنافسين، فيجوز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرف جهة الإدارة المعيب " راجع: د. ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٢٨) تنص المادة (٤٨) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أن: "تفتح مظاريف العطاءات في الوقت والمكان المبينين في وثائق المناقصة في جلسة علنية بحضور مقدمي العطاءات، أو من يمثلهم، وتبث مباشرةً على الموقع الإلكتروني للجهاز. وتحدد اللائحة

ولم يكتف المشرع بالنسبة لتقرير مبدأ العلانية عند ذلك الحد، فوفقاً لنص المادة (٩٣) من القانون المشار إليها "٢... يجب على الجهة المختصة بالمناقصة أن تعلن فوراً وعلى النحو الذي تحدده اللائحة عن ترسية كل عقد شراء تقتضي اللائحة نشر ترسيته، وبحيث يشمل الإعلان اسم وعنوان المناقص الفائز وقيمة العقد، وأي معلومات أخرى بحسب ما تحدده اللائحة، ويجب نشر الإعلان في موقع البوابة الرسمية على الشبكة الدولية للمعلومات.

٣- يجب على الجهة المختصة بالشراء بحسب اختصاصها بترسية أي مناقصة، أن تبلغ أي مناقص غير فائز، بناءً على طلبه بأسباب عدم فوز عطائه أو عدم نجاح طلب التأهيل المسبق، أو أي عرض مقدم منه كتابة خلال (١٠) عشرة أيام عمل من تاريخ طلبه.

يجب على كل من الجهاز والجهة صاحبة الشأن - بحسب اختصاص كل منهما - إعداد ملخص موجز عن إجراءات الشراء وفقاً للمعلومات المحددة في اللائحة".

كما قررت المادة (٨) من المرسوم رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون على أنه: "تنشر قرارات المجلس، في الجريدة الرسمية وفي الموقع الإلكتروني للجهاز، وفي أي وسيلة نشر أخرى يحددها المجلس، خلال (٧) سبعة أيام عمل من تاريخ صدورهما، ويستمر نشرها لمدة (٥) خمسة أيام عمل على الموقع الإلكتروني للجهاز، ويعتبر القرار صادراً بعد التوقيع عليه من الأغلبية المقررة قانوناً".

الفرع الثالث

تسبيب القرارات

يعتبر تسبيب القرارات الصادرة بشأن الإجراءات المختلفة لمراحل المناقصة العامة، العنصر الثالث والمكمل لعناصر مبدأ العلانية، للوقوف على الأسباب التي جعلت جهة الإدارة تتخذ أيّاً من تلك القرارات، وفي ذلك سهولة بسط الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، على نحو يجعلها تتوخى - مقدماً - الدقة في اتخاذ أي إجراء

= التنفيذية موعد ومكان وإجراءات فتح المظاريف". كما قرر المشرع في عجز المادة (٦٣) من ذات القانون أن يتم الإعلان عن قرارات الترسية في الجريدة الرسمية، كذلك أوجب المشرع في المادة (٧٣) من ذات القانون المشار إليه على أن يعلن الجهاز أسباب القرارات الخاصة بالترسية، أو الإلغاء أو استبعاد العطاءات في الجريدة الرسمية والموقع الإلكتروني للجهاز.

أو قرار، نتيجة علمها بأن إجراءاتها وقراراتها تلك هي محل رقابة، وأنها مطالبة ببيان ركن السبب الذي استندت إليه^(٢٩).

وقد حرص المشرع على أن تكون قرارات الجهة المشتريّة (جهة الإدارة) ومجلس الجهاز المركزي للمناقصات العامة مسببة، وذلك في أكثر من موقع ضمن مواد قانون المناقصات ولائحته التنفيذية^(٣٠).

(٢٩) للمزيد: راجع بحثنا في الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري في القانون الكويتي دراسة مقارنة منشور في مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - العدد السابع والثمانون - ٢٠١٣. والقضاء الإداري عموماً مستقر على التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون، وبين وجوب قيام القرار الإداري على سبب يبرره كركن من أركان وجوده وترتيب آثاره - إذا ما أوجب القانون على الإدارة تسبب قرارها فعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وإلا كان معيباً بعبء شكلي - إذا لم يوجب القانون تسبب القرار فلا يلزم الإدارة ذلك - القرار الإداري سواء أكان لازماً تسببيه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع والقانون - ذلك كركن من أركان وجوده ونفاذه.

(٣٠) تنص المادة (١٣) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه: (٢- ويجوز استثناءً بقرار من المجلس - بناءً على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن - التعاقد بإحدى الطرق الآتية....). حيث نصت المادة (١٨) من القانون على أنه: (أولاً: يجوز للجهة صاحبة الشأن أن تتولى القيام بإجراء عمليات الشراء بطريق الممارسة المحدودة، أو الأمر المباشر بشرط الحصول على إذن بذلك من الجهاز بناءً على طلب كتابي مسبب....). كما تنص المادة (٥٥) من ذات القانون على أنه: (يجوز إلغاء المناقصة - قبل البت فيها - بقرار مسبب من مجلس الجهاز بأغلبية ثلثي أعضائه وبناءً على كتاب مسبب من الجهة صاحبة الشأن ويكون الإلغاء بقرار مسبب من الجهة صاحبة الشأن، في أحوال مباشرتها الإجراءات - وذلك في الحالات التالية....). والمادة (٦٠) تنص على أنه: (إذا وجد عند التدقيق أن بعض الأسعار الفردية مبالغ فيها زيادةً أو نقصاً، قام المجلس أو من ينتدبه لذلك بتعديله مع المناقص الفائز قبل ترسية المناقصة عليه في حدود السعر الإجمالي للمناقصة بناءً على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن، فإذا لم يقبل مقدم العطاء التعديل أو رفض تصحيح خطأ حسابي ظاهر في عطاءه جاز للمجلس بقرار مسبب استبعاد عطاءه واعتباره منسحباً، وتتم مصادرة التأمين الأولي وإرساء المناقصة على من يليه في الترتيب، شريطة استيفائه لكافة الشروط للترسية، إلا إذا كان هناك سبب يتم على ضوءه إلغاء المناقصة أو إعادة طرحها). وتنص المادة (٦٤) من ذات القانون على أنه: (لا يترتب على إرساء المناقصة وإبلاغ المناقص الفائز بها أي حق له قبل الدولة في حالة العدول عن التعاقد بقرار مسبب من مجلس الجهاز من تلقاء ذاته بعد أخذ رأي الجهة صاحبة الشأن، أو بناءً على مذكرة مسببة من هذه الجهة ويصدر القرار - في الحالتين - بأغلبية ثلثي أعضائه، وفقاً لأحكام هذا القانون ولا يعتبر المناقص الفائز متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد). وتنص المادة (٦٤) من ذات القانون على أنه: (في حالة انسحاب المناقص الفائز ينظر الجهاز - بناءً على =

ويتضح من النصوص المتقدمة وبجلاء أن العلانية، كمبدأ من المبادئ الهامة التي تقوم عليها المناقصة العامة، ومن الأمور الواجب مراعاتها في مختلف الإجراءات ذات العلاقة بالشراء الحكومي، ويجب على جهة الإدارة أن تحرص أشد الحرص على التقيد بما هو منصوص عليه في هذا الشأن، سواء في القانون أو القرارات أو اللوائح^(٣١).

المطلب الثاني تكافؤ الفرص بين المتنافسين

تمهيد وتقسيم:

إن مبدأ المساواة بين المتنافسين في المناقصات العامة يستند في الأساس على أن كافة المتقدمين بعطاءاتهم في المناقصة، يكونون على قدم المساواة بعضهم بعضاً،

= طلب مسبب من الجهة صاحبة الشأن - في إلغاء المناقصة، أو إعادة طرحها أو إمكان إرسائها على المناقص التالي سعراً، ويعاقب المنسحب بمصادرة التأمين الأولي، وفي حالة تكرار انسحابه أكثر من مرتين يطبق عليه نص المادة (٨٥) فقرة (ب، ج) من هذا القانون). والمادة (٦٤) من ذات القانون على أنه: [في حالة انسحاب المناقص الفائز ينظر الجهاز - بناءً على طلب مسبب من الجهة صاحبة الشأن - في إلغاء المناقصة أو إعادة طرحها أو إمكان إرسائها على المناقص التالي سعراً، ويعاقب المنسحب بمصادرة التأمين الأولي، وفي حالة تكرار انسحابه أكثر من مرتين يطبق عليه نص المادة (٨٥) فقرة (ب، ج) من هذا القانون]. وأيضاً المادة (٧٤) من ذات القانون على أنه: (لا يجوز للجهة صاحبة الشأن إصدار أوامر تغييرية في مناقصة العقود الخاضعة لأحكام هذا القانون تجاوز المجموع غير الجبري لقيمتها سواء بالزيادة أو النقص (٥٪) خمسة في المائة من مجموع قيمة العقد إلا بموافقة مجلس الجهاز على الطلب خلال مدة لا تجاوز شهراً من تاريخ تقديمه، وتصدر الموافقة بناءً على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن مصحوبة برأي الجهة المشرفة على التنفيذ إن وجدت). كما تنص المادة (٦) من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أنه: " يكون التعاقد على شراء الأصناف، أو التكليف بأعمال المقاولات، أو تقديم الخدمات بأنواعها، أو استئجار الأشياء عن طريق مناقصات عامة، واستثناءً مما تقدم يجوز لوحدة الشراء في حدود نصاب اختصاصها التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة أو الممارسة العامة، أو الممارسة المحدودة، أو الإلكترونية أو الاتفاقيات الإطارية أو بالأمر المباشر، على أن يكون ذلك بمذكرة مسببة من الجهة طالبة الشراء". كما تنص المادة (١١) على أنه: " يكون التعاقد عن طريق الممارسة العامة بسبب طبيعة الأصناف أو الأعمال أو الخدمات أو لظروف الاستعجال التي تتطلب إجرائها أو شراؤها بطريقة الممارسة، وذلك وفقاً لما يلي: ١- ترفع الجهة صاحبة الشأن مذكرة مسببة للمجلس بطلب التعاقد عن طريق الممارسة العامة».

(٣١) وإفتاء الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري مستقر في هذا الشأن على أنه: (تخضع

المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة... فهذه المبادئ هي التي تظل =

بمعنى أن أي واحد منهم يستطيع التقدم للاشتراك في المناقصة دون اعتراض من جهة الإدارة، ما لم يمنع ذلك أي مانع قانوني أو لائحي، كما لا يجوز للإدارة أن تميز بين أي واحد منهم تمييزاً غير مشروع^(٣٢)، وعلى الإدارة أن تضمن المساواة بين المتقدمين للمنافسة متى تماثلت شروطهم^(٣٣).

والمساواة هي عدم التمييز بين أفراد المجتمع إذا كانوا من أفراد طائفة واحدة ونوعي مراكز قانونية متماثلة، مثل: طائفة الموردين، طائفة المقاولين، طائفة المهندسين. ويتعين مراعاة هذا المبدأ في مختلف إجراءات المناقصة حتى تمام انتهاء العقد^(٣٤).

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب لاستعراض المساواة مبدأً دستوري (فرع أول) ووجوب أعمال مبدأ المساواة في المناقصات (فرع ثان) على النحو التالي:

= المناقصات جميعها وتحيطها بسياج من الضمانات، يمنع العبث في إجراءاتها والتلاعب في نتائجها، فإذا حُجبت هذه المبادئ عن مناقصة من المناقصات التي تطرحها الجهات الإدارية فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة في نتائجها بعد أن غابت عنها المبادئ التي تحكمها والضمانات التي تكفل صحتها وسلامتها... راجع الفتوى رقم ٥٠٠ بتاريخ ١٩٩٣/٦/١٩ جلسة ٢، ١٩٩٣/٥/٥، مجموعة المبادئ القانونية في ٤٠ عاماً، مرجع سابق، ص ٢٧١.

(٣٢) راجع: د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٣٣) راجع: د. إبراهيم طه الفياض: مرجع سابق، ص ٨٣.

انظر كذلك: د. عبدالغني بسيوني عبدالله: مرجع سابق، ص ٥٤٣.

(٣٤) وفي هذا الشأن قضى بأنه: "من المقرر- في قضاء محكمة التمييز- أن مبدأ المساواة في الحقوق أمام القانون لا يقوم على معارضة صور التمييز جميعها؛ ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية ولا ينطوي - بالتالي - على مخالفة لمبدأ المساواة بما مؤده أن التمييز المنهي عنه هو ذلك الذي يكون تحكيمياً. ومن المقرر أيضاً أن مبدأ المساواة أمام القانون ليس مبدأ تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية، ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء، ومن ثم يجوز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير لتنظيم موضوع محدد، أو توقفاً لشر تقتدر ضرورة رده طالما لم يكن تطبيقها كاشفاً عن نزواتها، ولا منبئاً عن اعتناقها لأوضاع جائزة تشير ضغائن أو أحقاد تنفلت بها ضوابط سلوكها، ولا عدواناً معبراً عن بأس سلطانتها، وطالما كان موقفها اعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين، فلا تمايز بينهم إملاء أو عسفاً" راجع: حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٤٦٨ لسنة ٢٠١٣ تمييز إداري جلسة ٢٠١٥/٦/٣. حكم غير منشور."

الفرع الأول المساواة مبدأ دستوري

إن مبدأ المساواة من المبادئ العامة والراسخة ضمن المواثيق الدولية، وخاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان^(٣٥).

وتنص المادة (٧) من دستور دولة الكويت على أن: (العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين)، كما تنص المادة (٨) من الدستور ذاته على أن: (تصون الدولة دعائم المجتمع، وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص).

وفي مختلف النظم الحديثة لا تُرسى قواعد الديمقراطية إلا بضمان المساواة بين جميع المواطنين، حتى يتسنى لهم التأثير على القرارات ذات الشأن في حياتهم، وحماية حقوق المواطنين وإعمال مبادئ المساواة من خلال النص عليها في الدساتير أو التشريعات الأخرى، إنما يتم من خلال تفعيل تلك النصوص وتطبيقها على أرض الواقع.

والمساواة يجب أن تشمل الحقوق والواجبات أمام القانون، وعدم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو العقيدة أو النوع.

(٣٥) وقد تأكد هذا من خلال المادة (٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨، والتي نصت على أن: (لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي، سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر)، ويعد مبدأ المساواة أساس الحقوق، فقد أضحت منذ فترة بعيدة من المبادئ العامة في القانون تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة - وقبل ذلك نص عليه إعلان حقوق الإنسان الذي جاءت به الثورة الفرنسية الكبرى عام ١٧٨٩م، وقد حدد مضمونه وارتباطه بالحرية، فنص في المادة الأولى على أن: "الأفراد يولدون ويظلون أحراراً ومتساوين في الحقوق، وأن التمييز الاجتماعي لا يمكن أن يبنى إلا على أساس المنفعة المشتركة. وكذلك ما نص عليه في المادة (السادسة) من أن: "القانون يجب أن يكون واحداً بالنسبة للجميع سواء وهو يحمي، وسواء وهو يعاقب، وكل المواطنين - وهم سواء أمام ناظرية - متساوون في التمتع بكل ميزة، وفي تولي الوظائف العامة طبقاً لكفاءتهم ودون تمييز سوى ما يتمتعون به من فضائل ومواهب". كما سجله القانون الأمريكي للحقوق المدنية سنة ١٨٦٦، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية سنة ١٩٦٦، وتأتي أهمية مبدأ المساواة في اعتباره من المبادئ العامة للقانون التي تلتزم الدولة بتطبيقه حتى ولو لم يوجد نص في دستورها يقر ذلك.

ومؤدى ذلك أن المشرع وهو يتولى المفاضلة بين البدائل المختلفة يكون وفق أسس منطقية، وبين بدائل تزامم جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميع هذه البدائل تدور حول المصلحة ويتغيا تحقيقها، فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها ويختار أقلها تقييداً للحقوق التي تنظمها، وأكثر اتصالاً بالأغراض التي يريد تحقيقها بالتشريع.

ومن ثم يتعين أن يكون لدى المشرع أمران واضحان غاية الوضوح: أولهما: الأغراض النهائية التي يريد الوصول إليها عن طريق التشريع.

ثانيهما: الوسائل التي يراها تحقق هذه الأغراض، ويجب أن تكون هناك علاقة منطقية ومفهومة بين النصوص التشريعية والأهداف المرجو تحقيقها.

وكمثال على ذلك مساواة الموردين والمقاولين من حيث تقدمهم بعبءاتهم في المناقصات والمشتريات الحكومية، إذا ما توافرت فيهم الشروط المحددة في الإعلان عن المناقصة أو في الدعوة إلى المناقصة، حيث قد تشترط بعض الجهات الإدارية مثلاً في المورد أو المقاول الذي يجوز له التقدم للمناقصة خبرة لمدة محددة في العملية موضوع المناقصة، وبالتالي فإن لجهة الإدارة الحق في استبعاد كل من لا تتوافر فيه هذه الخبرة، دون أن يعتبر ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة.

وخلاصة ما تقدم هو حرص المشرع على وضع مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص موضع التنفيذ في كافة مناحي الحياة، وإذا كان ذلك يثير مشكلات عديدة عندما يتعلق الإخلال بهذا المبدأ بحقوق شخصية للأفراد، فالسؤال الذي يطرح نفسه: ما وُضِعَ ذلك المبدأ بالنسبة لعقود المناقصات والمزايدات التي تتعلق بالأموال العامة، والتي تستهدف تحقيق المصلحة العامة؟ ذلك ما سوف نجيب عليه من خلال الفرع التالي.

الفرع الثاني

إعمال مبدأ المساواة في المناقصات

من المعلوم في مجال الاقتصاد أن ضمان المساواة عند تنافس المنتجين يساعد على تقديم الأسعار التنافسية، وذلك من خلال الحرص على تقليل تكاليف الإنتاج قدر الإمكان، وفي ظل المساواة يتسابق المنتجون أيضاً نحو البقاء والاستمرار في مجال سوق الإنتاج، من خلال اتباع طرق التقنية الحديثة في كافة مراحل عملية الإنتاج. وإضافة إلى كل ذلك فإن الدولة ومن خلال إعمالها لمبدأ المساواة في مشترياتها

المختلفة تستطيع الحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات لتسيير مرافقها المختلفة بأقل الأسعار^(٣٦).

وقد سبق البيان أنه لا يجوز للإدارة أن تقبل أي عطاء لا تتوافر فيه الشروط والمواصفات المطلوبة، أو إذا تم تقديمه بعد الميعاد، أو لم يستوفِ المستندات الجوهرية المطلوبة، أو إذا لم يُرفَق به الضمان الابتدائي كاملاً.

ويتعين عليها إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم إلى المناقصة أو المزايدة دون تمييز بين واحد وآخر، فلا يجوز لها أن تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة دون البعض الآخر، أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين.

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك بعض أنواع من المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدد من المقاولين أو الموردين، مثل: المناقصات المحدودة، أو المناقصات المحلية التي يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين المتخصصين^(٣٧).

(٣٦) راجع: د. عبد الحفيظ عبد الله عيد: أهمية قانون المناقصات الكويتي في تحقيق الوفر في النفقات العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ١٩، ص ١٩٩.

(٣٧) وحرصاً من المشرع على تقرير مبدأ المساواة بين الموردين والمقاولين، جاءت الفقرة الثانية من المادة (٧٧) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة لتقرر: " لكل ذي مصلحة أن يقدم شكوى لدى الجهة المختصة بالشراء من أي قصور يشوب إعداد الوثائق الفنية للمناقصة، أو شروطها العامة بما يخل بقواعد المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص إلى حين إقفال باب تقديم العطاءات، وعلى الجهة المختصة بالشراء البت في الشكوى خلال (٧) سبعة أيام عمل من تقديمها، ويتم تسجيل قرارها في محضر الاجتماع، وتخطر به الشاكي كتابياً فور إصداره، وعلى الجهة المشار إليها اتخاذ ما يلزم لتفادي الأخطاء إذا ثبت حصولها واتخاذ ما يلزم لتصحيح وضمان سلامة إجراءات المناقصة". كما نصت الفقرة الخامسة من المادة (٣٩) من قانون المناقصات العامة على أنه: " يتعين إبلاغ جميع المناقصين المشتركين في إجراءات الشراء بأي تعديلات أو أي إيضاحات لوثائق التأهيل المسبق، أو وثائق المناقصة بدون تأخير لكي تتاح الفرصة للمنافسين لأخذ التعديلات، أو الإيضاحات في الحسبان عند إعداد طلبات التأهيل المسبق أو العطاءات، وإذا اقتضت إتاحة الفرصة للمنافسين ذلك، فإنه يتعين على الجهة صاحبة الشأن تأجيل الموعد النهائي لتقديم طلبات التأهيل المسبق أو العطاءات. ويجب الإعلان عن أي تعديل في وثائق المناقصة، أو تأجيل للموعد النهائي لتقديم العطاءات فوراً في جميع وسائل النشر والإعلان المعتمدة في الجهاز ". كما نصت المادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة في فقرتها قبل الأخيرة على أنه: " ويجب في أسرع وقت إبلاغ جميع المشتركين في المناقصة بالغاؤها، وترد مبالغ شراء ووثائق المناقصة إلى أصحابها". كما نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٦) من قانون المناقصات العامة على أنه: " على الجهاز في الحالات التي لا تحتاج إلى فحص فني أن يبرسي المناقصة فوراً على صاحب العطاء الذي يتوافق مع متطلبات ووثائق المناقصة الأقل سعراً، وذلك وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية".

- وعلى الرغم من أهمية مبدأ المساواة في المشتريات الحكومية، إلا أن هناك بعض الاستثناءات التي قد ترد عليه نتيجة عدة اعتبارات، ومن هذه الاستثناءات:
- ١ - قصر المناقصة على موردين أو مقاولين محليين أو محددين بالنسبة للمناقصة المحلية أو المحدودة (م١٦ من القانون).
 - ٢ - منع بعض الموردين أو المقاولين من الاشتراك في المناقصة كعقوبة (م٢٤ من القانون).
 - ٣ - منع الموظفين العموميين من الاشتراك في المناقصة (م٨٢ من القانون).
 - ٤ - منح الأفضلية للمنتجات الوطنية (م٨٧ من القانون).
- ومن خلال ما تقدم يتضح أنه، وإن كان مبدأ المساواة في المشتريات الحكومية يعتبر من المبادئ العامة التي تعكس مدى شفافية ونزاهة عملية الشراء الحكومي في مختلف الدول، فإن هذا المبدأ ليس طليقاً من كل قيد على النحو المتقدم؛ نظراً لما تشكله بعض تلك القيود من ضمانات لجهة الإدارة، تتفق والتطورات الحديثة في التشريعات المتقدمة في الدول الديمقراطية، حتى تُبعد الشكوك عن جهة الإدارة عندما يتم التعاقد مثلاً مع الموظف الحكومي، أو من له عضوية بمجلس إدارة الشركة المتقدمة للمناقصة من موظفي الحكومة.

المبحث الثاني حرية المنافسة

تمهيد وتقسيم:

بموجب القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، خطت الكويت خطوات سريعة ورائدة في مجال المشتريات الحكومية وفق أسس ومبادئ العدالة والشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين كافة الموردين والمقاولين.

ومجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة أنشئ بموجب نص المادة (٥) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة^(٣٨)، ويفترض في تشكيله أن يضم كفاءات ذات خبرة متراكمة؛ للمساهمة في تحقيق الوفرة في مصروفات الدولة على النحو الذي سيأتي بيانه، نتيجة التطبيق الجيد للقانون وإتاحة الفرصة الكاملة للمتنافسين من التقدم بطلباتهم بكل حرية وتنافسية وشفافية، وسماع طلبات إعادة النظر وطلبات التظلم المقدمة منهم والرد عليها أولاً بأولاً.

ويتولى المجلس مسؤولية جميع المناقصات في الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، وله على الأخص ما يلي^(٣٩):

(٣٨) تنص المادة (٥) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة على أن: "يتألف مجلس إدارة الجهاز من: أ- (سبعة) أعضاء يصدر بتسميتهم مرسوم بناءً على ترشيح الوزير المختص وبعد موافقة مجلس الوزراء لمدة أربع سنوات غير قابلة للتجديد، ويُعين من بينهم رئيساً ونائباً للرئيس متفرغين على أن تنتهي مدة ثلاثة أعضاء من المجلس المشكل لأول مرة بعد سنتين من التعيين دون أن يكون من بينهم الرئيس ونائبه، ويصدر مرسوم بتحديد من تنتهي مدة عضويتهم وتعيين من يحل محلهم لمدة أربع سنوات، ويشترط في الأعضاء أن يكونوا كويتيين من ذوي النزاهة ومن أصحاب الخبرة والتخصص في الشؤون الهندسية والنفطية والطبية والاقتصادية وفي المجالات ذات الصلة بعمل الجهاز، وألا يكون قد صدر بشأنهم حكم نهائي بشهر الإفلاس أو حكم بالإدانة في جناية أو جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة".

(٣٩) تنص المادة (٤) من قانون المناقصات العامة على أن: "الجهاز المركزي للمناقصات العامة هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية لها ميزانية ملحقة وتلحق بمجلس الوزراء، وتختص بما يلي:
١- طرح المناقصات العامة (وما في حكمها من أساليب التعاقد) وتلقي العطاءات والبت فيها وإرسائها وإلغائها وتمديد العقود الإدارية وتجديدها، وكذا الأوامر التغييرية والتصنيف والإشراف على التأهيل، والإذن للجهات العامة بإجراء التعاقد بأي أسلوب من أساليبه وفقاً للإجراءات المبينة في هذا القانون.

٢- ومع مراعاة القانون رقم (٥) لسنة ١٩٦١ المشار إليه، تسري أحكام البند السابق على العقود التي تتم داخل الدولة بشأن أعمال شراء تتبع جهة عامة، وتوجد في دولة أجنبية سواء كان المتعاقد كويتياً أو أجنبياً.

٣- أي اختصاصات أخرى منصوص عليها في هذا القانون."

- الإشراف على المناقصات الحكومية، وعمليات الشراء التي تقوم بها الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون.
- اعتماد المواصفات الفنية التي تقدمها الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، ومراجعة وثائق المناقصات.
- استلام عطاءات المناقصات وفتح المظاريف والتحقق من اشتغالها على المستندات والوثائق المطلوبة والبت في قبول أو رفض العطاءات.
- تقييم أو مراجعة واعتماد تقييم العطاءات واتخاذ قرار الترسية بشأنها.
- إلغاء المناقصة وإعادة طرحها.
- اعتماد تأهيل الجهات الحكومية للموردين والمقاولين وفق معايير يقرها المجلس^(٤٠).

(٤٠) انظر: الفقرة الأخيرة من المادة (٢٧) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦. وعن نصاب اجتماعات المجلس فوفقاً لنص المادة (٦) يشترط لصحة اجتماع المجلس حضور أغلبية أعضائه على الأقل، على أن يكون من بينهم الرئيس أو نائبه، وأن يكون الاجتماع في مقر الجهاز المركزي للمناقصات العامة، ما لم يوجد نص في هذا القانون يقرر أغلبية خاصة يصدر المجلس قراراته بأغلبية أعضائه، وتثبت آراء الأعضاء الآخرين في محضر الاجتماع، وفي أحوال التساوي يرجح الجانب الذي فيه الرئيس ". كما يكون للجهاز أن يشكل قطاعاً فنياً يضم مهندسين، ومساحي كميات وذوي خبرة من مختلف التخصصات شريطة ألا تقل خبرة كل منهم عن عشر سنوات، وفي ذلك تنص المادة (٧) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ على أنه: " يشكل الجهاز قطاعاً فنياً يضم مهندسين، ومساحي كميات وذوي خبرة من مختلف التخصصات شريطة أن لا تقل خبرة كل منهم عن عشر سنوات، ويختص بما يلي:

١- وضع المعايير الفنية لتصنيف المقاولين ومتعهدي المقاولات وفق القدرات المالية والفنية.
٢- تقييم طلبات التصنيف، وتحديد فئة التصنيف للمقاولين، ورفع التوصيات بهذا الشأن للجنة التصنيف للبت فيها.

٣- دراسة وتقييم العطاءات أو التوصية الفنية للجهة العامة صاحبة الشأن بناءً على طلب المجلس.

٤- دراسة تقديرات تكلفة مشروع المناقصة ومقارنتها بتقديرات الجهة صاحبة الشأن بناءً على طلب المجلس.

٥- دراسة طلبات الأوامر التغييرية ورفع تقارير بشأنها للمجلس للبت فيها.

٦- أي اختصاص آخر ينص عليه في هذا القانون.

ويجوز للقطاع الفني أن يستعين - وبموافقة المجلس - بمتخصصين فنيين أو ماليين، أو من يراه من ذوي الخبرة سواء من الجهة صاحبة الشأن أو غيرها؛ وذلك لاستيضاح أي من الأمور التي تتعلق بمباشرة اختصاصاته إذا تطلبت المناقصة ذلك ". وحفاظاً على سرية =

- تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في هذا القانون على الموردين والمقاولين وفقاً لما يرد إليه من الجهات الخاضعة لأحكام القانون، أو الجهات الحكومية المعنية من بلاغات عن المخالفات أو التقصير في الوفاء بالالتزامات التعاقدية.
 - البت في تظلمات الموردين والمقاولين المتعلقة بالتأهيل المسبق وبإجراءات المناقصة وغيرها من أساليب التعاقد.
 - أية اختصاصات أخرى منصوص عليها في هذا القانون.
- ويتضح مما تقدم أن المشرع أناط بمجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة كجهة مركزية للإشراف على كافة إجراءات مشتريات ومبيعات الدولة، بما فيها من اعتماد تأهيل الموردين والمقاولين واعتماد المواصفات الفنية، وفتح العطاءات والبت فيها، وإصدار قرار الإرساء، والنظر في طلبات إعادة النظر، وطلبات التظلمات التي يتقدم بها المتنافسون، إضافة إلى إيقاع الجزاءات المختلفة نتيجة مخالفة القانون. وتعتبر المنافسة إحدى أهم وسائل التقدم والتطور للحياة التجارية بشكل خاص، وكافة جوانب الحياة العامة بشكل عام.
- وقد سبق القول: إنه يتعين على الإدارة أن تعامل المتقدمين على أساس المساواة، وبالتالي لا يجوز لها تمييز بعضهم، أو الإضرار بال بعض الآخر. وعلى ذلك، لا يجوز أن يقبل في المناقصة من لم يستوف شروطها، أو من يتقدم بالعطاء بعد انتهاء الميعاد المحدد، كما لا يجوز أن يقبل في المناقصة من لم يقدّم التأمين المؤقت كاملاً.

= وسمة الشركات والمؤسسات والأفراد المتقدمين بعطاءات في مختلف المناقصات، فقد نصت المادة (٤٢) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ المشار إليه على أن: " تتمتع جميع وثائق العطاءات بالسرية حتى تاريخ فتح المظاريف والبت فيها، وعلى جميع العاملين بالجهة المختصة بالشراء المحافظة على تلك السرية وعدم الإفصاح عن بيانات أي عطاء أو أي عمل من أعمال المناقصة، ويلتزم بذلك كل من اطلع على هذه الوثائق أو أي إجراء من إجراءات المناقصة بحكم وظيفته، ويتعرض المسؤول عن كشف سرية العطاء للمساءلة التأديبية، مع عدم الإخلال بأي إجراء ينص عليه في قانون آخر". أما ما يتعلق بتعارض مصالح الأعضاء، فقد نصت المادة (٨٢) من ذات القانون على منع تضارب المصالح، وحظرت لضمان الحيادية أن يكون المناقص عضواً في المجلس أو موظفاً بالجهاز أو بأي جهة عامة صاحبة الشأن، وفي حال المخالفة يكون العقد قابلاً للإبطال. وتأكيداً للشفافية فقد ألزم المشرع في الفقرة الرابعة من المادة (٩٣) من قانون المناقصات العامة المشار إليه كل من الجهاز والجهة صاحبة الشأن - بحسب اختصاص كل منهما - إعداد ملخص موجز عن إجراءات الشراء وفقاً للمعلومات المحددة في اللائحة.

وعلى ذلك نقسم المبحث ببيان مفهوم حرية المنافسة (مطلب أول) وحدود حرية المنافسة (مطلب ثان) والحرمان والاستبعاد كاستثناء على مبدأ حرية المنافسة (مطلب ثالث) على النحو الآتي:

المطلب الأول مفهوم حرية المنافسة

يتيح مبدأ حرية المنافسة الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط التقدم للمناقصة، وتعتبر المناقصة العامة هي المجال الحقيقي لتطبيق مبدأ حرية المنافسة^(٤١).

والمنافسة الحرة تعني حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة، وفي الحدود التي يحددها القانون، ولا ريب أن مبدأ حرية المنافسة الحرة من المبادئ الحاكمة لنظام المناقصات العامة^(٤٢).

ويتعين على الإدارة أن تقف موقفاً حيادياً تجاه المتنافسين، ولذلك فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المقاولين، أو الموردين التي تدعوها وتلك التي تستبعد^(٤٣).

لذلك لا يجوز لجهة الإدارة أن تمنع أحد من التقدم إلى المناقصة التي أعلنت عنها متى استوفى الشروط المطلوبة قانوناً.

على أن المنافسة الحرة تقوم على الأفكار التالية:

- ١ - وجوب إتاحة الفرصة لجميع الموردين أو المقاولين ممن تتوافر فيهم الأهلية اللازمة والعاملين في النشاط موضوع المناقصة، للدخول في المناقصات التي تطرحها جهة الإدارة.
- ٢ - وجوب عدم إخلال جهة الإدارة بأي شرط من شروط المنافسة بما يعيق تحقيق حرية المنافسة.
- ٣ - وجوب تقيد جهة الإدارة بالقانون فيما يتعلق بالاستبعاد أو الحرمان، وليس لها مطلق الحرية في ذلك إلا في الحدود التي تُعرض المصلحة العامة للخسارة أو الضرر.

(٤١) راجع: د. محمد أنور حمادة: قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، ص ٢٨.

(٤٢) انظر:

Quancard (Miechel): L'adjudication des marchés de travaux et de fournitures: 1945, p.52 ets.

(٤٣) انظر:

(M).Flamme-traite théorique et pratique de droit administrative - 1956, p.269.

ومبدأ حرية المنافسة في المناقصات العامة له أساسه القانوني، من حيث إنه يتفق والغرض الذي من أجله تم تشريع قانون المناقصات العامة؛ لضمان نزاهة إجراءات المناقصة؛ وصولاً للتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً. توخياً لزيادة عدد المتنافسين، على نحو يؤدي للحصول على أسعار تنافسية.

المطلب الثاني حدود حرية المنافسة

إن تطبيق مبدأ حرية المنافسة لا يعني تلاشي سلطة الإدارة التقديرية، فجهة الإدارة تمارسها من خلال ما تفرضه من شروط تتفق مع القوانين واللوائح، ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة.

وتبرز سلطة الإدارة حيال هذا المبدأ فيما تتخذه أيضاً من إجراءات بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة، من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال متوخية في ذلك توفير الجهد والوقت على لجان الفحص والبت. ولأهمية مبدأ حرية المنافسة في إجراءات المناقصة العامة حرصت التشريعات المختلفة على النص عليه، ووفقاً لنص المادة (١) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة تخضع المناقصة العامة لمبدأ العلانية والمساواة والمنافسة.

إن مبدأ حرية المنافسة وإن كان يعني حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة فإن الأمر لا يعني أن هذه الحرية مطلقة، فثمة قيود قد ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بمالها من سلطة تقديرية، تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول المناقصات العامة، دون أن يعد ذلك إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة الواجب توافره في إجراءات المناقصة.

المطلب الثالث

الحرمان والاستبعاد استثناء على مبدأ حرية المنافسة

الأصل في المناقصة العامة أو الممارسة العامة هو حرية المنافسة والمساواة بين الموردين والمقاولين أو المتزايدين، غير أنه - خروجاً على هذا الأصل - يجوز لجهة الإدارة استبعاد بعض العطاءات المقدمة في المناقصة نتيجة عدم توافر الشروط الأساسية فيها، كما يجوز لها حرمان بعض الموردين أو المقاولين من المشاركة والدخول في المنافسة، في حالات محددة بمقتضى سلطتها التقديرية وفق القوانين واللوائح متى تغيث الصالح العام.

وسلطتها في هذا الشأن تمتد أيضاً إلى عدم إتمام العقد بالرغم من انتهاء إجراءات المناقصة، وصدر قرار الإرساء على العطاء الفائز، وقد يكون الحرمان بمثابة جزاء تُوَقَّعه الجهة الإدارية على المورد أو المقاول، أو بمثابة إجراء وقائي لكي تجعل المناقصة العامة، أو الممارسة العامة، أو المزايدة وإجراءاتها تمضي في سياق تنافسي مناسب، وفي هذه الحالة تكون هذه الخطوة ضماناً للموردين والمقاولين^(٤٤).

وإذا كان مبدأ حرية المنافسة يعني حرية دخول المناقصة، فإن هذا المبدأ يتحدد بما يكون للإدارة من سلطة في تقدير حرمان أحد الأشخاص، أو المشروعات من التقدم للمناقصات العامة التي تجريها، وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون موقوتاً وقد يكون غير محدد المدة، وينبني على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم حتى ولو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التي حددتها الإدارة^(٤٥).

وثمة فارق بين الحرمان والاستبعاد، فالحرمان هو إجراء أو قرار يصدر من جهة الإدارة بمنع مورد أو مقاول ما، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، من التقدم للمشاركة في المناقصات التي تطرحها الإدارة، أو المصالح الحكومية الأخرى، سواء لنوع محدد من المشتريات، أو لمختلف الأنواع المتخصصة فيها ذلك المورد أو المقاول، ولمدة محددة أو غير محددة، مما يترتب عليه في نهاية الأمر عدم قبول العطاء الذي يتقدم به ذلك الشخص حتى ولو كان هذا العطاء هو الأفضل شروطاً والأقل سعراً^(٤٦).

أما الاستبعاد فهو قرار تصدره جهة الإدارة بشأن العطاء ذاته الذي يقدم في المناقصة ذاتها، وليس بشأن صاحبه، وذلك نتيجة مخالفة القوانين واللوائح والشروط العامة أو الخاصة أو المواصفات، وقد يكون هذا القرار تنفيذاً لقرار سابق بحرمان

(٤٤) راجع: د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٧. وراجع: د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ١٤٩ وما بعدها. راجع أيضاً: د. عاطف محمود البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٧، الطبعة الأولى، ص ١٢٧ وما بعدها.

(٤٥) راجع: Quancard (M.), L'adjudication des marches public, thèse, Sirey, Paris, 1945.. p. 97.)

(٤٦) راجع: د. أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ١٥١.

صاحبه من التقدم إلى المناقصات، كما قد يكون قرار الاستبعاد بمثابة إجراء وقائي لضمان تنفيذ العقد تنفيذاً حسنًا أو لضمان سلامة المشروع، ولا يمنع هذا الاستبعاد من مشاركة صاحب العطاء المستبعد في مناقصات أخرى^(٤٧).

وسلطة الإدارة في الاستبعاد العام سلطة تقديرية كاملة، بينما تكون تلك السلطة مقيدة بالنسبة لقرار رفض العطاء، حيث إن الرفض يكون إجبارياً على جهة الإدارة في حالة عدم استيفاء الشروط، بينما تكون ملزمة بقبول العطاء إذا ما كان مطابقاً للشروط، وقد يكون الاستبعاد بسبب عدم توافر الكفاية المالية للمورد أو المقاول، أو بسبب عدم استيفاء العطاء الشروط الواردة في وثائق المناقصة، أو الممارسة أو المزايدة، وقد يكون بسبب تنفيذ قرارات الحرمان.

وقد يكون الحرمان جزائياً بنص قانون كعقوبة أصلية أو تبعية، أو بقرار من جهة الإدارة، وقد يكون وقائياً بموجب نص في القانون أيضاً^(٤٨).

نخلص مما تقدم، إلى أن العلانية والمساواة وحرية المنافسة تعتبر ضمانات للمتعاقد مع الإدارة، من خلالها يضمن الجميع المشاركة في المناقصات بذات الشروط والأحكام على قدم المساواة، على نحو يساهم في تقدم المناقصين بأسعار تنافسية، وبمواصفات فنية عالية، تنعكس بالإيجاب لصالح المرفق على نحو يدعم السياسة الصحيحة التي تسير عليها جهة الإدارة، ويعزز الثقة فيها وفي الدولة على المستوى الإقليمي والدولي.

(٤٧) راجع: د. إبراهيم الفياض: مرجع سابق، ص ٩٧. راجع: د. أحمد عثمان عياد: مرجع سابق، ص ١٦١. وراجع أيضاً: د. جابر جاد نصار: المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها. ونشير إلى أن جانباً من الفقه فضل استخدام عبارة (الاستبعاد العام) بدلاً من الحرمان، واعتبره إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من جميع المناقصات التي تطرحها، وذلك لمدة محدودة أو غير محدودة.

بينما فرق جانب آخر من الفقه بين الاستبعاد العام والقرار الصادر من لجنة المناقصات بشأن قبول أو رفض عطاء معين، على أساس أن الاستبعاد العام أشمل من حيث منع المستبعد من المشاركة في المناقصات لمدة غير محدودة، بينما القرار الصادر من لجنة المناقصات بشأن رفض العطاء إنما ينشأ بشأن مناقصة معينة بالذات، نتيجة عدم توافر شروط معينة. راجع:

Mignon. M, Déclin d'une technique classique: L'adjudication, D, Chiro, 1954, p.149.

(٤٨) لمزيد من التفاصيل حول الاستبعاد والحرمان، راجع: د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٠٧ وما بعدها، راجع: د. إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص ٨٩ وما بعدها.

وأخيراً فإن احتواء شروط المناقصة، أو الممارسة العامة على ضرورة توافر الأهلية وحسن السمعة والخبرة وسابقة الأعمال والكفاءة المالية والفنية في مقدم العطاء، يعتبر ضماناً لحسن سير المرفق بانتظام واضطراراً.

وإذا كانت سلطة الإدارة في حرمان الشخص الطبيعي والمعنوي من الدخول في المناقصات المستقبلية التي تعلن عنها نتيجة أخطاء سبق لهذا الشخص اقترافها في تنفيذ عمليات سابقة مع الإدارة، قد يكون منصوصاً عليها في العقد بأوضاع معينة وبشروط محددة، وهنا لا يكون قرار الإدارة بالشطب أو الحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط.

ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على قرار الإدارة بحرمان الشخص من دخول المناقصات نتيجة لإخلاله السابق بالتزاماته العقدية، أو استخدامه الغش، أو تقديمه الرشوة بطريق مباشر، أو غير مباشر لأحد موظفي الإدارة، فإن القضاء في إسباغ رقابته على قرار الإدارة بالحرمان يشترط أن يكون المتعاقد عالماً بالغش قاصداً التلاعب، وعلى ذلك فإن مجرد المخالفة في المواصفات التي لا ترقى إلى درجة الغش لا يبرر للإدارة حرمان الشخص من التقدم في المناقصات^(٤٩).

أما في حالة الحرمان الوقائي تقوم الإدارة بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي من التقدم إلى المناقصات العامة، وهو بذلك يختلف عن الحرمان الجزائي الذي يكون عقوبة تتقرر بنص القانون حيناً ونتيجة لإخلال الشخص المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية. بينما الحرمان الوقائي يكون

(٤٩) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها مع الإدارة لا يشكل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب" راجع: حكمها في الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٩٩ ق ١٧ يونيو ١٩٦٧ المجموعة س ١٢ ق ١١٩٢. كما قضت بأن: "مخالفة مواصفات التوريد لا تعتبر غشاً ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة، وأتى من الأفعال ما يخفي المخالفة عن جهة الإدارة، أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها متى ثبت أن المورد الذي يشتري الجبن من آخرين أو يتفق معهم على تصنيعه لا دليل على علمه بمخالفة الجبن للمواصفات أو اتفاهه على توريد جبن مخالف للعقد، فلا يفترض فيه هذا العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذي يورده" راجع: حكمها في الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ٩ أبريل ١٩٨٥ القاعدة ١٤٠ ص ٩٢٥.

بمجرد قرار إداري من الإدارة وفق سلطتها التقديرية - حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي - من الدخول في المناقصات العامة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة. وعلى ذلك يتبين أن القضاء يحرص على توافر الضمانات اللازمة لجهة الإدارة وهي في سبيل التعاقد لتوفير احتياجات مرافقها العامة؛ لأن الدقة اللازمة في اختيار شخص المتعاقد مع الإدارة مطلب هام وضروري، كما أن المقدرة المالية والفنية لم تكن أبداً هي المعيار المميز للاختيار، بما يتعين معه تبعاً لذلك توافر شرط حسن السمعة للشركة، أو للمؤسسة أو للشخص الطبيعي المتعاقد مع الإدارة، حتى تطمئن على حسن التنفيذ وقيامه بالأعمال المناطة به.

المراجع

أولاً - المراجع والمصادر:

- د. إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤.
- أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢.
- د. أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.
- د. جابر جاد نصار: المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (اليونسكوال)، الطبعة الثانية.
- د. حمدي حسن الحلفاوي: ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- زين بدر فراج: الأحكام العامة للتعاقد وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - الطبعة الخامسة - ١٩٩١).
- د. عبد الغني بسيوني عبد الله: النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
- د. محمد أحمد عبدالنعميم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- محمود محمد صبرة: إعداد وصياغة العقود الحكومية بالعربية والإنجليزية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والقانون المقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣.
- المستشار د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ - الكتاب الأول.
- د. محمد أنور حمادة: قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.

- د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، الطبعة الأولى - دار الفكر العربي، ٢٠٠٧.

ثانياً - الأبحاث العلمية:

- د. عبد الله حباب الرشيد: الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري في القانون الكويتي، دراسة مقارنة منشورة في جامعة القاهرة - مجلة القانون والاقتصاد - العدد السابع والثمانون - ٢٠١٣.
- د. عبد الحفيظ عبد الله عيد: أهمية قانون المناقصات الكويتي في تحقيق الوفر في النفقات العامة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢، السنة ١٩.

ثالثاً - المجالات ومجموعات الأحكام:

في مصر:

- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - المكتب الفني.
- مجموعة فتاوي مجلس الدولة - المكتب الفني.

في الكويت:

- الجريدة الرسمية (الكويت اليوم).
- مجلة الحقوق - جامعة الكويت.
- مجلة القضاء والقانون - محكمة التمييز - المكتب الفني.
- مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع - مجلس الوزراء.
- موقع مؤسسة العدالة: www.adala.com.kw

رابعاً - باللغة الفرنسية:

- Flamme (M.), traité théorique et pratique de droit administratif, 1956.
- Quancard (Michel): L'adjudication des marchés de travaux et de fournitures, 1945.
- Quancard (M.), L'adjudication des marchés public, thèse, Sirey, Paris, 1945.